

CONTENIDO

PREMISA.....	19
--------------	----

PARTE I CONCEPTOS

Capítulo 1

CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO	27
1. Dos problemas	28
2. La concepción convencionalista	31
3. Crítica de la concepción convencionalista.....	33
4. La concepción logicista	37
5. Crítica de la concepción logicista	41
5.1. No deducibilidad: una condición dudosa	41
5.2. Precisión vs. modificación de normas: ¿una distinción acertada?.....	45
5.3. Definiciones modificativas y creación de normas	48
5.4. Algunas notas conclusivas.....	49
6. La concepción operacional	51
7. Crítica de la concepción operacional	58
7.1. “Disposición nueva”	58
7.2. “Norma nueva”	60
7.3. Creación de enunciados no-normativos.....	61
7.4. Algunas precisiones acerca del modelo aritmético	63

8.	La concepción pragmática	63
8.1.	Productos de la “creación judicial de derecho”	65
8.2.	Formas y valor institucional de las creaciones judiciales de derecho	67
8.3.	Cómo medir la creatividad interpretativa	70
9.	Algunas consideraciones acerca del problema de la oportunidad teórica	73

Apéndice al Capítulo 1

“CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO”: SINOPSIS DE UNA INVESTIGACIÓN CONCEPTUAL		77
1.	Concepción convencionalista	77
2.	Concepción logicista	78
3.	Concepción operacional	78
4.	Concepción garantista	81
5.	Concepción pragmática	82

Capítulo 2

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL		85
1.	Un fenómeno elusivo	86
2.	“Discrecionalidad judicial”: seis documentos ejemplares	88
2.1.	El Código Penal italiano	88
2.2.	Hart	89
2.3.	Ferrajoli	91
2.4.	Lifante Vidal	92
2.5.	Dworkin	92
2.6.	Caracciolo	93

3. Discrecionalidad como libertad psicofísica: una noción dudosa.....	95
4. Discrecionalidad como fenómeno normativo: una noción incierta	97
5. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “poder” (discrecionalidad judicial-poder, discrecionalidad judicial-P)	99
6. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “deber” (discrecionalidad judicial-deber, discrecionalidad judicial-D)	104
7. Discrecionalidad-D: algunas nociones específicas	109

Apéndice al Capítulo 2

NUEVE NOCIONES DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	115
1. Discrecionalidad judicial-Poder (noción P)	115
2. Discrecionalidad judicial-Deber (noción D).....	116
3. Discrecionalidad judicial-D clasificatoria.....	117
4. Discrecionalidad judicial-D interpretativa	118
5. Discrecionalidad judicial-D concretizadora	119
6. Discrecionalidad judicial-D integradora	119
7. Discrecionalidad judicial-D resolutoria	120
8. Discrecionalidad judicial-D en la identificación de lagunas	120
9. Discrecionalidad judicial-D en la identificación de antinomias.....	121

Capítulo 3

CORRECCIÓN INTERPRETATIVA.....	123
--------------------------------	-----

1.	Una disputa persistente	123
2.	Cinco factores causales	125
2.1.	El fluir constante de la condición humana.....	126
2.2.	La infiltración ideológica.....	126
2.3.	El simplismo teórico	127
2.4.	El reduccionismo teórico.....	129
2.5.	La inadecuación terminológico-conceptual.....	131
3.	Tres concepciones de la interpretación.....	132
4.	Algunas nociones de corrección interpretativa	135
5.	La corrección interpretativa según el Noble Sueño	145
6.	La corrección interpretativa según la Pesadilla	148
7.	La corrección interpretativa según la Vigilia	151

PARTE II TEORÍAS E IDEOLOGÍAS

Capítulo 4

NEOCONSTITUCIONALISMO, POSITIVISMO JURÍDICO, MODERNIDAD.....	161
---	-----

1.	Una exploración cultural.....	161
----	-------------------------------	-----

I. Aclaraciones preliminares

2.	Constitucionalismo y neoconstitucionalismo	163
2.1.	“Constitucionalismo”	163
2.2.	“Neoconstitucionalismo”	175
2.3.	“Constitutionalism”, “neoconstitucionalismo”: conjeturas acerca de una diferencia terminológica	178

www.librotecnia.cl

2.4. Constitucionalismo moderno, constitucionalismo contemporáneo	181
3. Modernidad	184
3.1. Bobbio, o la modernidad frente a normas y valores morales.....	185
3.2. Bentham, o la modernidad frente a la relación entre derecho y moral	188

II. Neoconstitucionalismo y modernidad

4. Constitucionalismo principalista, constitucionalismo garantista, modernidad.....	189
4.1. Constitucionalismo garantista y modernidad.....	190
4.2. Constitucionalismo principalista y modernidad	192
5. ¿Cuál objetivismo moral para el neoconstitucionalismo?	193
6. Derecho y moral: ¿Conexión o separación?.....	199
6.1. Constitucionalismo garantista y separación entre derecho y moral	199
6.2. Constitucionalismo principalista y conexión necesaria entre derecho y moral.....	207
6.2.1. El argumento parasitario	208
6.2.2. El argumento alexyano	210
6.2.3. El argumento del convencionalismo conceptual	212

III. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico

7. Constitucionalismo principalista, constitucionalismo garantista, positivismo: una advertencia preliminar	222
8. Cuatro epistemologías jurídicas	224

8.1. Positivismo epistemológico no-analítico	224
8.2. Positivismo epistemológico analítico	224
8.3. Constitucionalismo principalista epistemológico	226
8.4. Constitucionalismo garantista epistemológico	227
9. Cuatro teorías del derecho.....	229
9.1. Dos caras del positivismo teórico.....	229
9.2. Constitucionalismo principalista teórico	231
9.3. Constitucionalismo garantista teórico	232
10. Positivismos, constitucionalismos e ideologías del derecho	236
10.1. Positivismos ideológicos	236
10.2. Constitucionalismo principalista ideológico	237
10.3. Constitucionalismo garantista ideológico	238
11. Algunas conclusiones	241

Capítulo 5

LA TRAMPA DEL ANTIPositivismo.....	245
1. Un ataque sin cuartel	246
2. Positivismo.....	247
2.1. Positivismo epistemológico.....	249
2.2. Positivismo teórico	253
2.3. Positivismo ideológico.....	254
2.4. Positivismo metafilosófico y metadoctrinal	255
2.5. Positivismo metaético.....	258
3. Antipositivismo.....	259
3.1. Antipositivismo epistemológico.....	259

3.2. Antipositivismo teórico	261
3.3. Antipositivismo ideológico	268
3.4. Antipositivismo metafilosófico y metadoctrinal	268
3.5. Antipositivismo metaético	269
4. Repetición o insensatez: un dilema para los antipositivistas	272

Capítulo 6

EL TEXTUALISMO RAZONABLE:

UNA TENTACIÓN RESISTIBLE

1. Premisa	275
2. Algunas definiciones	276
3. Una <i>Methodenstreit</i> ejemplar	282
4. Palabras resbaladizas	284
5. La doctrina del textualismo razonable	285
5.1. Supuestos y principios	286
5.1.1. Principio de supremacía del texto constitucional	288
5.1.2. Principio de interpretación contextual-originalista	289
5.1.3. Principio de utilización prudente de los cánones y reglas de interpretación vigentes	294
5.1.4. Principio stare decisis	294
5.1.5. Principio de austeridad	297
5.2. Textualismo <i>über alles</i>	298
5.2.1. Crítica del literalismo estricto	299
5.2.2. Crítica del intencionalismo	300
5.2.3. Crítica del evolucionismo	301

6.	El textualismo razonable en tela de juicio	307
6.1.	Textualismo razonable y democracia constitucional	307
6.2.	Una objetividad metodológica dudosa.....	309
7.	Una tentación resistible.....	317

Capítulo 7

PRINCIPIOS Y TÉCNICAS PARA UN ANÁLISIS REALISTA DE LA CONSTITUCIÓN	327
1. Hacia una doctrina constitucional realista	328
2. Un curso innovador	328
3. El tema del curso.....	330
4. El rechazo del modelo dogmático.....	332
5. Los principios del modelo realista.....	338
6. Las herramientas del modelo realista: premisas metodológicas.....	344
7. Análisis del discurso constitucional.....	348
7.1. Análisis estructural del documento constitucional	349
7.2. Análisis histórico-comparativo del documento constitucional.....	350
7.3. Interpretación literal-conjetural de la base disposicional e identificación de la base normativa cero	351
8. Análisis del discurso legislativo de ejecución	354
8.1. Identificación de la base legislativa.....	354
8.2. Identificación de las interpretaciones constitucionales (base normativa uno) y de las líneas de política constitucional del parlamento y del gobierno	355

9. Análisis del discurso jurisprudencial	356
9.1. Identificación de la base jurisprudencial	358
9.2. Análisis dogmático de la base jurisprudencial e identificación de la base normativa dos	359
9.3. Análisis político de la base normativa dos	360
9.4. Periodización dogmática de la base normativa dos.....	361
9.5. Periodización política y de la base normativa dos.....	362
9.6. Racionalización dogmática de la base normativa dos	363
9.7. Racionalización política de la base normativa dos y comparación con otros formantes.....	363

PARTE III HERRAMIENTAS

Capítulo 8

LA BALANZA INEXISTENTE	367
1. La edad de la ponderación.....	367
2. Algunos problemas para una teoría de la ponderación judicial	368
3. El problema conceptual.....	369
3.1. Ponderación-técnica	370
3.2. Ponderación-principio.....	370
3.2.1. Principio genérico y principios específicos de ponderación por prevalencia	374
3.3. Ponderación-actividad.....	383
3.4. Ponderación-resultado.....	384

www.librotecnia.cl

3.4.1. La estructura lógica del razonamiento ponderativo en las antinomias entre principios constitucionales.....	385
3.5. Disipaciones de la metáfora.....	388
4. La doctrina Aleinikoff.....	393
4.1. El problema conceptual.....	394
4.2. La crítica interna.....	398
4.3. La crítica externa.....	401
4.4. Para un mundo sin ponderación.....	404
5. La teoría especificacionista.....	406
5.1. La ponderación (impropia) en la fase del modelo simple.....	409
5.2. La ponderación (impropia) en la fase del modelo complejo.....	418
5.3. Una defensa del modelo alexyano de ponderación.....	428
5.4. La concepción especificacionista en la tela del caso <i>Ser.com</i>	432
5.5. El moderado particularismo del modelo especificacionista.....	436
A. Particularismo (más) radical.....	437
B. Particularismo moderado.....	438
C. Celano vs. Moreso.....	441
D. Algunas notas al margen.....	444
6. Esplendores y miserias de la ponderación.....	446
6.1. Esplendores de la ponderación.....	447
6.1.1. Problemas estructurales (¿Qué es ponderar?).....	448

6.1.2. Problemas de las ocasiones (¿Cuándo ponderar?)	453
6.1.3. Problemas de racionalidad (¿Es la ponderación algo de razón?).....	455
6.2. Miserias de la ponderación	458
6.2.1. La ponderación es arbitraria	458
6.2.2. La ponderación es peligrosa.....	461
6.2.3. Principialismo vs. interpretacionismo	462
6.3. Réplicas y contrarréplicas	464
6.3.1. Primera exageración	464
6.3.2. Segunda exageración	466
7. Algunas conclusiones.....	469

Capítulo 9

BREVIARIO DE ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.....	473
---	-----

1. Nota breve sobre la estética de la argumentación constitucional.....	473
2. Disposición constitucional, norma constitucional expresa, interpretación clasificatoria, argumentación clasificatoria	475
3. Herramientas de argumentación clasificatoria.....	477
3.1. Una tipología de normas constitucionales.....	478
3.2. Conocimientos e ideologías acerca de la constitución fuente.....	480
3.3. Un código clasificatorio	481
4. Interpretación constitucional textual	487
5. Argumentación interpretativa.....	488

6. Códigos interpretativos	491
7. Lagunas constitucionales	498
8. Lagunas constitucionales en sentido propio, textuales, metatextuales	500
9. Códigos de integración constitucional y argumentación integrativa	505
10. Lagunas constitucionales axiológicas	510
11. Antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio, en sentido impropio	513
12. Antinomias constitucionales lógicas v. no-lógicas	515
13. Antinomias constitucionales lógicas	516
13.1. Antinomias por contradicción, antinomias por contrariedad	517
13.2. Antinomias por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección	519
13.3. Antinomias simples, antinomias complejas.....	521
14. Antinomias constitucionales no lógicas	524
14.1. Antinomias de competencia	525
14.2. Antinomias instrumentales absolutas.....	526
14.3. Antinomias instrumentales relativas	526
14.4. Antinomias teleológicas.....	527
14.5. Antinomias axiológicas.....	529
15. Identificar y resolver antinomias: códigos identificatorios y códigos resolutorios	530
15.1. Códigos identificatorios	532
15.2. Códigos resolutorios.....	533

16. Un código garantista para identificar antinomias constitucionalmente relevantes.....	535
16.1. Cuatro meta-reglas identificatorias	535
16.2. Cinco reglas de identificación.....	536
17. Un código garantista para resolver antinomias constitucionalmente relevantes.....	542
18. Un código garantista para resolver antinomias constitucionales en sentido propio.....	543
19. Regla de especificación, principio de ponderación por prevalencia, principio de ponderación por conciliación, principio de proporcionalidad	554
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	559
www.librotecnia.cl	