

340.05  
D542d/0  
V.11  
198

ANDRES OLLERO TASSARA



# Derechos humanos y metodología jurídica

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
MADRID, 1989

## INDICE

	<i>Pág.</i>
<b>I. La imposible inocencia de las propuestas metodológicas .....</b>	<b>15</b>
<b>1. UN REALISMO A MEDIAS: EL EMPIRISMO ESCANDINAVO.....</b>	<b>27</b>
Todo lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca deberá atreverse a preguntar .....	29
Exploradores y astronautas .....	34
Una máquina que funciona por arte de magia .....	42
Las limitaciones reales del empirismo .....	51
<b>2. LA QUERENCIA «NORMATIVA» DE LA DESCRIP-     CION SOCIOLOGICA.....</b>	<b>63</b>
Eje de coordenadas previo: verdad-método/teoría-praxis ....	63
La ciencia social como redención científica del saber jurí- dico.....	65
Superando seudoproblemas: « <i>Aufklärung</i> » sociológica .....	66
Sombras del funcionalismo sistémico:	
<i>a)</i> De lo categorial a lo funcional.....	69
<i>b)</i> «Systemtheorie» como sociología normativa.....	73
Sociología del derecho «more sistémico».....	77
«Systemtheorie» como filosofía jurídica .....	79
Metodología y racionalidad: ciencia y saber .....	85
Ciencia jurídica, filosofía del derecho y sociología.....	87

3. EL FUNCIONALISMO COMO IDEOLOGIA TECNOCRATICA.....	89
La dimensión política de los saberes jurídicos.....	89
De la ontología a la referencia funcional .....	90
Democracia como aprendizaje.....	91
La funcionalidad del positivismo jurídico .....	93
Tecnocracia <i>versus</i> «politización».....	94
El método configura la realidad .....	96
Contra dogmatismo crítica.....	97
4. CONSENSO: ¿FUNDAMENTACION TEORICA O LEGITIMACION PRACTICA?.....	99
¿Racionalidad <i>versus</i> legitimación?.....	99
Justicia como ideología .....	100
Consenso: entre relativismo y nihilismo .....	103
Verdad científica y verdad práctica .....	105
Racionalidad como imperativo ético .....	107
Derecho: saber hacer co-existir .....	109
Ética, política y derecho .....	111
Racionalidad y juicios de valor .....	112
Retórica y razón práctica .....	114
¿Ética procedimental o juicios de Valor? .....	115
II. <b>¿Son jurídicos los derechos humanos?: la metodología puesta a prueba</b> .....	117
5. COMO TOMARSE LOS DERECHOS HUMANOS CON FILOSOFIA.....	127
Tomarse los derechos en serio.....	128
El difícil fundamento de los derechos fundamentales.....	130
¿Un problema sin fundamento?.....	133
Los derechos humanos como «ideología».....	136
¿Un uso alternativo de los derechos humanos? .....	140
Derechos humanos y programación tecnocrática.....	143
Hacia una teoría «jurídica» de los derechos humanos.....	146
6. PARA UNA TEORIA «JURIDICA» DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	149

Ningún derecho sin fundamento.....	150
Sin libertades formales no cabe convivencia «humana» .....	150
Un derecho no es una pretensión arbitraria tolerada .....	151
El derecho como actividad humanizadora.....	155
La ley como vía de ajustamiento.....	157
La Positivación constitucional de los derechos humanos.....	159
El «contenido esencial» a respetar .....	162
Para un uso no «alternativo» de los derechos humanos.....	164
«¿Obligar a ser humanos?» .....	165
Coraje cívico como utopía.....	167
7. LA FRONTERA ENTRE DERECHO Y MORAL.....	169
Un enconado problema «fronterizo» .....	169
Las bases ideológicas del dilema .....	171
Más allá del normativismo .....	172
Entre justicia y permisividad .....	173
Una circularidad ineliminable.....	175
Replanteando las «fronteras».....	178
8. HISTORICIDAD RADICAL DEL DERECHO POSI- TIVO.....	181
Positividad: racionalidad científica, seguridad práctica y legi- titimación política.....	182
La «positividad instantánea» del legalismo.....	183
Normativismo judicialista y «positividad en cadena» .....	185
Una constatación realista: la «positividad sobrevenida».....	187
La dimensión histórica de la positividad como «proceso de realización» del derecho.....	190
9. CONSENSO Y DISENSO EN LA FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	195
Consenso condicionador de lo jurídico .....	197
El derecho como ámbito de comunicación.....	197
Juridicidad de los derechos humanos.....	199
La actividad jurídica como actualización práctica del con- senso.....	202

Disenso y reactivación utópica del consenso.....	205
El fundamento de los derechos humanos .....	207
<b>III. La actividad jurídica: métodos para una filosofía práctica...</b>	<b>211</b>
<b>10. LA CONSTITUCION ENTRE EL NORMATIVISMO Y LA AXIOLOGIA.....</b>	<b>225</b>
¿Qué son los valores superiores?.....	225
¿Son normas?.....	226
Entre la moral y el derecho.....	229
Derecho: ¿substancia o juicio de valor?.....	230
Valores, principios y normas.....	231
Crítica ética del positivismo jurídico .....	233
La fundamentación de los valores: dos modelos .....	235
El papel del consenso .....	236
Iusnaturalismos despóticos y democráticos .....	238
El contenido del artículo 1.1 de la Constitución .....	239
<b>11. LEGISLACION CIVIL, DERECHO NATURAL Y CONVICCION RELIGIOSA.....</b>	<b>243</b>
Derecho moderno y proceso de secularización.....	244
El proceso de secularización en la España de 1870 .....	246
Hacia un planteamiento «secularizado» del matrimonio .....	250
El matrimonio es «algo más» que un contrato .....	254
La norma jurídica como modelo de conducta «normal» .....	257
Entre pluralismo e igualdad: la lucha por lo «normal» .....	261
Imposición jurídica de la ética permisiva .....	265
Cristianismo, secularización y derecho «moderno» .....	267
Un siglo después.....	268
<b>12. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y TEORIA DEL DERECHO.....</b>	<b>271</b>
Principios y normas.....	271
Igualdad y derecho: una circularidad paradójica.....	274
¿Cómo justificar la desigualdad? .....	277
Dimensión práctica de la igualdad jurídica .....	283
Actividad judicial e historicidad del derecho.....	285

¿Dimensión formal de la igualdad en la aplicación de la ley?	289
Heterogeneidad de nuestro sistema de jurisprudencia constitucional .....	292
<b>13. CREACION O PROPIEDAD: EL PROBLEMATICO CARACTER «FUNDAMENTAL» DE LOS DERECHOS DEL AUTOR.....</b>	<b>297</b>
«Propiedad intelectual» y «derechos morales»: el complejo dilema monismo-dualismo.....	297
El deteriorado fundamento constitucional de los derechos del autor.....	304
Un azaroso desarrollo de la Constitución: inhibición legislativa y ambigüedad jurisprudencial.....	315
Referencia bibliográfica .....	325
Indice Analítico .....	327
Indice de Autores.....	331