

NINOIntroducción: El contexto del Derecho

Derecho → Omnipresente → Difícil aislarlo conceptualmente para explicar su estructura y funcionamiento.

↓
Cumple con ciertas funciones características aunque no sea el propósito de nadie en particular el de satisfacerlas. → Superar dificultades básicas de la vida humana

Lleva a los hombres a entrar en conflicto y a buscar la cooperación de otros.

→ Lo importante es determinar de qué forma el derecho satisface esa función.

- La autoridad de las reglas generales, que depende a su vez de la legitimidad de los órganos en que se originan → otorgada por ciertos principios valorativos
- La coacción → castigo para la desobediencia, la legitimidad sola no basta

→ Según los destinatarios de sus directivas

- Jueces → Prolongación de concepciones moralmente justificadas en reconocer y aplicar (normas jurídicas)
- Legisladores → Derecho = Instrumento no del todo maleable para obtener efectos sociales deseables
- Estudiosos de la realidad social → Lo que el derecho en acción genera y los factores que condicionan su creación
- Abogados → Arquitectos de estructuras sociales
- Juristas

Capítulo I: La definición de Derecho

I. ¿Qué es el Derecho?

2 concepciones

Esencialismo → Ideal metafísico no colectivo, “realismo verbal”. La cosa viene al mundo con su nombre, su naturaleza. Concepción platónica. Hay una sola definición válida para cada palabra.

Convencionalismo → Filosofía analítica. Conveniencia práctica del uso del lenguaje. Reacción del s. XX al esencialismo. Lenguaje → Construcción humana ajena al mundo de las ideas. Significado → uso → precisiones a partir de él. Teoría del Derecho a partir del uso que se le da a la palabra.

El Derecho está signado por el esencialismo y para Nino esto es un problema. Para él es mucho más sencillo y útil el convencionalismo, aunque no garantiza que vayamos a obtener una caracterización del concepto de Derecho con perfiles claros y definidos que satisfaga ciertas exigencias de operatividad teórica debido a los inconvenientes del uso del lenguaje a la hora de definir Derecho.

Anexo: Genaro Carrió. "Notas sobre Derecho y lenguaje"

Lenguaje

- Uso
 - . Descriptivo
 - . Expresivo
 - . Directivo
 - . Operativo
- Significado emotivo → puede presentarse con un ropaje descriptivo
- Uso de las palabras generales
 - . Ambigüedad
 - . Vaguedad
 - . Textura abierta del lenguaje → las palabras pueden sumar o restar aspectos

2. Iusnaturalismo y positivismo jurídico

Naturalismo: 2 tesis

- Filosófica ética: hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- Jurídica: Un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales/de justicia.

Los naturalistas discrepan acerca del origen o fundamento de los principios morales/de justicia.

- Naturalismo teológico → Orden natural originado en Dios
- Naturalismo racionalista → El Derecho natural deriva de la naturaleza o la estructura de la razón Humana
- Naturalismo historicista → Pretende inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la Historia humana → supuesto destino con el que debe coincidir

Positivismo: Surge en el s. XX como respuesta al naturalismo negando su segunda tesis, pero distintas corrientes se distinguen a la hora de hacerlo.

- Escepticismo ético/positivismo lógico: los únicos juicios cuya verdad/falsedad es determinable racionalmente son aquellos cuyo contenido es empírico. La justicia carece de contenido cognoscitivo, es un mero "ideal irracional".
- Positivismo jurídico moderno: Austin → Principio de utilidad: una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de personas (justificación racional al principio moral).

Anexo: Hart, "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral"

Tesis: Hart intenta rescatar del utilitarismo la separación del Derecho y la moral.

I. Utilitarismo: corriente ética según la cual lo que es útil es bueno y el valor de la conducta está determinado por el carácter práctico de sus resultados.

Bentham y Austin → Derecho que es ≠ Derecho que debe ser
Criticado por debilitar la resistencia frente a la tiranía y el absolutismo

Liberalismo → Filosofía social cuyos principios apoya en materia de Derecho y gobierno (principio de legalidad → Nulla poena sine lege)

Punto de vista moral y político simple pero no superficial (como muchos consideran)

¿A qué se debe la necesidad de distinguir Derecho que es y Derecho que debe ser?

Doctrina de Austin: "Una cosa es la existencia del Derecho, otra su mérito o demérito. Un tipo de investigación conduce a saber si es o no es, para saber si se adecúa o no a un patrón asumido, hace falta una investigación diferente."

La protesta de Austin contra la confusión entre el Derecho que es y el que debe ser es general: tal es un error, cualquiera sea nuestro patrón de lo que debe ser.

Para Austin, los mandamientos de Dios, de los cuales la utilidad es un "índice".

Para Bentham, simplemente los principios de utilidad.

Bentham sostiene que la distinción orilla dos peligros

a. Que el Derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que se tiene del deber ser, por lo que los hombres pueden llegar a considerarse autorizados para desobedecer la ley si la consideran injusta, inmoral (anarquismo) → Si es mala, si no debe ser, no es ley

b. Que el Derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica (reaccionario) → Si es ley, es buena, debe ser

Aclaraciones

. Los utilitaristas no negaron la influencia de la moral en el desarrollo de los sistemas jurídicos y viceversa
. Ni Bentham ni sus sucesores han negado que los tribunales puedan hallarse jurídicamente obligados a decidir un acuerdo con lo que consideren lo más justo o lo mejor.

Bentham y Austin: en ausencia de una prescripción legal o constitucional expresa, del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiere que ella no es una regla de Derecho e inversamente, del mero hecho de que una regla sea deseable no se infiere que es una regla de Derecho.

II. Críticas al utilitarismo

Otras 2 doctrinas

2. Un estudio analítico de los conceptos jurídicos, un estudio del significado del vocabulario propio del Derecho, es vital para la comprensión del mismo.
3. El Derecho es, en esencia, una orden.

Crítica/confusión frecuente → la falsedad de una de estas doctrinas demuestra la falsedad del resto
SON DOCTRINAS DIFERENTES

Tesis más atacada.

Los utilitaristas pensaban que podía aprehenderse la esencia de un sistema jurídico si se complementaba la noción de un imperativo con la de un hábito de obediencia.

Así el derecho es una orden de los que ordenan sin recibir órdenes en la sociedad, la creación de la voluntad jurídicamente no limitada al soberano, quien está por definición, fuera del Derecho.

Quizás sí en un sistema absolutista pero hoy es insuficiente

- Nada de lo que los legisladores hacen es Derecho, a menos que den cumplimiento a ciertas reglas fundamentales aceptadas, que especifican los procedimientos básicos de legislación.

- En este cuadro no hay cabida, o solo la hay en forma accidental y subordinada, para una distinción entre tipos de reglas jurídicas que son radicalmente diferentes → no se toman en cuenta aquellas reglas que acuerdan posibilidades más o menos elaboradas para que los individuos creen estructura de derechos y deberes.

-Hagerstrom sostiene que si las leyes fueran realmente imperativos la noción del derecho de un individuo sería realmente inexplicable, porque los imperativos son algo que obedecemos/desobedecemos. No confieren derechos.

Acota que la moral/noción de justicia se ve necesariamente implicada en un sistema que otorga derechos (crítica a la primera tesis)

Pero, a diferencia de lo que muchos creen, las reglas que confieren derechos no tienen por qué ser morales o coincidir con ellas → punto que lleva a la crítica de la primera tesis del utilitarismo

No se explicaría si no, el derecho que alguna vez tuvo el amo sobre su esclavo → por eso rescata la tesis

- Positivismo ideológico: las normas de Derecho positivo son válidas y obligatorias más allá de su contenido.
(Peligro → justifica cualquier régimen de fuerza)
Irónicamente se basa en la idea naturalista de que toda norma jurídica tiene fuerza moral obligatoria, por lo que tiene un solo principio moral, el respeto a la ley.
Por eso advierte la debilidad del positivismo ideológico.
Kelsen → rechaza la fuerza obligatoria del naturalismo proponiendo otra no moral: lo que un orden activo eficaz propone, “debe ser”
- Formalismo jurídico/positivismo teórico: el Derecho está compuesto pura y exclusivamente por preceptos legislativos, o sea normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados.

Generalmente relacionado al anterior aunque varios teóricos de la corriente ideológica reconozcan como jurídicas, normas de orden consuetudinario y jurisprudencia.

- Positismo metodológico/conceptual: El concepto de derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. No implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas → pueden decir sin contradicción que en determinados casos los jueces

están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas

Su tesis distintiva es una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho → independiente conceptualmente de la moral.

No involucra una tesis de filosofía ética y no implica necesariamente la adhesión a una posición escéptica ante la moral. Se opone a la segunda tesis del naturalismo pero no a la primera.

La controversia entre el naturalismo y el positivismo: se reduce a una mera cuestión de definición del Derecho.

Si vamos a tomar su significado en el sentido convencionalista, la controversia puede encararse en dos planos diferentes

- 1) ¿Cómo se usa? Tanto con una connotación valorativa como sin ella (en la práctica y en la teoría respectivamente).

Es posible que tanto el positivismo como el naturalismo hayan logrado cierto grado de auto confirmación, incidiendo en la generación de usos diferentes de la palabra “Derecho” que concuerdan con las propuestas de una y otra concepción y dando lugar a que esta palabra padezca de cierta ambigüedad.

- 2) ¿Cómo debería usarse? Tal vez sobre eso versen corrientes.

Argumentos del positivismo a favor de la distinción conceptual

- ✓ La conveniencia de adaptar los juicios valorativos de la definición de “Derecho” o “sistema jurídico”, para que la ciencia jurídica, que los tiene como objeto de estudio, al igual que el resto de las ciencias, sea puramente descriptiva.
- ✓ La imposibilidad de una correcta comunicación entre juristas, abogados y jueces si el concepto de Derecho incluyera propiedades valorativas, que son subjetivas y relativas
- ✓ Ventajas teóricas y prácticas → permite la elaboración de una crítica del Derecho a partir de la moral, lo que resulta imposible si estos dos conceptos no son independientes uno del otro.

Un naturalista podría sin embargo, decir que cuando un positivista dice que algo “es Derecho”, él diría que eso “es considerado Derecho” y que cuando un positivista dice que algo “debería ser considerado Derecho”, el diría que eso “es Derecho”; considerando que esa distinción satisface los mismos fines.

Pero no porque la gente difiere en la práctica acerca de cuáles son los principios morales y no podríamos comparar sistemas jurídicos buenos con los malos si estos no fuesen considerados sistemas jurídicos. Es importante agruparlos conceptualmente en una misma categoría para el análisis social.

La elección entre la posición naturalista y la positivista de todas formas no implica tomar partido de alguna cuestión filosófica profunda, sino acerca de una mera cuestión verbal.

Realismo jurídico

Escepticismo ante las normas, reacción opuesta al formalismo ante las normas



Derecho continental europeo → Amplia codificación, considerado por eso preciso, unívoco, coherente, completo, etc. Como los juristas suponen que el legislador es racional, no pueden admitir que, por ejemplo, dos de sus normas pueden estar en contradicción.

Common Law → Normas originadas en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes.

Por el hecho solo de que al formular normas jurídicas se debe recurrir al lenguaje natural, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario.

Las normas jurídicas más importantes son generales, no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos.

Realismo norteamericano → El Derecho no consiste en absoluto en normas jurídicas. Coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces en su lugar. El Derecho para predecir las consecuencias de mis acciones.

Examen crítico del realismo

El Derecho según el realismo, le permite al hombre predecir cómo se comportarán los tribunales, no cuáles son sus deberes/facultades.

¿Qué es el Derecho para esta corriente? Si la ciencia del Derecho consiste en predecir decisiones judiciales entonces el Derecho no es más que un cierto conjunto de tales decisiones.

Pero los jueces no proceden arbitrariamente al formular sus normas sino que siguen ciertas pautas generales. Aplican el Derecho → El Derecho = las decisiones judiciales

Pero no tienen en cuenta otras decisiones judiciales sino los criterios, las pautas, las normas que siguieron los jueces que las tomaron.

¿Qué clase de normas son estas? → Morales

Resulta entonces que el realismo reconoce que los jueces siguen ciertas normas para adoptar sus decisiones, pero sostiene que esas normas no son jurídicas sino que son morales. ¿No es válido entonces llamarlas jurídicas por el hecho de ser usada por los jueces como fundamento de sus sentencias?

Esta es la línea que sigue Alf Ross, realista que define al derecho vigente, en sentido de ordenamiento jurídico, como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones. No desprestigia las normas, pero sigue siendo realista por su criterio para determinar qué normas integran un sistema jurídico (las aplicadas).

Anexo: Barberis. "El realismo jurídico europeo-continental"

Corrientes del pensamiento jurídico europeo del s. XX que pretenden conocer el Derecho como hecho, como realidad empírica situada en el mundo natural y recibida a través de los sentidos.

3 escuelas

- Realismo jurídico escandinavo

Fundador: Hagerstrom → Tesis sobre la realidad: la única realidad cognoscible son los hechos naturales y los valores deben ser considerados metafísica.

La cruzada antimetafísica de los suecos se dirige contra la ética y la doctrina jurídica tradicionales, considerados por los realistas, el último refugio de la metafísica. Ve metafísica en conceptos tanto naturalistas (bien, justicia), como positivistas (voluntad del Estado, deber)

Lundsted desarrolla estas ideas explicando la creencia tradicional en la obligatoriedad o validez del derecho mediante un mecanismo psicológico: el funcionamiento regular de la máquina del Derecho (en particular su sistemático castigo de crímenes por parte de los funcionarios estatales) produce en los miembros de la sociedad un sentimiento de obligatoriedad.

Olivercrona es más moderado. Si bien considera que las expresiones jurídicas son palabras huecas, admite que no podemos prescindir de ellas. Ve al Derecho, más que como un conjunto de órdenes respaldadas por sanciones, como un conjunto de normas exclusivamente sobre sanciones.

Alf Ross, mayor referente del realismo escandinavo, por su parte, también considera que los conceptos jurídicos son palabras carentes de referencia pero que son irrenunciables. Su ausencia obligaría a conectar innumerables hechos jurídicos con singulares consecuencias jurídicas → Imposible

Si validez = obligatoriedad → Teoría pura = Ideología (crítica a Kelsen, que sostiene según Ross, una ideología que respalda la autoridad del Estado)

Ross propone

. Un modelo de doctrina que convertiría a la teoría del Derecho en una auténtica ciencia empírica. Los juristas, si desean convertirse en auténticos científicos del Derecho, deberían observar el comportamiento pasado de los jueces para prever su futuro comportamiento

. Una articulada teoría de la interpretación. Una teoría escéptica para la cual una misma disposición podría presentar siempre diversos significados, por lo que toda interpretación tendría que ser argumentada aduciendo justamente uno o más argumentos. → Escepticismo moderado

Las tesis de Ross se alejan del neopositivismo lógico y se acercan progresivamente a la contemporánea jurisprudencia analítica.

- Realismo jurídico italiano → Génova, s. XX

Nace con Tarello, que retoma la distinción de Ross entre enunciado (disposición) y significado (norma). Mientras que los enunciados son dados por el legislador, los significados son dados por los intérpretes (jueces –jurisprudencia- y estudiosos –doctrina-).

Radicalmente escéptico, cree que los enunciados carecen de significado.

Guastini corrige a su predecesor, aclarando que toda norma superior del ordenamiento proporciona solo un marco de significados entre los que el intérprete autorizado elige la norma inferior.

Su teoría privilegia la interpretación, no prestando atención a la aplicación, lo que la hace menos plausible en relación a la interpretación judicial, donde la interpretación es funcional a la aplicación.

- Realismo francés → Nanterre, s. XX

Troper → Teoría tripartita

1) Las normas superiores delegan en órganos la producción de las normas inferiores (Kelsen). Esta premisa es llevada hasta las últimas consecuencias. Según Troper, una jerarquía normativa solo es tal si es reconocida por los tribunales, quienes pueden cambiar las competencias de los otros órganos, incluso las propias → y esto se debe a (además de a la discrecionalidad interpretativa parcialmente ilimitada)

2) La interpretación es en realidad la producción del Derecho (teoría escandinava-genovesa)

3) ¿Qué impide a los tribunales superiores adquirir el monopolio de la producción del Derecho?

Teoría de las contraintes jurídicas → Constitución = Máquina ideada de modo tal que constriñera a los gobernantes a respetar sus propias reglas.

3 tesis típicas

1) Tesis de separación (≠/= Tesis de separabilidad: Derecho y moral son cosas conceptualmente y empíricamente conectadas)

Derecho y moral son cosas empíricamente diferentes

De acuerdo con el positivismo metodológico pero no con el teórico (conjunto de tesis teóricas positivistas) e ideológico (el Derecho debe ser obedecido).

Teoría de la avalutividad de Weber: el conocimiento del Derecho debe ser avalorativo y la valoración no es conocimiento.

Realistas jurídicos → Continentales → Cientificidad

➤ Italianos y franceses parecen admitir que la doctrina jurídica no puede ser científica del mismo modo que las ciencias naturales

2) Emotivismo ético: tesis metaética según la cual los juicios de valor no son sino expresión de sentimientos y emociones. Considerado una forma radical del subjetivismo ético, el cual es considerado como una reacción al objetivismo ético

Estos representan 3 fases de la Historia de la ética

i. O.E → Los juicios de valor no eran considerados diferentes de los juicios de hecho.

Valoraciones = Propositiones cognoscitivas

ii. E.E → Se excluyó que las valoraciones y prescripciones fueran significativas. Significado = Objetivo

iii. S.E → Tesis según la cual los juicios de valor no son objetivos como los juicios de hecho sino meramente subjetivos. Los filósofos analíticos admiten entonces 2 tipos de significado: cognitivo/descriptivo y normativo/prescriptivo

3) Escepticismo interpretativo → Tesis doble

Interpretación: toda disposición jurídica tiene más de un significado.

Aplicación: todo caso es, o puede convertirse en un caso difícil.

Única tesis verdaderamente definitoria del realismo jurídico y no solo del continental.

El realismo jurídico tal vez pueda ser definido como la variante del positivismo que privilegia la teoría de la interpretación.

Sin embargo, no hay que olvidar que ellos defienden 3 tipos de escepticismo

Genérico: privilegian la interpretación doctrinal en detrimento de la judicial (sueco)

Radical: la interpretación crea el significado de las disposiciones (Tarello, Troper)

Moderado: la interpretación es participación en la producción del Derecho (Ross)

Las tesis más comunes que sostienen que hay una conexión o asociación importante entre el derecho y la moral:

- 1) Las normas de todo sistema jurídico reflejan de hecho los valores y aspiraciones morales de la comunidad en la cual rigen o de los grupos de poder que participan directa o indirectamente en el dictado de tales normas.
- 2) Las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente válidos, con independencia de que ellos sean aceptados o no por la sociedad en que tales normas se aplican.
- 3) Las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal.
- 4) No es posible formular una distinción conceptual tajante entre las normas jurídicas y las normas morales vigentes en una sociedad.
- 5) Los jueces aplican de hecho en sus decisiones no sólo normas jurídicas sino también normas y principios morales.
- 6) Los jueces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas.
- 7) Los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradicen radicalmente principios morales o de justicia fundamentales.
- 8) Si una regla constituye una norma de un sistema jurídico, ella tiene fuerza obligatoria moral, cualquiera que sea su origen y contenido, y debe ser aplicada por los jueces y obedecida por la gente.

9) La ciencia jurídica debe encarar la tarea de formular principios de justicia aplicables a distintas situaciones jurídicamente relevantes y evaluar hasta qué punto las normas jurídicas vigentes satisfacen tales principios y pueden ser interpretadas de modo de conformarse a sus exigencias.

10) Para identificar a un sistema normativo como un orden jurídico o a una regla como una norma jurídica no basta verificar que el sistema o la regla en cuestión satisfacen ciertas condiciones fácticas, sino que debe determinarse además su adecuación a principios morales y de justicia; un sistema o una regla que no se adecúen a tales principios no pueden ser calificados de jurídicos.

Anexo: Bobbio. "Justicia, validez y eficacia"

Triple orden de problemas ante una norma jurídica

. Justicia: La más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran determinado orden jurídico. Una norma es justa si es apta para realizar dichos valores.

Problema deontológico del Derecho. Teoría de la justicia.

. Validez jurídica de una norma equivale a la existencia de esa norma como norma jurídica. Para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional.

- 1- Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas
- 2- Comprobar que no haya sido derogada
- 3- Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema

Problema ontológico del Derecho. Teoría general del Derecho.

. Eficacia: El problema de si la norma es o no cumplida por aquellos a quienes se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.

Problema fenomenológico del derecho. Sociología jurídica.

Los 3 criterios son independientes uno del otro ya que una norma puede

- Ser justa sin ser válida (Derecho natural)
- Ser válida sin ser justa
- Ser válida sin ser eficaz
- Ser eficaz sin ser válida (buena educación)
- Ser justa sin ser eficaz
- Ser eficaz sin ser justa

Los 3 problemas son 3 diversos aspectos de un solo problema central. El de la mejor organización de la vida de los nombres asociados.

Reduccionismos frecuentes

Naturalismo: reduce la validez a la justicia.

Si nos preguntamos qué es el Derecho de hecho, no podemos sino responder que en la realidad vale como Derecho también el Derecho injusto, y que no existe ningún ordenamiento que sea perfectamente justo.

Entre los mismos naturalistas hay una amplia diversidad de juicios en cuanto a lo que es o no justo ya que, lo natural adquiere distintos significados dependiendo de la forma como se use y aunque el significado fuese universal, no se puede deducir de una tendencia natural que sea buena o mala.

De modo que la reducción de la validez a la justicia en un mundo en el que la naturaleza no ofrece un apoyo para determinarla, destruye el valor de la certeza porque entonces ¿Quién decide lo que es justo?

Quienes detentan el poder → Reconocen como justo lo que es ordenado

Todos los ciudadanos → En su derecho de desobedecer la ley

PRUEBAS DE QUE
EL
NATURALISMO
ES MÁS TEORÍA
QUE HECHO

Además los naturalistas afirman que salimos del Estado natural por necesidad, el Derecho natural no cumple con la función del Derecho positivo y por lo tanto si llamamos "Derecho" al Derecho positivo, no podemos considerar "Derecho" del mismo modo al natural.
Teoría de la obediencia (naturalista): Debe obedecerse el Derecho aunque no se lo considere justo.

Positivismo: reduce la justicia a la validez

Levi: los ideales sociales llevan continuamente a cambiar el Derecho establecido y por lo tanto el Derecho puede ser válido sin ser justo.

Hobbes: En el paso del estado de naturaleza al Estado civil, los individuos transmiten todos sus derechos naturales al soberano, como también el derecho de decidir qué es justo/injusto y, por lo tanto, desde el momento en que se constituye el Estado civil, el único criterio de lo justo/injusto es la voluntad del soberano → la validez no se distingue de la justicia porque nacen juntas con el Derecho positivo

La consecuencia es la reducción de la justicia a la fuerza → la distinción de justicia y validez evita esto

Realismo: reduce la validez a la eficacia.

No observa al Derecho como debería ser, sino como es.

3 momentos

Escuela histórica del Derecho: Derecho = Fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del pueblo cuyo espíritu es el fundamento del Derecho → Derecho basado en la costumbre

Concepción sociológica del Derecho: El efecto de esta concepción se manifiesta en la insistente invocación del Derecho judicial, es decir el Derecho elaborado por los jueces en su obra de permanente adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad.

Concepción realista del Derecho → Common Law

Tesis principal: No existe el Derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es una permanente creación del juez, el Derecho es una obra exclusiva del juez que decide una controversia.

¿Puedo decir entonces que si tomo en cuenta el aspecto social y evolutivo del Derecho la validez equivale a la eficacia?

No.
Si bien es exacto decir que en el Derecho común la validez va siempre acompañada de la eficacia no es igualmente exacta la proporción inversa.
Una costumbre es jurídica si es acogida en un sistema jurídico como comportamiento obligatorio (Opinio iuris: la convicción de que es obligatorio a partir de eso)
Derecho vivo → de hecho ≠ Derecho viviente: En formación. Llega a ser vivo cuando el juez, en cuanto sea reconocido como creador de Derecho le atribuye también la validez

Anexo: Antonio Carlos Wolkmer, "Introducción al pensamiento jurídico crítico" cap. 2

Teoría crítica del Derecho → Teoría de inspiración neo-marxista

Introdujo análisis sociopolíticos del fenómeno jurídico aproximando más directamente el Derecho al Estado, al poder, a las ideologías, a las prácticas sociales y a la crítica interdisciplinaria.

Consistía en discursos críticos tentativos con pretensión de diagnosticar los efectos sociales del legado tradicional del Derecho en sus características normativas y centralizadoras. Se pretendía revelar cómo, tras la enseñanza de las doctrinas clásicas realistas y formalistas, se encontraban "encubiertas y reforzadas las funciones del Derecho y el Estado en la reproducción de las sociedades capitalistas"

La teoría crítica es importante en tanto atribuye relevancia al sentido sociopolítico del Derecho, es decir, una plena eficacia al discurso que cuestione el tipo de justicia expuesto por cualquier ordenamiento jurídico.

Crítica aplicada al Derecho → Instrumento operante que permite no solo esclarecer, estimular y emancipar un sujeto histórico inmerso en determinada normatividad, sino también discutir y redefinir el proceso de constitución del discurso legal mitificado y dominante.

Objetivos/condiciones para instituir cualquier teoría que intente hacer real una crítica plenamente satisfactoria del fenómeno jurídico.

a) mostrar los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos;

b) denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del derecho y del Estado están apoyadas en la ilusoria separación del derecho y de la política y en la idea utópica de la primacía de la ley como garantía de los individuos;

c) revisar las bases epistemológicas que comandan la producción tradicional de la ciencia del derecho, demostrando de qué manera las creencias teóricas de los juristas en torno a la problemática de la verdad y de la objetividad cumplen una función de legitimación epistémica, a través de la cual se pretende desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el derecho;

d) superar los bizantinos debates que nos muestran el derecho desde una perspectiva abstracta, obligándonos a verlo como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses

individuales, a la preservación y administración de intereses generales (...). De esta forma, la teoría crítica intenta reacomodar el derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan (...). (Warat 1983a, 39-40)

e) crear una conciencia participativa que permita a los diferentes juristas de oficio involucrarse de manera competente en los múltiples procesos decisorios, como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del Estado (...);

f) modificar las prácticas tradicionales de investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos con relación a los fenómenos que pretende organizar y explicar;

g) proporcionar, en las escuelas de derecho, un conjunto de instrumentos pedagógicos adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir, partiendo de una problemática discursiva que intente mostrar no sólo los nexos del derecho con las relaciones de poder, sino igualmente el papel de las escuelas de derecho como productoras de ideas y representaciones. Estas últimas se entrelazarán posteriormente con la actividad social como un valor a priori, lleno de certezas y de dogmatismo. (Warat, en Plastino

1984, 21-22)