INTRODUCCIÓN AL DERECHO

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

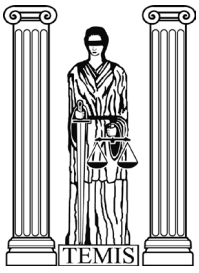
EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

INTRODUCCIÓN
AL DERECHO

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Traducción de
María Luisa Meza Ríos



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Miguel Teixeira de Sousa, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1217-9
3000 2019019230
ISBN e-book 978-958-35-1354-1

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A la memoria del Prof. Ruy de Albuquerque.

El autor agradece a todos los que, con su crítica y sus comentarios, contribuyeron para la elaboración de esta obra.

ABREVIATURAS

ABGB	*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Austria)*
Ac.	Decisión colegiada (*acórdão*).
AcP	*Archiv für die civilistische Praxis* (Tübingen)
AD	Decisiones doctrinales del Supremo Tribunal Administrativo
AJP	*Australasian Journal of Philosophy* (London)
ALR	*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*
Am.J,Juris.	*American Journal of Jurisprudence* (Notre Dame, IN)
Am.L.Econ.Rev.	*American Law and Economics Review* (Oxford)
Am.L.Rev	*The American Law Review* (St. Louis) / American Law Review (Palo Alto)
Analysis	*Analysis* (Oxford)
Arch. Phil. Dr.	*Archives de Philosophie du Droit* (Paris)
Argumentation	*Argumentation / An International Journal on Reasoning* (Dordrecht)
Ariz. St. L.J.	*Arizona State Law Journal* (Tempe, AZ)
ARSP	*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Stuttgart)
Art.	Artículo
Artif Intell Law	*Artificial Intelligence and Law* (Dordrecht)
BFD	*Boletim da Faculdade de Direito* (Coimbra)
BGH	*Bundesgerichsthof* (Alemanha)
BGHZ	*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*
BH	*Beiheft*
BMJ	*Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa)
Boston U.L.Rev.	*Boston University Law Review* (Boston)
BVerfG	*Bundesverfassungsgericht*
BVerfGE	*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tübingen)
Cal.L.Rev.	*California Law Review* (Berkeley)
C.C.	Código Civil portugués
C.C. suizo	Código Civil suizo
C.C. francia	Código Civil (Francia)
C. de Co. port	Código Comercial portugués
CDC	Código de Derecho Canónico

CEDH	Convención Europea de Derechos del Hombre
CEst	Código de Circulación
CIRE	Código de Insolvencia y de Recuperación de Empresas
CJ	*Colectânea de Jurisprudência* (Coimbra)
CJ/S	*Colectânea de Jurisprudência / Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (Coimbra)
Colum.L.Rev.	*Columbia Law Review* (New York)
Conc.	Concordato entre la República portuguesa y la Santa Sede (Vaticano, 18/5/2004)
Cornell L.Rev.	*Cornell Law Review* (Ithaca, N.Y.)
C.P.	Código Penal portugués
C.P.A.	Código de Procedimento Administrativo portugués
C. de P. C.	Código de Proceso Civil portugués
CPC/67	Código de Proceso Civil (versión del Decreto-Ley 47690, de 11/5/1967)
C. de P.P.	Código de Proceso Penal portugués
CPPT	Código de Procedimentos y de Proceso Tributario portugués
CPT	Código de Proceso del Trabajo portugués
CPTA	Código de Proceso en los Tribunales Administrativos portugués
CRegP	Código de Registo Predial portugués
CRFB	Constitución de la República Federativa del Brasil
Crit. Inq.	*Critical Inquiry* (Chicago)
CRP	Constitución de la República Portuguesa
CSC	Código de las Sociedades Comerciales portugués
C. del T.	Código del Trabajo portugués
D.	Digesto
DirJ	*Direito e Justiça / Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa* (Lisboa)
DL	Decreto-Ley
Doxa	*Doxa / Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante)
DR	Diario de la República
DUDH	Declaración Universal de los Derechos del Hombre
EMJ	Estatuto de los Magistrados Judiciales portugués
EOA	Estatuto de la Orden de los Abogados portugués
ER	*English Reports* (London)
Ethic. Th. Moral Pract.	*Ethical Theory and Moral Practice* (Dordrecht)
ETIJ	Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia
Eur. J. Law Reform	*European Journal of Law Reform* (The Hague)

EWCA Crim	*England and Wales Court of Appeal* (Criminal Division) *Decisions*
FamRZ	*Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (Bielefeld)
FG	*Festgabe*
FS	*Festschrift*
GrünhutsZ	*Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Rechts der Gegenwart* (Wien)
GS	*Gedächtnisschrift*
Harv.L.Rev.	*Harvard Law Review* (Cambridge, Mass.)
HWPh	*Historisches Wörterbuch der Philosophie* (Basel/Stuttgart)
HWRh	*Historisches Wörterbuch der Rhetorik* (Tübingen)
HWbSozWiss	*Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* (Stuttgart)
J.E.L.	*The Journal of Law & Economics* (Chicago)
J. Phil.	*The Journal of Philosophy* (New York)
J. Phil. Logic	*Journal of Philosophical Logic* (Dordrecht/Boston)
J. Value Inquiry	*The Journal of Value Inquiry* (Dordrecht)
JbRSozRTh	*Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Opladen; Düsseldorf)
JhJb	*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts / Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (Jena)
JR	*Juristische Rundschau* (Berlin)
JZ	*Juristenzeitung* (Tübingen)
KB	*Law Reports / King's Bench Division* (London)
L	Ley
L&A	*Logique et Analyse* (Louvain)
LC	Ley Constitucional
Legal Th.	*Legal Theory* (Cambridge)
LOFTJ	*Ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales* (Ley 52/2008, de 28/8)
LPh	*Law and Philosophy / An International Journal of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Dordrecht)
LPPAP	Ley de Participación Procedimental y de Acción Popular portuguesa (Ley 83/95, de 31/8)
LTC	Ley sobre organización, funcionamiento y proceso del Tribunal Constitucional portugués
Mind	*Mind* (Oxford)
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift* (München/Frankfurt a. M.)
NLAV	Nueva Ley de Arbitraje Voluntario portuguesa
Noûs	*Noûs* (London)

NT	Nota del traductor
OA	Ordenaciones Alfonsinas
ODD	Ordenaciones de D. Duarte
OF	Ordenaciones Filipinas
OM	Ordenaciones Manuelinas
Ox.J.L.St.	*Oxford Journal of Legal Studies* (Oxford)
ÖZöR	*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Wien)
P.2d	*Pacific Reporter, Second Series* (St. Paul, Minn.)
Phil. Phen. Res.	*Philosophy and Phenomenological Research* (London)
Phil. Quart.	*The Philosophical Quarterly* (London)
Phil. Rev.	*The Philosophical Review* (Ithaca, NY)
Ratio Juris	*Ratio Juris / An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford/Cambridge, Mass.)
RC	Apelación [Relação] de Coimbra
RE	Apelación [Relação] de Évora
Rec.	*Recueil de la Jurisprudence de la Cour* (Luxembourg)
RFD	*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (Lisboa)
RL	Apelación [Relação] de Lisboa
ROA	*Revista da Ordem dos Advogados* (Lisboa)
RP	Apelación [Relação] de Porto
RTh	*Rechtstheorie* (Berlin)
S.Cal.L.Rev.	*Southern California Law Review* (Los Angeles)
Sc.St.L.	*Scandinavian Studies in Law* (Stockholm)
STA	Supremo Tribunal Administrativo portugués
STJ	Supremo Tribunal de Justicia portugués
Stud. Gen.	*Studium Generale* (Berlin/Göttingen/Heidelberg)
Synthese	*Synthese / An International Journal for Epistemology, Methodology and Philosophy of Science* (Dordrecht)
TC	Tribunal Constitucional portugués
TCA	Tribunal Central Administrativo portugués
Tex.L.Rev.	*Texas Law Review* (Austin)
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
Themis	*Themis / Revista da Faculdade de Direito da UNL* (Lisboa)
Theoria	*Theoria / A Swedish Journal of Philosophy* (Lund)
TJCE / TJUE	Tribunal de Justicia (de la Comunidad / Unión Europea)
TUE	Tratado de la Unión Europea
U.Chi.L.Rev.	*The University of Chicago Law Review* (Chicago)

U.Pa.L.Rev.	*University of Pennsylvania Law Review* (Philadelphia)
Va.L.Rev.	*Virginia Law Review* (Charlottesville)
VVDStRL	*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Berlin)
Yale L.J.	*The Yale Law Journal* (New Haven)
ZRG (Röm. Abt.)	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* (Wien/Köln/ Weimar)
ZStaatsW	*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* (Tübingen)
ZZP	*Zeitschrift für Zivilprozeß* (Köln/Berlin/Bonn/München)

Símbolos lógicos

V	alternatividad / o
&	conjunción / y
→	implicación / implica
↔	equivalencia/ equivalente a
~	negación / no
F	prohibido / prohibición
O	obligatorio / obligatoriedad
P	permitido / permiso

ÍNDICE GENERAL

NOCIONES INTRODUCTORIAS. ESTUDIO DEL DERECHO

PÁG.

I. Perspectivas de análisis

1. Perspectiva estática 1
   A) Generalidades 1
   B) Visión dinámica del derecho 1
   C) Visión estática del derecho 2
   D) Perspectiva adoptada 2
2. Perspectiva objetiva 3
   A) Generalidades 3
   B) Derecho objetivo 3
   C) Derecho subjetivo 3
   D) Perspectiva adoptada 4

II. Disciplinas jurídicas

1. Historia del derecho 4
2. Sociología del derecho 5
   A) Noción 5
   B) Modalidades 5
3. Filosofía del derecho 6
   A) Noción 6
   B) Corrientes jusfilosóficas 6
   C) Definiciones de derecho 7
4. Teoría del derecho 9
   A) Noción 9
   B) Distinción 9
   C) Teoría vs. práctica 9

III. Ciencia del derecho

1. Noción 10
2. Distinción 10
   A) Sociología del derecho 10

PÁG.

B) Filosofía del derecho 11
C) Teoría del derecho 11
3. Caracterización 12
A) Generalidades 12
B) "Ciencia del espíritu" 12
C) Valores específicos 13
D) Metodología jurídica 14
4. Funciones 14
5. Construcción 16
A) Ámbito de la construcción 16
B) Doctrina jurídica 17
6. Historia 18
A) Líneas de evolución 18
B) Evolución reciente 19
C) Criterios de solución 20
7. "Geografía" 20

IV. Ciencias auxiliares

1. Derecho comparado 21
2. Política del derecho 21
3. Ciencia económica 22

Parte primera

ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Título I

DELIMITACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Capítulo I

ORDENAMIENTO SOCIAL Y NORMATIVIDAD

I. Ser y deber ser

1. Presentación de la distinción 25
A) Aspectos de la distinción 25
B) Verdad y validez 26
C) Validez y violación 29

PÁG.

2. Consecuencias de la distinción 29
A) "Falacia naturalista" 29
B) Confirmación de la falacia 30
3. Deber ser y querer 31

II. Normatividad del ordenamiento social

1. Generalidades 32
2. Ordenamientos normativos 32
3. Interacción social 33
A) Modelos de interacción 33
B) Grupos e instituciones 33
C) Funciones de las instituciones 34
D) Institucionalismo jurídico 35

III. Ordenamiento social y ordenamiento jurídico

1. Sociabilidad humana 36
2. Necesidad del derecho 37
3. Características del derecho 37
4. Normativa del derecho 38
A) Ordenamiento de deber ser 38
B) Corrientes realistas 38
5. Prevalencia del derecho 40

IV. Delimitación de la normativa

1. Normativa y naturaleza 40
A) Orígenes 40
B) Características 41
2. Normativa y técnica 42
A) Generalidades 42
B) Distinción 43
C) Confluencia 44

Capítulo II

ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DERECHO

I. Posición del derecho

1. Condicionantes del derecho 45
A) Envoltura del derecho 45
B) Naturaleza de las cosas 45

PÁG.

2. Subsidiariedad del derecho 46
A) Justificación de la subsidiariedad 46
B) Protección de bienes jurídicos 47
C) Espacio libre de derecho 47
3. "Favor libertatis" 48
A) Generalidades 48
B) Reglas permisivas 48

II. Funciones del derecho

1. Función constitutiva 49
A) Construcción de la realidad 49
B) Atribución de razones 51
2. Función política 51
A) Combate a la anarquía 51
B) Combate al totalitarismo 53
3. Función social 53
4. Función pacificadora 54

III. Derecho y moral

1. Generalidades 54
2. Criterio de distinción 55
A) Enunciado del criterio 55
B) Apreciación del criterio 56
3. Relaciones mutuas 57
A) Generalidades 57
B) Perspectivas de análisis 57
C) Perspectiva empírica 58
D) Perspectiva normativa 59
E) Tesis de la separación 60

IV. Derecho y justicia

1. Generalidades 61
2. Modalidades de la justicia 61
A) Distributiva y conmutativa 61
B) Legal o general 63
C) Justicia social 64
3. Justicia material 64

V. Derecho y democracia

1. Generalidades 64

PÁG.

2. Régimen democrático 64
A) Función de legitimación 64
B) Elementos de la democracia 65

VI. Derecho y Estado

1. Generalidades 66
2. Análisis de las relaciones 66
A) Estado de derecho 66
B) "Paradoja de la soberanía" 67
3. Derecho sin Estado 68

Capítulo III

ORDENAMIENTO JURÍDICO E IMPERATIVIDAD

I. Encuadramiento general

1. Imperatividad del derecho 70
2. Coacción y coercibilidad 70
3. Características del ordenamiento jurídico 71

II. Desvalores jurídicos

1. Generalidades 71
2. Desvalor de conductas 72
3. Desvalores de actos 72
A) Ilegalidad 72
B) Inexistencia 72
C) Invalidez 72
D) Ineficacia 73

III. Sanciones jurídicas

1. Generalidades 73
A) Noción de sanción 73
B) Significado de sanción 74
C) Fines de las sanciones 74
D) Reglas sancionatorias 74
E) Desvalor jurídico y sanción 76
2. Delimitación de las sanciones 77
A) Generalidades 77
B) Concretización 77

PÁG.

3. Modalidades de las sanciones 78
   A) Generalidades 78
   B) Sanciones preventivas 78
   C) Sanciones conminatorias 78
   D) Sanciones reconstitutivas 79
   E) Sanciones compensatorias 79
   F) Sanciones punitivas 80

IV. Actuación de la imperatividad

1. Generalidades 81
2. Imperatividad y coacción 81
   A) Imperatividad coactiva 81
   B) "Lex imperfecta" 81
   C) "Soft law" 82
3. Coacción y coerción 82
   A) Noción de coerción 82
   B) Funciones de la coerción 83
   C) Finalidad de la coerción 83
4. Reglas de coerción 84
   A) Generalidades 84
   B) Coerción estatal 84
5. Problemas de la coerción 84
   A) Violación de la coerción 84
   B) Coerción sobre coerción 85

Capítulo IV

ORDENAMIENTO JURÍDICO Y TUTELA JURÍDICA

I. Medios de tutela jurídica

1. Necesidad de tutela 86
2. Concreción de los medios 86
   A) Autotutela 86
   B) Heterotutela 86

II. Medios de autotutela

1. Generalidades 87
2. Legítima defensa 87
   A) Encuadramiento 87
   B) Requisitos 88

PÁG.

3. Derecho de resistencia 88
4. Estado de necesidad 89
A) Encuadramiento 89
B) Modalidades 89
C) Requisitos 89
5. Acción directa 90
A) Encuadramiento 90
B) Distinción 91
C) Requisitos 91

Título II

RÉGIMEN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Capítulo V

SISTEMAS DE DERECHO

I. Comparación jurídica

1. Derecho comparado 93
A) Noción 93
B) Ámbito 93
C) Características 93
2. Criterios de clasificación 94
A) Enunciado de los criterios 94
B) Presentación de la clasificación 94
C) Indicación de la secuencia 94

II. Sistema romano-germánico

1. Formación 95
2. Características 95
3. Codificación 96
A) Generalidades 96
B) Noción de código 96
C) Épocas de la codificación 96
D) Apreciación de la codificación 97
4. Derecho público y derecho privado 98
A) Encuadramiento 98
B) Criterios de distinción 99

III. Sistema del "common law"

PÁG.

1. Formación 99
2. Características 100
   A) Valor de la jurisprudencia 100
   B) Otras características 100

IV. Sistema musulmán

1. Formación 101
2. Características 101
   A) Base religiosa 101
   B) Adaptación a la realidad 101

Capítulo VI

DELIMITACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. Delimitación positiva

1. Generalidades 102
   A) Noción 102
   B) Formación de las fuentes 102
   C) Límites de las fuentes 103
   D) Lenguaje de las fuentes 104
2. Encuadramiento 105
   A) Funciones del Estado 105
   B) "Acceptatio legis" 105
3. Especies 106
   A) Intencionales y no intencionales 106
   B) Mediatas e inmediatas 106
   C) Internas y externas 107
   D) Simples y complejas 107

II. Delimitación negativa

1. Doctrina 108
   A) Encuadramiento 108
   B) Derecho portugués 108
2. Jurisprudencia 109
   A) Funciones de la jurisprudencia 109
   B) Papel de la jurisprudencia 109
   C) Orientaciones doctrinarias 111
   D) Jurisprudencia constante 112

PÁG.

E) Jurisprudencia uniformizada 113
F) Uniformización de la jurisprudencia 113
G) Valor de la uniformización 114
H) Conversión de los "assentos" 115

Capítulo VII

MODALIDADES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. Fuentes externas

1. Derecho internacional 117
2. Derecho europeo 117
A) Modalidades 117
B) Fuentes 118

II. Fuentes internas inmediatas

1. Generalidades 118
2. Ley 119
A) Noción 119
B) Leyes materiales y formales 119
C) Actos normativos 120
D) Actos legislativos 121
E) Actos reglamentarios 121
F) Actos atípicos 122
G) Ámbito territorial 123
H) Ámbito legal 123
3. Normas corporativas 124
A) Encuadramiento 124
B) Noción 124
C) Valor 124
4. Características de la ley 124
A) Generalidades 124
B) Carácter abstracto 125
C) Carácter general 126
D) Importancia de las características 126
E) Conjugación de las características 127
5. Costumbre 128
A) Elementos de la costumbre 128
B) Formación de la costumbre 129
C) Modalidades de la costumbre 130
D) Costumbre y desuso 130
E) Relevancia legal 131
F) Costumbre jurisprudencial 132

III. Fuentes internas mediatas

PÁG.

1. Generalidades 133
2. Usos 133
   A) Perspectiva de análisis 133
   B) Condiciones de relevancia 133
   C) Previsión legal 134
   D) Valor legal 134
   E) Uso y costumbre 134
3. Jurisprudencia normativa 134
4. Fuentes del derecho privadas 135
   A) Noción 135
   B) Ejemplificación 135

Capítulo VIII

VICISITUDES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. Desvalores del acto normativo

1. Generalidades 137
2. Concretación 137
   A) Inexistencia 137
   B) Invalidez 137
   C) Ineficacia 138

II. Publicación de las fuentes

1. Régimen de la publicación 138
   A) Necesidad de publicación 138
   B) Publicación oficial 138
   C) Formas de publicación 139
   D) Efectos de la publicación 139
2. Publicación y puesta a disposición 139
3. Rectificación de la publicación 140
   A) Admisibilidad de la rectificación 140
   B) Retroactividad de la rectificación 140
   C) Valor del texto rectificado 140
4. "Ignorantia iuris" 141

III. Entrada en vigencia de la ley

1. Generalidades 142

PÁG.

2. "Vacatio legis" 142
A) Noción 142
B) Plazos de "vacatio" 142
C) Cómputo del plazo 142
3. Vigencia inmediata 143
4. Protección de intereses 143
A) Garantía del conocimiento 143
B) Hechos intermedios 144

IV. Vicisitudes de la vigencia de la ley

1. Generalidades 144
2. Impedimento a la vigencia 144
A) Requisitos 144
B) Concretizaciones 145
3. Suspensión de la vigencia 145
A) Generalidades 145
B) Modalidades 145
4. Cese de la vigencia 146
5. Caducidad de la ley 146
A) Vigencia temporal 146
B) Falta de presupuestos 146
6. Derogación de la ley 147
A) Noción 147
B) La ley derogada y derogatoria 147
C) Modalidades de derogación 147
D) Derogación tácita 148
E) Efectos sistémicos 150
F) Derogación y aplicabilidad 151
G) No reviviscencia 152
H) Derogación y remisión 152
7. Problemas de jerarquía 153

Capítulo IX

JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. Relaciones de jerarquía

1. Generalidades 154
A) Fuentes y reglas 154
B) Determinación de la jerarquía 154
C) Relevancia de la jerarquía 155

PÁG.

2. "Stufenbautheorie" 155
A) Presentación 155
B) Apreciación 156

II. Jerarquía dinámica

1. Generalidades 157
A) Presupuestos de análisis 157
B) Resultado del análisis 157
2. Fuentes externas 158
A) Derecho internacional 158
B) Derecho europeo 158
3. Fuentes internas 159
A) Ley y reglamento 159
B) Actos legislativos 159
C) Actos reglamentarios 159
D) Ley y costumbre 160
F) Fuentes mediatas 160

III. Debilitamiento de la jerarquía

1. Concreción sustitutiva 161
2. Régimen del debilitamiento 161
A) Fuentes constitucionales 161
B) Fuentes ordinarias 162

IV. Modificación de la jerarquía

1. Generalidades 162
2. Límites de la modificación 162
3. Resultados de la modificación 163
A) Diferenciación en la jerarquía 163
B) Equiparación de la jerarquía 164

V. Especies de invalidez

1. Invalidez originaria 164
A) Generalidades 164
B) Concreción 165
2. Invalidez sobreviniente 165

Título III

REGLAS Y PROPOSICIONES JURÍDICAS

Capítulo X

CARACTERIZACIÓN DE LA REGLA JURÍDICA

I. Nociones generales

PÁG.

1. Fuentes y reglas jurídicas 167
   A) Revelación de la regla 167
   B) Interpretación de la fuente 168
2. Reglas y proposiciones 169
   A) Generalidades 169
   B) Descripción vs. prescripción 170
   C) Diferencias lógicas 172
   D) Lógica de las reglas 174

II. Estructura de la regla

1. Generalidades 175
   A) Enunciado de los elementos 175
   B) Características de los elementos 176
2. Previsión 176
   A) Elementos de la previsión 176
   B) Funciones de la previsión 177
   C) Modalidades de la previsión 177
3. Operador deóntico 177
   A) Generalidades 177
   B) Tripartición deóntica 178
   C) Relaciones deónticas 178
   D) Dualidad de la permisión 179
4. Objeto 179
   A) Determinación del objeto 179
   B) Conductas y poderes 179
   C) Efectos jurídicos 181
5. Previsión y estatuición 182
   A) Justificación de la estructura 182
   B) Análisis de las relaciones 182

III. Carácter hipotético

1. Reglas hipotéticas 184
   A) Características 184
   B) Consecuencias 185

PÁG.

2. Categorías de hechos 186
3. "Legal defeasibility" 187
4. Reglas categóricas 188

IV. Análisis del imperativismo

1. Orientaciones imperativistas 188
   A) Orígenes 188
   B) Evolución 188
2. Apreciación del imperativismo 189
   A) Distorsión de la realidad 189
   B) Unilerateralidad de la visión 190

Capítulo XI

MODALIDADES DE REGLAS JURÍDICAS

I. Criterio del objeto

1. Generalidades 191
2. Concreción 191
   A) Reglas primarias 191
   B) Reglas secundarias 192

II. Criterio del ámbito

1. Generalidades 192
2. Reglas específicas 192
   A) Noción 192
   B) Ámbito 192
3. Reglas especiales 193
   A) Generalidades 193
   B) Especialidad material 193
   C) Especialidad personal 193
   D) Especialidad territorial 193
4. Reglas excepcionales 194
   A) Generalidades 194
   B) Fundamentos 194
5. Regímenes propios 195
   A) Derogación 195
   B) Prueba 196

III. Criterio de la disponibilidad

PÁG.

1. Reglas imperativas 196
2. Reglas supletorias 196
3. Criterios de calificación 196

IV. Criterio de la vinculación

1. Reglas de resultado 197
2. Reglas técnicas 197

V. Especies de reglas

1. Reglas definitorias 198
   A) Noción 198
   B) Función 198
   C) Importancia 199
2. Reglas de remisión 200
   A) Noción 200
   B) Justificación 200
3. Reglas de presunción 201
   A) Noción 201
   B) Modalidades 202
   C) Importancia 202
4. Ficciones legales 203
5. Reglas de conflictos 204
6. Reglas autorreferenciales 204

Título IV

REGLAS Y SISTEMA JURÍDICO

Capítulo XII

CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

I. Características del sistema

1. Generalidades 205
   A) Noción de sistema 205
   B) Pertenencia vs. aplicabilidad 206
   C) Importancia del sistema 206
2. Formación del sistema 207
   A) Generalidades 207
   B) Producción y recepción 207

II. Componentes del sistema

PÁG.

1. Principios jurídicos 208
   A) Modalidades 208
   B) Principios programáticos 208
   C) Principios formales 208
   D) Principios materiales 209
   E) Criterio de optimización 210
2. Principios y reglas 211
   A) Criterio común 211
   B) Aplicación de los principios 212
   C) Compatibilidad de reglas 213
   D) Axiología de los principios 214
   E) Resolución de conflictos 215
3. Elementos inferidos 215
   A) Generalidades 215
   B) Elementos implícitos 216
   C) Elementos derivados 217

III. Autonomía del sistema

1. Presupuestos de la autonomía 217
2. Validez y autonomía 217
   A) Generalidades 217
   B) Norma fundamental 218
   C) Regla de reconocimiento 219
   D) Apreciación crítica 220
3. Construcción de la autonomía 220
   A) Regla de selección 220
   B) Función de la regla 221
   C) Determinación de la regla 222
   D) Límites de la autonomía 223

IV. Funcionamiento del sistema

1. Generalidades 223
2. Construcción del sistema 223
   A) Sistemas sociales 223
   B) Carácter autopoiético 224
3. Consistencia del sistema 224
   A) Principio de consistencia 224
   B) Tipos de consistencia 225
   C) Conflicto normativo 226
   D) Resolución del conflicto 228

PÁG.

4. Apertura del sistema 229
A) Necesidad de la apertura 229
B) Flexibilidad del sistema 230

Capítulo XIII

SITUACIONES SUBJETIVAS

I. Enunciado de las fuentes

1. Generalidades 231
2. Concreción del objeto 231
A) Conducta 231
B) Poder 232
3. Situaciones relativas y absolutas 234

II. Lógica de la acción

1. Generalidades 234
2. Incoherencia pragmática 235
3. Especies de conflictos 236
A) Colisión de derechos 236
B) Conflicto de deberes 236
4. Solución de conflictos 237
A) Derecho positivo 237
B) Fórmula de ponderación 238
5. Valor "prima facie" 239
A) Condición pragmática 239
B) "Razones excluyentes" 240
C) Defeasibility of duties 241

Título V

APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

Capítulo XIV

DERECHO TRANSITORIO FORMAL

I. Encuadramiento general

1. Enunciado del problema 243
2. Ejemplificación casuística 244

PÁG.

3. Principios orientadores 244
A) Referencias de la ley nueva 244
B) Enunciado de los principios 245
C) Fundamentos de los principios 245

II. Derecho transitorio

1. Noción 247
2. Modalidades 247
A) Enunciado de las modalidades 247
B) Derecho transitorio formal 247
C) Reglas de conflictos 247

III. Soluciones del conflicto

1. Enunciado 248
2. Régimen legal 248
A) Análisis general 248
B) Título constitutivo 249
C) Orientación metodológica 249

IV. Criterios subsidiarios generales

1. Aplicación inmediata de la ley nueva 249
A) Hechos jurídicos 249
B) Efectos instantáneos 250
C) Situaciones jurídicas 250
2. Ultraactividad de la ley antigua 251
A) Generalidades 251
B) Condiciones de validez 251
C) Contenido de situaciones 252
3. Retroactividad de la ley nueva 252
A) Generalidades 252
B) Admisibilidad de la retroactividad 253
C) Límites a la retroactividad 253
D) Ley retroactiva 254
E) Ley interpretativa 254
F) Retroactividad “in mitius” 255
G) Grados de retroactividad 256
4. Retroconexión de la ley nueva 258
A) Generalidades 258
B) Modalidades de retroconexión 259
C) Límites de la retroconexión 259
D) Consagración de la retroconexión 260

V. Criterio supletorio especial

PÁG.

1. Generalidades 260
2. Aplicación del régimen 260
   A) Disminución del plazo 260
   B) Aumento del plazo 261
3. Ámbito de aplicación 261
   A) Extensión 261
   B) Restricción 261

Parte segunda

ELEMENTOS DE METODOLOGÍA DEL DERECHO

Título I

INFERENCIA DE LA REGLA JURÍDICA

Capítulo XV

LENGUAJE Y DERECHO

I. Generalidades

1. Reglas y lenguaje 265
2. Dimensiones del lenguaje 265

II. Dualidad del lenguaje

1. Generalidades 266
2. Conceptos determinados 267
   A) Noción 267
   B) Modalidades 268
3. Conceptos indeterminados 268
   A) Noción 268
   B) Delimitación 269
   C) Ejemplificación 270
   D) Concreción 270
4. Tipos legales 271
   A) Noción 271
   B) Clasificación 271

III. Reducción tipológica

PÁG.

1. Clasificación vs. ordenación 272
2. Concepto vs. Tipo 272
   A) Generalidades 272
   B) Prevalencia del tipo 273

IV. "Divisio y partitio"

1. Presentación de la distinción 275
   A) Términos de la distinción 275
   B) Consecuencias de la distinción 275
2. Relevancia de la distinción 276
   A) Presentación 276
   B) Ejemplificación 276

Capítulo XVI

HERMENÉUTICA Y DERECHO

I. Hermenéutica normativa

1. Normatividad de la comprensión 278
   A) Premisas fundamentales 278
   B) Semántica inferencial 280
2. Relevancia de la precomprensión 281

II. Hermenéutica jurídica

1. Encuadramiento general 283
   A) Función de la interpretación 283
   B) Interpretación y aplicación 284
   C) Normativa de la interpretación 286
2. Función de la subsunción 287
   A) Papel de la subsunción 287
   B) Operación de subsunción 287
   C) Naturaleza de la subsunción 288
   D) Subsunción y concreción 289
3. Interpretación jurídica 289
   A) Perspectiva del intérprete 289
   B) Objeto de la interpretación 289
   C) Asimetría del objeto 291
   D) Necesidad de la interpretación 291
   E) Prohibición de la interpretación 292

PÁG.

4. Dificultades de la interpretación 293
A) Generalidades 293
B) Ambigüedad sintáctica 293
C) Ambigüedad semántica 294
D) Vaguedad o porosidad 295
E) Capacidad de modificación del significado 296
F) Dificultades específicas 297
G) Resolución de las dificultades 297

Capítulo XVII

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

I. Generalidades

1. Aspectos relevantes 298
2. Carácter normativo 298

II. Finalidad de la interpretación

1. Generalidades 298
A) Subjetivismo vs. objetivismo 298
B) Semántica vs. pragmática 301
2. Orientaciones objetivistas 301
A) Justificación 301
B) Consecuencias 303
3. Derecho portugués 304
A) Generalidades 304
B) Tendencias subjetivistas 305
C) Tendencias objetivistas 305
D) Conclusión 307

III. Elementos de la interpretación

1. Función 307
2. Enunciado 308
A) Generalidades 308
B) Texto y espíritu 309
C) Jerarquía de los elementos 309
D) Metarregla de prevalencia 310
3. Valor de los elementos 310
4. Modelos de interpretación 311

IV. Significado literal

PÁG.

1. Generalidades 311
2. Historicismo vs. actualismo 312
3. Concreción del elemento 312
   A) Generalidades 312
   B) Dimensión semántica 312
4. Valor del texto 314
   A) Límites legales 314
   B) Límite mínimo 315
5. Significado provisional 316

V. Elemento histórico

1. Generalidades 316
2. Aspectos objetivos 317
3. Aspectos subjetivos 317
4. Aspecto evolutivo 318

VI. Elemento sistemático

1. Generalidades 319
   A) Encuadramiento 319
   B) Importancia 320
2. Historicismo vs. actualismo 320
3. Concreción del elemento 321
   A) Generalidades 321
   B) Relación de contexto 321
   C) Contexto vertical 322
   D) Contexto horizontal 323
   E) Principio de consistencia 324

VII. Elemento teleológico

1. Generalidades 325
   A) Delimitación del elemento 325
   B) Relevancia de la estatuición 326
2. Historicismo vs. actualismo 326
   A) Generalidades 326
   B) Derecho positivo 327
3. Concreción del elemento 327
   A) Generalidades 327
   B) Factores sistémicos 327
   C) Evaluación de las consecuencias 328
   D) Reglas de la experiencia 328

PÁG.

4. Importancia del elemento 329
A) Interpretación de la ley 329
B) Función específica..... 329

VIII. Conjugación de los elementos 330

Capítulo XVIII

RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN

I. Generalidades 331

II. Interpretación declarativa

1. Noción 331
2. Modalidades 332

III. Interpretación reconstructiva

1. Generalidades 332
2. Interpretación extensiva 333
A) Configuración..... 333
B) Ejemplificación 334
C) Delimitación..... 335
3. Interpretación restrictiva..... 335
A) Configuración..... 335
B) Ejemplificación 336
C) Delimitación..... 337
D) Consecuencias..... 338
4. Síntesis esquemática..... 338

IV. Inobservancia de la regla

1. Vinculación a la ley 339
2. Interpretación abrogadora..... 339
A) Caracterización 339
B) Efectos 340
3. Interpretación correctiva..... 340
A) Generalidades 340
B) Concretización 340

Capítulo XIX

DETECCIÓN DE LAGUNAS

I. Determinación de la laguna

PÁG.

1. Falta de reglamentación 343
   A) Generalidades 343
   B) Causas de la falta 344
2. Incompletud en el sistema 344
   A) Generalidades 344
   B) Posibilidad de la incompletud 345
   C) Sentido de la incompletud 347
   D) Detección de la incompletud 347
   E) Indicios de la incompletud 348
   F) Exclusión de la incompletud 349

II. Clasificaciones de las lagunas

1. Generalidades 350
2. Concreción 350
   A) Normativas y de regulación 350
   B) Intencionales y no intencionales 350
   C) Iniciales y subsecuentes 351
   D) Patentes y ocultas 351

Capítulo XX

INTEGRACIÓN DE LAGUNAS

I. Encuadramiento general

1. Necesidad de integración 353
2. Criterios de integración 353

II. Analogía jurídica

1. Generalidades 354
2. Prohibiciones de la analogía 354
   A) Reglas penales 354
   B) Reglas fiscales 355
   C) Reglas excepcionales 355
   D) Tipologías taxativas 356

PÁG.

3. Comunión de cualidades 357
A) Generalidades..... 357
B) Analogía y tipo 358
C) Analogía y valoración..... 359
D) Analogía y "ratio legis" 360
E) Analogía e interpretación..... 361
F) Modalidades de la analogía..... 362
G) Crítica de la "analogía iuris"..... 363

III. Regla hipotética

1. Generalidades 364
2. Construcción de la regla..... 364
A) Abstracción y generalidad 364
B) Espíritu del sistema..... 364
C) Comparación de las soluciones..... 365
D) Disposiciones especiales..... 365
3. Característica de la regla 366

Título II

SOLUCIÓN DE CASOS CONCRETOS

Capítulo XXI

CRITERIOS DE SOLUCIÓN

I. Generalidades

1. Enunciado..... 367
2. Ponderación..... 367

II. Criterios no normativos

1. Discrecionalidad..... 368
2. Equidad..... 368
A) Noción..... 368
B) Antecedentes..... 368
C) Derecho vigente 370
D) Criterio de decisión..... 370

III. Criterios normativos

1. Generalidades 371

PÁG.

2. Determinación de la regla 371
A) Generalidades 371
B) Acumulación de reglas 371
C) Concurso de reglas 372
D) Conflicto de reglas 372
3. Principios jurídicos 373

Capítulo XXII

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. Función de la argumentación 374

II. Teoría procesal

1. Generalidades 374
2. Premisas de la teoría 375
A) Premisas generales 375
B) Relatividad de la corrección 376
3. Condiciones del discurso 377
A) Generalidades 377
B) Reglas del discurso 377
4. Justificación del discurso 379
A) Modalidades de justificación 379
B) Justificación interna 379
C) Justificación externa 380

III. Disenso racional e irracional

1. Necesidad de reglas 381
2. Apreciación de la teoría procesal 382
A) Insuficiencia del discurso 382
B) Eventualidad del discurso 383
3. Consenso vs. disenso 383
A) Importancia del disenso 383
B) Racionalidad del disenso 384
C) Irracionalidad del disenso 384

Capítulo XXIII

ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. Elementos de la argumentación

1. Noción de argumento 386

PÁG.

2. Estructura del argumento 386
3. Ámbito de los argumentos 387

II. Materia de derecho

1. Generalidades 387
2. Argumento "a simile" 388
   A) Generalidades 388
   B) Concreción 388
3. Argumento "a contrario" 390
   A) Generalidades 390
   B) Sentido fuerte 391
   C) Sentido débil 392
   D) Delimitación del argumento 393
4. Argumento "*a fortiori*" 393
   A) Generalidades 393
   B) Concreción 393
   C) Funciones 394

III. Materia de hecho

1. Tipos de argumentos 394
   A) Base del argumento 394
   B) Presunción y abducción 394
2. Argumentos presuntivos 394
3. Argumentos abductivos 395
   A) Origen 395
   B) Caracterización 396
   C) Importancia 396

Capítulo XXIV

CONSTRUCCIÓN DE LA DECISIÓN

I. Generalidades

1. "Discovery vs. justification" 397
2. Precedencia de la regla 398
3. Fundamentación de la decisión 399
   A) Necesidad 399
   B) Importancia 399
   C) Tipos 399

II. Corrección externa

PÁG.

1. Generalidades 401
2. Premisas de hecho 401
   A) Necesidad de la prueba 401
   B) Noción de prueba 401
   C) Procedural defeasibility 401
   D) Valoración de la prueba 403
   E) Resultado de la prueba 404
3. Premisas de derecho 405
   A) Generalidades 405
   B) Selección de la regla 405
   C) Fórmula de ponderación I 406
   D) Fórmula de ponderación II 407
   E) Ausencia de regla 408
4. Determinación de los efectos 408
   A) Generalidades 408
   B) Modalidades de los efectos 409

III. Coherencia interna

1. Generalidades 409
2. Silogismo judicial 410
   A) Estructura 410
   B) Consagración 410
3. Esquema alternativo 411

IV. Aceptabilidad de la decisión

1. Generalidades 411
2. Carácter universalizable 412
3. Criterio de optimización 412
   A) Valoración de las consecuencias 412
   B) Elección del criterio 413
4. "No right answer?" 414
   A) Presentación del problema 414
   B) Certeza vs. razonabilidad 415

Bibliografía 417
Índice de autores 455
Índice de materias 461

NOCIONES INTRODUCTORIAS. ESTUDIO DEL DERECHO

I. Perspectivas de análisis

1. Perspectiva estática

A) *Generalidades*

El derecho puede ser considerado desde una perspectiva dinámica —según la cual el derecho es un conjunto de consecuencias o de efectos jurídicos— o desde una perspectiva estática —de acuerdo con la cual el derecho es un conjunto de reglas—. Resulta oportuno aclarar el sentido de esta distinción para entender la perspectiva de análisis que es aconsejable en el estudio introductorio del derecho.

B) *Visión dinámica del derecho*

a) El derecho puede ser objeto de un análisis dinámico que se apoya en los conceptos de: hecho jurídico, regla jurídica y consecuencia o efecto jurídico[1]. El hecho jurídico es todo hecho que es relevante para el derecho, es decir, todo hecho cuya verificación desencadena la producción de consecuencias o efectos jurídicos[2]. Como el hecho jurídico es construido por el propio derecho, se puede decir que este es un "hecho bruto" (*brute fact*) que el derecho transforma en "hecho institucional" (*institucional fact*)[3]. A su vez, este hecho puede ser un acto jurídico o un hecho jurídico *stricto sensu*. Un acto jurídico es un hecho humano y voluntario jurídicamente relevante[4], como, por ejemplo, un negocio

[1] Cfr. J. A. Veloso, "Um Esquema de Análise Pragmática da Linguagem das Posições Jurídicas Subjectivas", en *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, pp. 230 ss.

[2] Es por esto que Ross (*On Law and Justice*, p. 214) se refiere a los hechos jurídicos como "hechos operativos".

[3] Cfr. Searle, *Speech Acts – An Essay in the Philosophy of Language*, pp. 50 ss.; sobre el tema cfr. también Anscombe, "On Brute Facts", en *Analysis*, pp. 69 ss.; MacCormick; Weinberger, *An Institutional Theory of Law – New Approaches to Legal Positivism*, pp. 9 ss.

[4] Es importante hacer referencia a la definición presentada por Hage, "A model of juridical acts: the world of law", en *Artif Intell Law*, p. 33: "*A juridical act is an act with a propositional content, performed with the intention to bring about the change in the world of law that is indicated by means of the propositional content*".

jurídico, una conducta delictiva, un acto legislativo, un acto administrativo o la decisión de un tribunal. Por el contrario, un hecho jurídico *stricto sensu* es un hecho no humano y no voluntario que es jurídicamente relevante, como, por ejemplo, el nacimiento, la muerte, un terremoto, una inundación o la mordedura de un perro.

La regla jurídica es el significado de una fuente del derecho. Asimismo, las reglas jurídicas determinan la relevancia jurídica de los hechos, ya que solo los hechos subsumibles en la previsión de estas reglas pueden ser calificados como hechos jurídicos. Esta subsunción permite calificar el hecho como jurídico, razón por la cual se puede decir que la calificación es la operación que permite la transformación de un "hecho bruto" en un hecho jurídico.

Finalmente, la consecuencia o el efecto jurídico es el resultado de la aplicación de una regla jurídica a un hecho jurídico, pudiendo esta aplicación traducirse en la constitución, modificación o extinción de este efecto. Todo efecto constitutivo proviene de un título, es decir, de un hecho al que una regla jurídica atribuye la función de constituir efectos jurídicos. Por ejemplo: el derecho de propiedad puede tener por título, entre otros, un contrato, la sucesión *mortis causa*, la usucapión o la accesión (cfr. C. C., arts. 1316 y 1317).

b) El análisis dinámico del derecho es fácil de concretizar en un ejemplo con los siguientes datos: el sujeto S_1 prestó € 1000 a S_2, el hecho de que S_1 haya prestado una determinada cantidad a S_2 se subsume en la previsión de una regla jurídica (cfr. C. C., art. 1142), por tanto es un hecho jurídico. La aplicación de la regla jurídica a la hipótesis objeto de análisis define la consecuencia jurídica, que es, en este caso, la obligación de restitución de la cantidad prestada (cfr. C. C., art. 1142). Más en concreto, la situación jurídica que resulta de la aplicación de la regla consiste en el derecho de S_1 a recibir la cantidad que prestó, así como el deber de S_2 de restituir este mismo monto.

C) *Visión estática del derecho*

Cuando se utiliza una perspectiva estática, se considera el derecho en sí mismo, independientemente de las consecuencias o de los efectos jurídicos que resultan de la aplicación de las reglas jurídicas a determinados hechos jurídicos (como derechos, facultades, deberes, sujeciones o estados personales). Esto significa que las reglas jurídicas son analizadas y estudiadas como tales, sin que haya preocupación de determinar las consecuencias y situaciones que derivan de su aplicación.

D) *Perspectiva adoptada*

En una introducción al derecho es preferible seguir la perspectiva estática de análisis del derecho. La preocupación no debe incidir en las consecuencias derivadas de la aplicación de las reglas, sino en el derecho considerado en sí

mismo. Por esto, la perspectiva que es utilizada en esta obra de introducción al derecho es distinta de aquella que es adoptada en la exposición de cada una de las diversas ramas del derecho, dado que en esta se trata de determinar las consecuencias que derivan de la aplicación de reglas jurídicas a determinados hechos jurídicos (y de analizar, por ejemplo, qué derechos corresponden al acreedor y qué deberes recaen sobre el deudor, qué facultades pertenecen al propietario y qué derechos y deberes corresponden recíprocamente a cada uno de los cónyuges).

2. Perspectiva objetiva

A) *Generalidades*

La palabra "derecho" puede ser aplicada en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo. En el sentido objetivo, el derecho es sinónimo de derecho objetivo y, en el sentido subjetivo, de derecho subjetivo.

B) *Derecho objetivo*

El derecho objetivo (en inglés, *law*) puede ser entendido en diversos sentidos. A veces, se utiliza la expresión "derecho (objetivo)" como equivalente a sistema u ordenamiento jurídico: en esta acepción se habla, por ejemplo, del derecho portugués, del derecho francés o del derecho europeo. En otras situaciones, el término "derecho (objetivo)" es utilizado como sinónimo de ley o, más en general, de fuente del derecho: este es el significado de la expresión cuando se dice, por ejemplo, que la Asamblea de la República tiene competencia para producir derecho. Por último, también se utiliza la expresión "derecho (objetivo)" como equivalente a regla jurídica: en este sentido se dice, por ejemplo, que la prohibición de la pena de muerte es derecho vigente en Portugal.

Las reglas jurídicas que se refieren a una misma realidad socio-jurídica constituyen una institución. Por ejemplo: la institución de la propiedad es regulada por las reglas relativas a la adquisición, modalidades, efectos y extinción de la propiedad; la institución del matrimonio es regulada por el conjunto de reglas que regulan la formación, efectos y extinción del matrimonio.

C) *Derecho subjetivo*

Cuando se habla de derecho subjetivo (en inglés, *right*) se alude a la posición de un sujeto —el titular del derecho— respecto a un determinado modo de actuar. En este sentido se habla de derechos fundamentales o se dice que quien prestó una cosa tiene derecho a recibir lo que entregó, o que el hijo tiene derecho a recibir alimentos de los padres. El derecho subjetivo ha sido concebido de diferentes maneras, teniendo que destacar, entre las más conocidas,

aquellas que lo consideran como un "poder de voluntad" (*Willensmacht*)[5], como un "interés jurídicamente protegido" (*rechtlich geschütztes Interesse*)[6] o como un "derecho a exigir y constituir" (*Anspruchs- und Gestaltungsrecht*)[7]. No obstante, en una fórmula sintética, el derecho subjetivo puede ser definido como la situación subjetiva que resulta de una permisión de acción o de omisión. Se advierte entonces que el derecho subjetivo no agota la lista de las situaciones subjetivas: cuando estas se refieren a un poder, la situación que deriva de la permisión es una facultad o una competencia.

El derecho subjetivo fue una emanación de las ideologías liberales del siglo XIX y garantiza a su titular un espacio de libertad. Por tanto, no es de extrañar que todos los regímenes totalitarios hayan combatido (o combatan) el derecho subjetivo. El rechazo del derecho subjetivo por el nacionalsocialismo se demuestra en afirmaciones como: "Tú no eres nada, tu nación lo es todo" (HITLER [1889-1945])[8] o "en el centro del pensamiento jurídico liberal estaba el individuo; mientras que en el centro de la política del derecho nacional-socialista está la colectividad"[9].

D) *Perspectiva adoptada*

De acuerdo con la visión estática del derecho anteriormente adoptada, no son consideradas las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de las reglas jurídicas a los hechos jurídicos. Por tanto, dado que los derechos subjetivos son una de las consecuencias posibles de la aplicación de las reglas jurídicas, la adopción de aquella metodología implica que, en esta introducción al derecho, solo se analiza el derecho objetivo.

II. DISCIPLINAS JURÍDICAS

1. HISTORIA DEL DERECHO

La historia del derecho es la rama de la historia que trata la formación y evolución del derecho. Normalmente, la historia del derecho analiza el

[5] SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, p. 7.

[6] JHERING. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. III, 3ª ed., p. 328.

[7] WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7ª ed., p. 88; sobre la historia dogmática del derecho subjetivo, cfr. COING, "Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»", en COING *et al* (eds.)*, Das subjektive Recht und der Schutz der Persönlichkeit*, pp. 7 ss.

[8] "*Du bist nichts, Dein Volk ist alles*": cfr. SIEBERT, "Die Volkesgemeinschaft im bürgerlichen Recht", en Frank (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2ª ed., p. 961.

[9] FRANK, "Einleitung", en Frank (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch*, 2ª ed., p. XIV.

derecho como una realidad cultural y, por esto, toma como base una cierta homogeneidad cultural: es el caso, por ejemplo, de la historia del derecho romano o de la historia del derecho portugués.

2. Sociología del derecho

A) *Noción*

La sociología del derecho es la rama de la sociología que se ocupa del derecho en cuanto hecho social, procurando determinar las funciones y el grado de efectividad del derecho en la sociedad, y buscando analizar las relaciones entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Para la sociología del derecho, la validez del derecho es vista desde la perspectiva del ser: es válido el derecho que es observado y aplicado.

Las relaciones entre el derecho y la sociedad son indiscutibles. Constituye algo evidente que la realidad social conforma el derecho: esta realidad es siempre determinante (aunque mucho más allá de una mera causalidad) para la formación del derecho, dado que este pretende dar respuesta a problemas sociales. Es por ello por lo que a cada época histórica (antigua, feudal, moderna, industrial, postindustrial) corresponde un derecho distinto. También es indiscutible que el derecho procura orientar y conformar la realidad social: del éxito de esta función del derecho depende su eficacia, puesto que un derecho que no sea observado en la sociedad es un derecho ineficaz.

B) *Modalidades*

En la sociología del derecho se suele distinguir entre la sociología del derecho empírica y la sociología del derecho teórica. La sociología del derecho empírica analiza la forma cómo el derecho es aplicado y observado en la sociedad; esta se apoya en el método de análisis social empírico y en la encuesta social. Por su parte, la sociología del derecho teórica se ocupa tanto del análisis teórico del derecho como fenómeno social (y, en especial, de la función social del derecho), cuanto de las relaciones del sistema jurídico con el ordenamiento social y con otros sistemas normativos. Como autores representativos cabe mencionar a Ehrlich (1862-1922)[10], Weber (1864-1921) (desde

[10] Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4ª ed, (reimp. al cuidado de Rehbinder); Ehrlich. *Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre,* (reimp. al cuidado de Rehbinder); sobre la controversia entre Ehrlich y Kelsen, cfr. Kelsen; Ehrlich, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft – Eine Kontroverse*, pp. 1 ss.

la perspectiva de la teoría de la acción)[11] y LUHMANN (1927-1998) (desde la óptica de la teoría sistémica)[12].

3. FILOSOFÍA DEL DERECHO

A) *Noción*

La filosofía del derecho —expresión que se vulgarizó depués de la publicación, en 1821, de las *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de HEGEL (1770-1831)— es la rama de la filosofía que se ocupa del fundamento, esencia y fin del derecho. La perspectiva de análisis de la filosofía del derecho sobre la realidad jurídica transciende el derecho positivo, lo que lleva a que esta se ocupe de cuestiones como qué es el derecho, a qué valores está sujeto y qué factores lo pueden legitimar.

B) *Corrientes jusfilosóficas*

Grosso modo, hay que considerar dos orientaciones fundamentales en la filosofía del derecho: una corriente jusnaturalista y una corriente positivista. Según la orientación jusnaturalista, el derecho es definido en función de criterios suprapositivos (como la justicia y la moral) y su legitimación depende de la conformidad con estos criterios. El jusnaturalismo no acepta la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser, ya que los valores inherentes al derecho que debe ser son relevantes para determinar la validez del derecho que es.

Por otro lado, de acuerdo con las orientaciones positivistas (de carácter normativista o realista), el derecho es definido en función de criterios jurídicos y su legitimación depende de criterios otorgados por el propio ordenamiento jurídico[13]. El positivismo se basa en la distinción entre el ser y el deber ser, separando el derecho que es (derecho vigente) del derecho que debe ser (derecho no vigente)[14]. Como afirmó AUSTIN (1790-1859), "la existencia del derecho es una cosa, pero su valor o desvalor es otra"[15].

[11] Cfr. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., pp. 387 ss.

[12] LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed.; LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*.

[13] Para un análisis de las principales corrientes positivistas, cfr. OTT, *Der Rechtspositivismus – Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, pp. 33 ss., 56 ss. y 74 ss.; para una apreciación del positivismo, cfr. DREIER, "Der Begriff des Rechts", en *NJW*, pp. 890 ss.

[14] Cfr. por ejemplo, SUMMERS, "«Is» and «Ought» in Legal Philosophy", en *Phil. Quart.*, pp. 157 ss.

[15] AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 157.

C) *Definiciones de derecho*

a) En muchas áreas del saber no hay discusión alguna sobre la definición del respectivo objeto: no es común para los físicos, químicos, biólogos o astrónomos preocuparse por la definición de la física, química, biología o astronomía o divergir sobre la definición del objeto de sus investigaciones. La situación es muy diferente en el derecho: como el derecho es algo que tiene que ser construido, las definiciones de derecho no buscan describir una realidad preexistente, sino más bien brindar los elementos para calificar como derecho una realidad que es producida. Por esta razón, la definición del derecho tiene un carácter constitutivo del propio derecho: es derecho aquello que corresponde a los elementos de la definición de derecho.

A pesar de la importancia de la definición del derecho, no es fácil encontrar una respuesta para la pregunta "¿Qué es el derecho?". Respecto a este tema, se puede continuar diciendo lo que ya afirmaba KANT (1724-1804): "Los juristas buscan aún una definición para su concepto de derecho"[16]. Sin embargo, cabe señalar que en la búsqueda de una definición de derecho, se ha recurrido, entre muchos otros, a los criterios de justicia, garantía de libertad, producción normativa, efectividad social y coercibilidad del derecho[17].

b) Como ejemplos de definiciones basadas en el criterio de justicia pueden mencionarse los siguientes: –*Ius est ars boni et aequi* (CELSUS, D. 1.1.1. pr.); – "El derecho es el arte de conocer lo que es justo. [...] Así, el concepto «ius» fue construido para denotar la propia cosa justa; pero, más tarde, se convirtió de manera derivada en el nombre de la ciencia por la cual se conoce lo que debe ser justo" (S. TOMÁS DE AQUINO [C. 1224-1274])[18].

Como ejemplos de definiciones que se apoyan en el criterio de garantía de libertad pueden ser citados los siguientes: –"El derecho es [...] el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno se puede conciliar con el arbitrio de otros de acuerdo con una ley universal de libertad" (KANT [1724-1804]);[19] –"Una existencia en absoluto, que sea existencia de la voluntad libre constituye el derecho" (HEGEL [1770-1831])[20].

[16] KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1ª ed., 2ª ed., A 731 n. / B 759 n.; sobre la evolución del concepto de derecho, cfr. BÖCKENFÖRDE, "Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung", en *Archiv für Begriffsgeschichte*, pp. 145 ss.

[17] Cfr. en parte, ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 29; para un intento de definición del derecho conjugando algunos de los criterios referidos, cfr. DREIER, "Der Begriff des Rechts", en *NJW*, pp. 893 ss.

[18] S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II/II, 57, p. 1.

[19] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1ª ed., 2ª ed., AB 33; cfr. también KANT, *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, A 234.

[20] HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 34 (§ 29).

Como ejemplos de definiciones fundamentadas en el criterio de producción normativa pueden ser expuestos los siguientes: –"La LEY CIVIL es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le impone [...] para que las utilice como criterio de distinción entre el bien y el mal, es decir, entre lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley" (HOBBES [1588-1679])[21]; –"[...] el derecho [...] es definido, de forma adecuada, como «una regla de conducta civil prescrita por el poder supremo de un Estado, que ordena lo que es justo y prohíbe lo que es injusto»" (BLACKSTONE [1723-1780])[22]; –"Todo el derecho positivo, o el derecho estrictamente así denominado, es establecido por una persona soberana o un cuerpo soberano de personas, para un miembro o miembros de la sociedad política independiente, donde aquella persona o cuerpo es soberano o supremo" (AUSTIN [1790-1859])[23].

Como ejemplos de definiciones apoyadas en el criterio de efectividad social pueden ser enumerados los siguientes: –"Derecho en sentido jurídico es, en general, aquello que las personas, que conviven en alguna comunidad, reconocen recíprocamente como norma y regla de esta convivencia" (BIERLING [1841-1919])[24]; –"Las predicciones sobre lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho" (HOLMES [1841-1935])[25]; –"Proponemos [...] designar como derecho «un conjunto de reglas sociales, que prescriben un comportamiento exterior y que son vistas como aplicables por los tribunales»" (KANTOROWICZ [1877-1940])[26]; –"Podemos [...] definir el derecho como la estructura de un sistema social que se basa en la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento" (LUHMANN [1927-1998])[27].

Como ejemplos de definiciones basadas en el criterio de coercibilidad del derecho pueden ser referidos los siguientes: –"Un orden debe llamarse: [...] derecho, cuando esté garantizado exteriormente por la posibilidad de una coerción (física o psíquica) ejercida por un cuerpo de personas instituido con el fin de obligar a la observancia de ese orden o castigar su transgresión" (WEBER [1864-1920])[28]; –"Por derecho se entiende [...] un ordenamiento *normativo* que busca orientar un determinado comportamiento humano de tal modo

[21] HOBBES, *Leviathan*, cap. 26, p. 3.

[22] BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, v. I, p. 44.

[23] AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 116 ss.

[24] BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, v. I , p. 19.

[25] HOLMES, "The Path of the Law", en *Harv.L.Rev.*, p. 461; cfr. también ROSS, *On Law and Justice*, p. 75.

[26] KANTOROWICZ, *Der Begriff des Rechts*, p. 90.

[27] LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., p. 105.

[28] WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., p. 17; en sentido similar, cfr. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4ª ed, (reimp. al cuidado de Rehbinder), pp. 167, 297.