

## ÍNDICE

<i>Nota de los traductores</i> .....	19
<i>Estudio preliminar</i> .....	23

### TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO UNA CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO POSITIVO SOBRE LA BASE DE INVESTIGACIONES HISTÓRICO-DOGMÁTICAS

<i>Prólogo</i> .....	49
----------------------	----

### LIBRO PRIMERO EXPOSICIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO DESDE 1800

#### PRIMERA PARTE LA DOCTRINA FRANCESA

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN .....	57
1. La ausencia de planteamiento del problema del derecho positivo en Francia .....	57
2. La doble dificultad que ello supone a efectos expositivos; modos de superarla .....	59
3. Exposición sistemática de los métodos positivista, socio- logista y iusnaturalista como presupuesto necesario para la comprensión de la teoría francesa .....	60

CAPÍTULO II. LA DOCTRINA FRANCESA DEL DERECHO NATURAL, EN CUANTO RESULTA RELEVANTE PARA LA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA FRANCESA DEL DERECHO POSITIVO .....	69
1. El iusnaturalismo de la Revolución .....	69
2. El iusnaturalismo metafísico posterior .....	70
3. Esbozo de una historia de la doctrina iusnaturalista .....	72
3.1. Los comentaristas .....	72
3.2. La escuela sociológica .....	73
3.3. El solidarismo. Duguit .....	74
3.4. <i>La renaissance du droit naturel</i> .....	77
3.5. La influencia de la guerra .....	79
4. La mezcla de derecho natural y derecho positivo .....	82
5. Valoración del derecho natural como ética .....	85
CAPÍTULO III. LA TEORÍA DEL DERECHO POSITIVO .....	89
1. La teoría de las fuentes del derecho de la Revolución. Montesquieu. Ley y juez. <i>Référé législatif y Tribunal de Cassation</i> .....	89
2. El <i>Code Napoléon</i> . La influencia de Bonaparte y de Portalis. El desmoronamiento de los ideales de la Revolución. El art. 4 del <i>Code civil</i> .....	92
3. Los primeros comentaristas y <i>l'école de l'exégèse</i> . Métodos de interpretación. La influencia de Montesquieu .....	96
4. <i>L'école nouvelle</i> . La historia del movimiento. Las corrientes de Saleilles y de Gény. Su teoría de las fuentes del derecho: iuspublicistas y iuscivilistas, aspectos comunes. Los dos errores fundamentales: el dogma del ordenamiento jurídico prejudicial y el dualismo en el concepto del derecho ...	99
5. Un ejemplo de la corriente iusnaturalista: la teoría de las fuentes del derecho de Gény .....	106
5.1. El derecho como producto científico .....	106
5.2. Gény y los dos errores básicos de carácter general ...	109
5.3. Las diversas fuentes en particular .....	113
6. Un ejemplo de la corriente sociológica: Lambert .....	118
6.1. La política jurídica de orientación sociológica .....	118
6.2. La doctrina de la costumbre .....	120
7. Resumen .....	123
8. Excursus. Algunas reflexiones adicionales tendentes a esclarecer el dualismo en el concepto francés de derecho .....	124

ÍNDICE

SEGUNDA PARTE  
LA DOCTRINA INGLESA

CAPÍTULO IV. LA DOCTRINA INGLESA .....	131
1. Introducción. La relación entre el pensamiento jurídico inglés y el continental .....	131
2. «Old English view as stated by Blackstone» .....	135
3. La doctrina del derecho de Austin .....	138
3.1. El significado de Austin .....	138
3.2. El concepto de derecho de Austin. El concepto de soberanía .....	141
3.3. La doctrina de las fuentes del derecho de Austin ...	145
3.4. Continuación. En particular sobre el denominado derecho consuetudinario. ( <i>judge-made law</i> ) .....	148
4. Los sucesores de Austin .....	152
5. Continuación. En particular sobre la teoría del derecho consuetudinario. La crítica de Kif a la teoría inglesa .....	156
6. Excursus A. Sobre el concepto de derecho en la literatura inglesa posterior a Austin .....	163
7. Excursus B. Sobre el <i>case-law</i> y la <i>equity</i> .....	170

TERCERA PARTE  
LA DOCTRINA ALEMANA

CAPÍTULO V. LA ESCUELA HISTÓRICA .....	183
1. Introducción. De la necesidad de realizar nuevos estudios histórico-dogmáticos .....	183
2. Exposición de la doctrina de las fuentes del derecho de la escuela histórica .....	185
3. Interpretación de la doctrina de las fuentes del derecho de la escuela histórica? .....	192
3.1. El significado teórico de la doctrina de las fuentes del derecho. La tarea comprende dos problemas ...	192
3.2. ¿Cuáles eran el planteamiento y el método de la escuela histórica .....	193
3.3. ¿Cuál era el significado de la doctrina del espíritu del pueblo ( <i>Volksgeist</i> )? .....	195
3.3.1. Cuadro general de los tres pilares de la argumentación .....	196
3.3.2. Argumentos a partir del carácter romántico de la época .....	198

3.3.2.1.	Planteamiento: lo dado y el método .....	198
3.3.2.2.	El romanticismo como tipo básico morfológico-intelectual ( <i>geistes-morphologische Grundtype</i> ) .....	199
3.3.2.3.	La filosofía natural romántica ....	202
3.3.2.4.	Los precursores. Herder .....	204
3.3.2.5.	La filosofía de la historia del romanticismo .....	206
3.3.2.6.	La importancia del romanticismo para la comprensión de las teorías de Savigny y Puchta .....	207
3.3.3.	Argumentos a partir de la importancia de la hipótesis interpretativa para la comprensión de los sistemas de Savigny y Puchta .....	211
3.3.4.	Argumentos doctrinales de especial relevancia .....	216
3.3.5.	Algunas consideraciones críticas .....	217
3.3.6.	El carácter práctico de la doctrina de las fuentes del derecho .....	219
3.3.7.	Caracterización sumaria .....	222
CAPÍTULO VI.	EL POSITIVISMO .....	225
1.	Transición histórica del romanticismo al positivismo científico-natural .....	225
1.1.	El proceso se observa en lo referente a tres aspectos, a saber .....	225
1.1.1.	La doctrina del surgimiento del derecho como fundamento de una teoría político-jurídica, que se sitúa en el centro de una triple disputa entre escuelas .....	226
1.1.2.	La doctrina del surgimiento del derecho como fundamento del problema de la realidad .....	230
1.1.2.1.	Crítica interna de la escuela histórica .....	230
1.1.2.2.	Crítica externa de la escuela histórica .....	231
1.1.3.	La doctrina de la aplicación del derecho ...	235
2.	Caracterización de la doctrina positivista de las fuentes del derecho .....	236

ÍNDICE

CAPÍTULO VII. EL DERECHO LIBRE Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO ...	241
1. Comparación con el <i>combat pour la méthode</i> en Francia	241
2. Esbozo de una historia del movimiento del derecho libre	243
3. La importancia del derecho libre para la doctrina de las fuentes del derecho .....	245
4. La teoría pura del derecho .....	248

LIBRO SEGUNDO

EXPOSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DE LA FUENTES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE

EL PROBLEMA DE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO

CAPÍTULO VIII. INTRODUCCIÓN: TAREA Y MÉTODO .....	255
1. El método inductivo .....	255
2. Reflexión sobre el concepto precientífico de derecho. «El método reflexivo» .....	258
3. El método crítico lógico-trascendental .....	259
4. La <i>problemática del derecho</i> , de Max Salomon .....	263
5. V. Kirchmann. El derecho libre y el positivismo .....	266
6. Visión panorámica de las siguientes teorías .....	272
6.1. El derecho como deber ser ético .....	272
6.2. El derecho como ser-natural .....	275
6.3. El derecho como deber ser específicamente jurídico ...	277
CAPÍTULO IX. EL DERECHO COMO SER-NATURAL .....	279
1. Kornfeld .....	279
2. Ehrlich .....	284
CAPÍTULO X. EL DERECHO COMO DEBER SER <i>SUI GENERIS</i> Y COMO SER-CULTURAL .....	289
1. La doctrina de Kelsen sobre el derecho como puro deber ser .....	289
2. La doctrina de la escuela sudoccidental alemana sobre el derecho como ser-cultural .....	292
3. Crítica de las teorías del ser-cultural .....	294
3.1. Crítica del concepto de cultura .....	294
3.2. Crítica de la determinación del derecho como una parte de la realidad cultural .....	302

3.3.	Determinación del significado real del concepto de cultura en las teorías referidas .....	306
3.3.1.	No es constitutivo del concepto del derecho .....	306
3.3.2.	No fundamenta la validez del derecho .....	310
3.3.3.	Encierra un derecho natural encubierto .....	313
3.3.4.	Síntesis .....	317
4.	Crítica de la teoría del derecho como un puro deber ser ...	318
5.	Consecuencias .....	322

CAPÍTULO XI.	EL DERECHO COMO SISTEMA DE NORMAS QUE EXPRESA UNA TOTALIDAD DE ACCIONES SOCIALES ( <i>SOZIALE HANDLUNGSTOTALITÄT</i> ) .....	329
1.	El concepto de norma .....	329
2.	El concepto de norma jurídica .....	334
3.	Norma y realidad .....	337
4.	Determinación de la positividad del derecho .....	339
5.	Conclusión .....	348

## SEGUNDA PARTE

## EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPÍTULO XII.	EL CONCEPTO DE FUENTE DEL DERECHO .....	353
1.	El significado formal del concepto de fuentes del derecho .....	353
2.	Sus consecuencias en relación con las diversas fuentes del derecho supuestamente existentes .....	355
3.	La definición real del concepto de fuente del derecho según .....	359
3.1.	El positivismo dominante .....	359
3.2.	La jurisprudencia lógico-normativa .....	367
3.3.	Las teorías sociológicas .....	368
3.4.	Las teorías filosófico-culturales .....	370
3.5.	Las teorías iusnaturalistas .....	371
3.6.	La concepción aquí sostenida .....	372
4.	El concepto de norma de delegación .....	375
5.	Los conceptos de fuente derivada, fuente no independiente y derecho extrasistemático .....	377

ÍNDICE

CAPÍTULO XIII. LA RELACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES NIVELES DE LA SECUENCIA ESCALONADA DEL DERECHO .....	381
1. Introducción y planteamiento .....	381
2. Método: crítica de los métodos iusnaturalista, iuspositivista, psicológico y sociológico (las teorías del derecho libre). El problema es de índole teórico-jurídica .....	383
3. Crítica de la teoría, metodológicamente correcta, del silogismo (la doctrina dominante: Verdroß, Merkl, Somló) .....	389
4. Juez y ley se encuentran en una relación de coordinación sobre la base del sistema; la actividad creadora de derecho del juez .....	396
5. La doctrina de la interpretación: las teorías de la interpretación y la crítica del concepto de interpretación .....	398
6. Los principios de interpretación contingentes; el principio de interpretación necesario; la frontera entre ley y sentencia; la interpretación doctrinal no cae en el ámbito de la ciencia jurídica .....	402
7. La doctrina de las lagunas del derecho: análisis del concepto de laguna .....	404
8. Crítica de las teorías de las lagunas (Zitelmann) .....	407
9. El concepto de laguna del derecho como concepto puramente jurídico anterior o posterior a la aplicación del derecho ...	412
CAPÍTULO XIV. LA CONSTITUCIÓN .....	415
1. Planteamiento y método .....	415
2. Los problemas de la definición del concepto de constitución sobre bases positivistas: Jellinek y Somló .....	416
3. El concepto de constitución en clave lógico-normativa; crítica de la doctrina de Kelsen de la constitución en sentido lógico-jurídico y en sentido jurídico-positivo .....	420
4. El cierre superior de la secuencia escalonada del sistema jurídico. El verdadero significado de la norma fundamental de Kelsen. La constitución positiva como norma fundamental .....	424
5. Los límites externos del conocimiento jurídico; el fundamento último del sistema jurídico es una creencia basada en un malentendido de orden lógico .....	430
6. Revolución y norma fundamental .....	432
7. La constitución «eterna» .....	434
8. La distinción entre constitución en sentido formal y constitución en sentido material debe ser rechazada .....	435

CAPÍTULO XV. LEY Y REGLAMENTO .....	437
1. Planteamiento y método (Wenzel) .....	437
2. La ley como tipo y la ley como concepto lógico-normativo .....	441
3. ¿Contiene la ley siempre una norma general? .....	444
4. Sobre la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material .....	446
4.1. Introducción y panorámica general .....	446
4.2. Génesis, contenido y evolución de la doctrina dominante (Laband) .....	448
4.3. Esquema de interpretación teórico-jurídico .....	458
4.4. Planteamiento y método de la crítica .....	461
4.5. Crítica teórico-jurídica de la doctrina dominante ...	462
4.6. Crítica jurídico-positiva de la doctrina dominante: ...	467
4.6.1. La situación jurídica prerrevolucionaria ...	467
4.6.2. La situación jurídica postrevolucionaria ...	474
4.7. Mención especial a la doctrina del reglamento .....	477
4.8. Resumen .....	479
5. Sobre la distinción entre contenido de la ley y mandato de la ley .....	481
6. Sobre el contenido de la ley (Wenzel) .....	483
CAPÍTULO XVI. SENTENCIA, REGLAMENTO, CONTRATO, DERECHO CONSUETUDINARIO, NATURALEZA DE LA COSA, CIENCIA, SENTIMIENTO JURÍDICO, ANALOGÍA, ESPÍRITU DE LA LEY, INTERPRETACIÓN Y OTROS ...	491
1. La sentencia .....	491
2. El reglamento y el contrato .....	492
3. El derecho consuetudinario .....	493
3.1. El derecho consuetudinario como expresión de un derecho surgido por vía de presuposición .....	493
3.2. Evolución de las teorías del derecho consuetudinario .....	495
3.2.1. En Alemania .....	495
3.2.2. En Francia .....	501
3.2.3. En Inglaterra .....	502
3.3. Bibliografía sobre la teoría del derecho consuetudinario .....	495
4. La naturaleza de la cosa, la ciencia, el sentimiento jurídico y otros; la analogía, el espíritu de la ley y semejantes; la interpretación .....	506
<i>Bibliografía</i> .....	507