



TEORÍA DEL DERECHO

UNA INTRODUCCIÓN

Juan Antonio García Amado

Juan Antonio García Amado (Gijón, Ruedes, 1958). Licenciado en Derecho y doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo, con premio extraordinario. Catedrático de Filosofía del Derecho, de la Universidad de León, desde 1994. Director del Departamento de Derecho Público Básico de la Universidad de León (1996-2006). Ha cumplido estancias de investigación en las Universidades de Múnich, Maguncia, Libre de Berlín, Aix-en-Provence y Florencia. Profesor invitado en universidades e instituciones públicas de Latinoamérica y Europa; y ponente, investigador, editor y coautor de varios libros.

Entre sus obras de autor destacan: *Teorías de la tópica jurídica* (Madrid, 1988), *Hans Kelsen y la norma fundamental* (Madrid, 1996), *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (Bogotá, 1997), *Escritos de Filosofía del Derecho* (Bogotá, 1999), *La lista de Schindler. Abismos que el Derecho difícilmente alcanza* (Valencia, 2003), *Ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2003), *Delito político* (Bogotá, 2007), *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2010), *Un debate sobre ponderación* (con Manuel Atienza, Lima/Bogotá, 2012), *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino* (Quito, 2015), *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación* (Bogotá, 2016), *Ponderación* (con Manuel Atienza, Quito, 2016), *Filosofía política para juristas. Doctrinas, debates y cuestiones prácticas* (Bogotá, 2017), *Decidir y argumentar sobre derechos* (Ciudad de México, 2017). Varios de sus artículos han sido traducidos al portugués, al francés y al alemán; y han sido publicados en revistas y libros de Brasil, Francia, Italia y Alemania. Además, es traductor del alemán, de artículos y libros de autores como Hans Kelsen, Claus-Wilhelm Canaris o Bernd Rüthers.

TEORÍA DEL DERECHO

UNA INTRODUCCIÓN

TEORÍA DEL DERECHO

UNA INTRODUCCIÓN

Prof. Dr. Juan Antonio García Amado

TEORÍA DEL DERECHO. UNA INTRODUCCIÓN

© **Autor:** Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, España.
Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador y
profesor invitado de grado y posgrado.

© Universidad Católica de Cuenca
© Editorial Universitaria Católica de Cuenca

Primera edición: 30 de julio de 2022

ISBN: 978-9942-27-166-2
e-ISBN: 978-9942-27-165-5

Editor: Dr. Ebingen Villavicencio Caparó
Edición y corrección: Mariagusta Correa
Diseño y maquetación: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo
Fotografía de portada: Dr. Juan Antonio García Amado
Diseño de portada: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Impreso por Editorial Universitaria Católica (EDUNICA)
Dirección: Tomás Ordóñez 6-41 y Presidente Córdova
Teléfono: +593 072830135
E-mail: edunica@ucacue.edu.ec

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

Contenido

Presentación para Ecuador	13
Lección primera ¿Qué tiene de particular el Derecho?	17
1. ¿Por qué (sabemos que) es Derecho el Derecho?	17
2. ¿Son todas las que están? Sobre los caracteres definitorios o estructurales de las normas jurídicas	26
2.1. ¿Hay normas jurídicas sin sanción?.....	26
2.2. Definiciones legales	30
2.3. Exposiciones de motivos.....	31
3. ¿Están todas las que son? Sobre la existencia de normas jurídicas fuera de los cuerpos jurídicos	33
3.1. Normas jurídicas positivas, pero no expresamente puestas por un órgano normador específico	34
<i>A. La costumbre jurídica</i>	34
<i>B. Los principios generales del Derecho</i>	40
3.2. ¿Hay normas jurídicas no positivas o no inducidas a partir de las positivas?	44
<i>A. ¿Lo justo es jurídico porque es justo? ¿No puede ser injusto el auténtico Derecho? Un poco de historia</i>	44
<i>B. El derecho natural</i>	53
<i>C. La moral correcta</i>	60
<i>D. Cuatro iusmoralismos contemporáneos no abiertamente iusnaturalistas</i>	72

4. Positivismo jurídico.....	75
4.1. La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral	78
4.2. La tesis de las fuentes sociales de todo Derecho.....	79
5. Puntos de vista sobre el Derecho.....	80
6. El Derecho observado por diversas ciencias y disciplinas..	89

Lección segunda: Normas jurídicas y sistemas jurídicos

1. Los sistemas jurídicos como sistemas autorregulados	93
2. Posibilidad de que las normas de un sistema jurídico remitan a normas de otros sistemas normativos (jurídicos o no) como base para la resolución de ciertos casos	104
3. Situaciones atípicas de una norma dentro de un sistema jurídico	106
4. Tipos de relaciones entre las normas del sistema jurídico..	117
4.1. Jerarquía	118
4.2. Competencia.....	121
4.3. Tiempo.....	130
<i>A. Derogación</i>	130
<i>B) ¿Y cuando la norma posterior antinómica es inferior?</i>	138
5. Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas	140
5.1. Validez.....	141
5.2. Vigencia.....	142

5.3. Aplicabilidad	147
5.4. Combinaciones	152

6. Revoluciones y golpes de Estado. Cadenas de validez y validez de la norma suprema	153
---	------------

Lección tercera: Las normas jurídicas y sus problemas..... 157

1. ¿Qué es una norma jurídica y de qué tipos las hay?.....	157
---	------------

2. ¿Qué sucede cuando se vulnera una norma jurídica? Tipos de sanciones	163
--	------------

3. ¿Las normas conjuntas o la suma de normas con las que se deciden los casos?	165
---	------------

4. ¿Hay una norma jurídica para cada caso?	167
---	------------

5. Problemas de la selección e interpretación de la norma aplicable al caso	172
--	------------

5.1 Lagunas normativas y modos de colmarlas	173
---	-----

5.2. Antinomias y modos de resolverlas.....	180
---	-----

5.3. Interpretación	183
---------------------------	-----

Lección cuarta: Reglas, principios, conflictos de derechos y ponderaciones 187

1. Reglas, principios y ponderaciones.....	187
---	------------

1.1. Las diferencias entre reglas y principios según Alexy	189
--	-----

1.2. ¿Qué se pondera? Sobre la derrotabilidad de las reglas y de los principios	197
1.3. ¿Cómo se pondera?	202
2. Sobre el real sentido práctico y los problemas de la diferenciación entre reglas y principios	205
2.1. ¿Es posible reconstruir todas las normas jurídicas bajo estructura condicional?	205
2.2. Que el contenido de una norma sea altamente indeterminado y deba ser interpretado no convierte tal norma en mandato de optimización.....	209
3. Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos y sobre ponderaciones en la resolución de sus casos	217
3.1. Planteamiento	217
3.2. Derechos y conflictos. A propósito de un famoso ejemplo de J. Feinberg.....	218
3.3. Casos iusfundamentales.....	223
3.4. Conflictos de derechos fundamentales	230
3.5. Una tipología de los derechos fundamentales	236
<i>A. Derechos por defecto y derechos excepcionadores, de constitución enteramente jurídica</i>	<i>236</i>
<i>B. Derechos a un hacer positivo del Estado</i>	<i>247</i>
<i>C. Derechos a una omisión o abstención del Estado ...</i>	<i>250</i>
Lección quinta: Derecho y Estado	253
1. ¿Qué tiene de especial el poder del Estado?	253
2. Obediencia al Derecho y legitimidad del Estado	257
2.1. Concernimiento, cumplimiento objetivo y deliberación....	257

2.2. Distintos sistemas normativos.....	259
2.3. Lo fáctico y lo normativo.....	260
2.4. Distinciones fundamentales: validez, moralidad, legitimidad.....	262
<i>A. Validez</i>	262
<i>B. Moralidad, justicia</i>	263
<i>C. Legitimidad</i>	269

3. Orígenes del Estado moderno y caracteres

del Estado de Derecho	273
3.1. Caracteres del orden medieval preestatal	274
3.2. Nacimiento del Estado moderno. La idea de soberanía... ..	276
3.3. Tránsito hacia el Estado (liberal) de derecho.....	283
3.4. Caracteres del Estado de Derecho	291
<i>A) Protección de los derechos humanos</i>	291
<i>B) Imperio de la ley/ principio de legalidad</i>	294
<i>C) Separación de poderes</i>	296
3.5. El Estado social de Derecho. Significado y problemas ...	300

Presentación para Ecuador

Esta obra quiere antes que nada ser un manual de Teoría del Derecho sencillo y comprensible, redactado con la intención de que sirva a los estudiantes que inician sus estudios de Derecho, y no un documento redactado pensando en eruditas disputas con profesores veteranos o abogados ya curtidos en mil y una batallas. Quiero decir que se quiere brindar las herramientas más básicas para que quienes llegan al campo jurídico tengan las claves primeras, los conceptos y los conocimientos imprescindibles para saber de qué hablamos cuando decimos Derecho y en qué condiciones o con qué presupuestos se puede trabajar con esa importantísima herramienta de ingeniería social que llamamos Derecho. Por poner una comparación, es lo que a la Teoría Económica le toca hacer respecto del estudio de la Economía, o lo que compete a la Anatomía y

la Fisiología como base del estudio de la Medicina. Si un estudiante de Medicina no conoce la diferencia entre un hueso y un tendón, no sabe qué es un linfocito o ignora los nombres de los músculos del brazo o qué tienen que ver con su movimiento, podrá memorizar las demás materias que curse (Cardiología, Ginecología, Oftalmología...), pero estará severamente incapacitado para entenderlas y aplicar eficazmente sus saberes. Lo mismo sucede con el estudiante de Derecho que pase su carrera sin comprender qué diferencias puede haber entre una norma jurídica y una religiosa, por ejemplo, o por qué hay que interpretar y cómo las normas de Derecho, o cuál es la relación entre derechos y obligaciones, o por qué el Derecho es coactivo, cómo lo es y con qué límites, o qué significa que un Estado sea Estado de Derecho, etc., etc.

Este libro tiene una peculiaridad más, pues esta forma propiamente editable nace de un amable encargo de la Universidad Católica de Cuenca, a iniciativa de su Rector, doctor Enrique Pozo Cabrera, querido amigo. Hasta ahora, la gran mayoría de sus contenidos estaban desarrollados de modo más elemental, como meros apuntes que repartía cada curso a mis estudiantes de Teoría del Derecho en la Universidad de León (España). El reto de presentar un manual de Teoría del Derecho útil para estudiantes ecuatorianos me ha llevado a completar tales materiales y a darles una presentación más sistemática y mejor documentada. Pero lo especial del encargo también me ha hecho tomar una decisión arriesgada en el plano metodológico y en las formas expositivas. Explicaré cómo, por qué y con qué consecuencias.

Estoy firmemente convencido de que cuando explicamos Derecho, hasta en sus categorías más generales y con las ideas más abstractas, hay que trabajar con abundancia y variedad de ejemplos. No tiene sentido, pongamos por caso, hablar de lo que es un derecho subjetivo o del tipo especial de derechos a los que llamamos derechos fundamentales, sin aludir a lo que implica el derecho que, por ejemplo, tiene el lector de este libro a leerlo, o a leerlo a la hora que desee o en el lugar que más le convenga, o sin mencionar cómo ejerció el autor su libertad de expresión, su libertad ideológica, su libertad de información y su libertad de cátedra al escribirlo y darlo a la editora, o cómo juegan aquí los derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos de esta obra, etc. Pero

todavía será mejor si esas consideraciones no quedan en pura mención abstracta, sino si adecuadamente ubicamos al lector ante la normativa concreta que en su sistema jurídico regula todas esas cuestiones, y ojalá que con mención también de algún caso difícil y alguna sentencia importante al respecto.

Llevado por ese propósito de claridad y concreción final a la hora de exponer los contenidos, y puesto que soy español, enseño de manera oficial y continuada en España y es el ordenamiento jurídico español el que mejor conozco, los apuntes de los que arranca este libro y que compartía con mis estudiantes en España están llenos de ejemplos de normas, resoluciones e instituciones jurídicas de España. Repito que la idea puede resumirse así: ni una definición sin su ejemplo y ni un ejemplo nada más que en abstracto, sino también lo más concreto y visible que quepa, en alguna de sus configuraciones reales. No tiene que bastar con que se diga que hay derechos fundamentales, se debe mencionar algunos; no es suficiente decir derecho al honor, conviene mucho decir en qué norma constitucional se ampara o con qué norma se protege penalmente, por ejemplo. Y si de esa protección de tal derecho por los jueces mostramos el ejemplo claro de una sentencia importante sobre un caso complicado, muchísimo mejor. Enseñar Derecho es eso, ni más ni menos.

Pues ahí fue donde se me apareció el dilema, de resultas de la índole “nacional” de los ejemplos, los casos y las normas que en este libro se leen. Pensé hacer una especie de versión “traducida” para Ecuador, cambiando las menciones al Derecho español por otras al Derecho ecuatoriano, o sumando unas y otras. Además de que suponía un esfuerzo grande y de éxito no garantizado, consideré que podría hacer demasiado prolija esta obra y que lo que a la postre más importaba era que el estudiante supiera ver ese engarce entre las categorías generales, las normas precisas y las prácticas concretas. Al fin y el cabo, con el paso del tiempo muchas de estas normas irán quedando derogadas, serán modificadas otras y surgirán casos nuevos y decisiones innovadoras que hagan amarillear las que hoy manejamos. De lo que se trata, reitero, es de que el estudiante vea el vínculo entre teoría y práctica, entre conceptos para el estudio y objeto estudiado, no de que memorice tales o cuales números o textos de los preceptos.

Y opino también que ahí puede estar la ventaja de la decisión que presento, quién sabe si haciendo de la necesidad virtud: que el lector, el profesor y el estudiante tomen las citas normativas españolas como muestra o guía y que cada cual aproveche el encaje teórico en el tema correspondiente para buscar ejemplos y correspondencias en el sistema jurídico ecuatoriano; o que sepa cada cual explicar por qué hay diferencias cuando las hay o a qué se deben los contrastes regulativos cuando se constatan.

Así que de vez en cuando apuntaré yo mismo, como muestra, algunos de esos correspondientes ejemplos del Derecho de la República del Ecuador, pero más bien iré planteando de continuo esas precisas tareas para el estudiante o el lector que desee profundizar: la búsqueda de equivalencias, correspondencias o contrastes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se trata de que se asimile la idea central de que el Derecho es una disciplina eminentemente práctica que se desempeña trabajando con esos peculiares objetos que llamamos normas jurídicas y que no podemos explicar si no poseemos un buen arsenal de conceptos claros y congruentes y unos cuantos conocimientos sobre los orígenes de este tipo de Derecho, que aquí y ahora tenemos.

Así pues, en mi consideración, el estudiante perfecto de este libro será el que trate de comprender primero los contenidos teóricos de cada parte y sepa ver desde el inicio la interacción entre teoría y práctica y el que luego consiga encontrar en su sistema jurídico más cercano muestras y manifestaciones concretas y bien prácticas de eso que la teoría describe o sobre lo que las doctrinas debaten. Me he propuesto guiar esa labor para el estudiante y por eso tiene esta obra la peculiaridad de que está plagada de ejercicios, en la idea, reitero, de que los ejemplos no se memorizan como tales, sino que se toman de muestra para poder encontrar muchos más y para manejarse con ellos del modo que en cada momento sea más útil.

El lector con menos tiempo puede ahorrarse esos ejercicios, naturalmente, y seguir tranquilamente con la lectura. A los estudiantes más interesados se los recomiendo, igual que sugiero a sus buenos profesores que los hagan y los comenten con ellos.

Otros títulos de la colección
Ciencias Sociales y Humanidades



Violencia intrafamiliar. Beneficios de un proyecto social

Vanessa Quito Calle, Mónica Tamayo Piedra y
Olga Neira Cárdenas

Hitos de la constitución ecuatoriana

Colectivo de autores

Derecho Sucesorio

Ana Fabiola Zamora Vázquez,
Diego Adrián Ormaza Ávila

El perfeccionamiento de los contratos

Fernando Moreno Morejón

Tópicos actuales de Derecho tributario ecuatoriano

Diego Adrián Ormaza Ávila, Ana Fabiola
Zamora Vázquez, Teodoro Javier Cárdenas
Parra, Amanda Fabiola Palacios Palacios,
Evelin Daniela Vaca Asitimbay

Evolución socioeconómica de Latinoamérica: caso ecuatoriano

Froilán Méndez Vélez, Patricio Montero Vélez

La tentativa inidónea o delito imposible. Una visión integral

Silvio José Castellanos Herrera

Matemática financiera: una experiencia en el aula

William Sarmiento Espinoza, Kléber Luna Altamirano

Sistema de gestión por procesos para unidades educativas con miras a la certificación ISO 9001

César Méndez Carpio

Este manual de Teoría del Derecho, editado por la Universidad Católica de Cuenca, invita a un diálogo interesante y gratisimo con el Dr. Juan Antonio García Amado, para revisar las nociones principales de esta disciplina, así como ciertas particularidades sobre la norma y el sistema jurídicos, las fuentes del derecho, su interpretación, y más. Asimismo, examina los principales debates contemporáneos entre las concepciones iuspositivistas e iusmoralistas, y hace un análisis profundo de prácticas tales como la ponderación de principios o de esquemas como el de conflicto de derechos. Este diálogo se cierra con la revisión de la idea de Estado moderno y las variedades de Estado de Derecho.

Tener entre los autores de nuestra casa editorial al Dr. Juan Antonio García Amado, potente autor de libros y de más de dos centenares de artículos sobre temas de Filosofía del Derecho, teoría general del Derecho, Filosofía Política, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Sociología Jurídica, Derecho y Cine, Derecho y Literatura, es un privilegio que, ahora mismo, ponemos a disposición de nuestros predilectos lectores.



ISBN: 978-9942-27-166-2



ISBN: 978-9942-27-165-5

