

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

# **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**

**TÉCNICA, DECISIÓN, DOMINACIÓN**

Traducción y presentación de la edición española  
de Javier El-Hage

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

# ÍNDICE

|                                                    | <u>Pág.</u> |
|----------------------------------------------------|-------------|
| <b>PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN EN ESPAÑOL .....</b> | <b>9</b>    |
| <b>AGRADECIMIENTOS.....</b>                        | <b>11</b>   |
| <b>PREFACIO.....</b>                               | <b>13</b>   |
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b>                           | <b>19</b>   |

## CAPÍTULO 1

### LA UNIVERSALIDAD DEL FENÓMENO JURÍDICO

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. DERECHO: ORIGEN, SIGNIFICADOS Y FUNCIONES .....                                             | 27 |
| 1.2. BÚSQUEDA DE UNA COMPRENSIÓN UNIVERSAL; CONCEPCIONES DE LENGUA Y DEFINICIÓN DE DERECHO ..... | 30 |
| 1.3. PROBLEMA DE LOS DIFERENTES ENFOQUES TEÓRICOS: ZETÉTICO Y DOGMÁTICO .....                    | 34 |
| 1.4. ZETÉTICA JURÍDICA .....                                                                     | 38 |
| 1.5. DOGMÁTICA JURÍDICA .....                                                                    | 41 |

## CAPÍTULO 2

### EL DERECHO COMO OBJETO DE CONOCIMIENTO: PERFIL HISTÓRICO

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1. DERECHO Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO: ORÍGENES .....                           | 45 |
| 2.2. JURISPRUDENCIA ROMANA: EL DERECHO COMO DIRECTIVO PARA LA ACCIÓN .....        | 48 |
| 2.3. DOGMATICIDAD EN LA EDAD MEDIA: EL DERECHO COMO DOGMA ....                    | 53 |
| 2.4. TEORÍA JURÍDICA EN LA ERA MODERNA: EL DERECHO COMO ORDENACIÓN RACIONAL ..... | 56 |

|                                                                                                     | Pág. |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| 2.5. POSITIVIZACIÓN DEL DERECHO A PARTIR DEL SIGLO XIX: EL DERECHO COMO NORMA PUESTA .....          | 62   |
| 2.6. LA CIENCIA DOGMÁTICA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD: EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DECISORIO ..... | 70   |

### CAPÍTULO 3

#### **CIENCIA DOGMÁTICA DEL DERECHO Y SU ESTATUTO TEÓRICO**

|                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.1. DOGMÁTICA Y TECNOLOGÍA .....                                                                       | 73 |
| 3.2. DECIDIBILIDAD DE CONFLICTOS COMO <i>PROBLEMA</i> CENTRAL DE LA CIENCIA DOGMÁTICA DEL DERECHO ..... | 77 |
| 3.3. MODELOS DE LA CIENCIA DOGMÁTICA DEL DERECHO .....                                                  | 80 |

### CAPÍTULO 4

#### **DOGMÁTICA ANALÍTICA O LA CIENCIA DEL DERECHO COMO TEORÍA DE LA NORMA**

|                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO COMO NORMA.....                                                                                                                                             | 83  |
| 4.1.1. Concepto de norma: una aproximación preliminar .....                                                                                                                                    | 87  |
| 4.1.2. Concepción de los fenómenos sociales como situaciones normadas, expectativas cognitivas y normativas .....                                                                              | 90  |
| 4.1.3. Carácter jurídico de las normas: instituciones y núcleos significativos .....                                                                                                           | 94  |
| 4.1.4. Norma jurídica: un fenómeno complejo .....                                                                                                                                              | 101 |
| 4.2. TEORÍA DE LOS CONTENIDOS NORMATIVOS O DOGMÁTICA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS .....                                                                                                         | 103 |
| 4.2.1. Concepto dogmático de norma jurídica .....                                                                                                                                              | 103 |
| 4.2.2. Tipos de normas jurídicas .....                                                                                                                                                         | 109 |
| 4.2.3. Sistema estático de las normas .....                                                                                                                                                    | 117 |
| 4.2.4. Derecho público y derecho privado: orígenes .....                                                                                                                                       | 118 |
| 4.2.4.1. Concepción dogmática de derecho público y de derecho privado: principios teóricos .....                                                                                               | 122 |
| 4.2.4.2. Ramas dogmáticas .....                                                                                                                                                                | 124 |
| 4.2.5. Derecho objetivo y derecho subjetivo: orígenes de la dicotomía .....                                                                                                                    | 129 |
| 4.2.5.1. Cocepción dogmática de derecho objetivo y subjetivo: fundamentos .....                                                                                                                | 130 |
| 4.2.5.2. Uso dogmático de la expresión <i>derecho subjetivo</i> : situaciones típicas y atípicas, derechos reales y personales, estructura del derecho subjetivo y otras clasificaciones ..... | 132 |
| 4.2.5.3. Sujeto de derecho, persona física y persona jurídica .....                                                                                                                            | 137 |
| 4.2.5.4. Capacidad y competencia .....                                                                                                                                                         | 139 |
| 4.2.5.5. Deber y responsabilidad .....                                                                                                                                                         | 142 |
| 4.2.5.6. Relaciones jurídicas .....                                                                                                                                                            | 146 |
| 4.2.6. Derecho positivo y natural: una dicotomía debilitada .....                                                                                                                              | 150 |

|                                                                                                                   | Pág. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| 4.3. TEORÍA DEL ORDENAMIENTO O DOGMÁTICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO .....                                         | 154  |
| 4.3.1. Norma y ordenamiento .....                                                                                 | 155  |
| 4.3.1.1. Ordenamiento como sistema dinámico .....                                                                 | 156  |
| 4.3.1.2. Idea de sistema normativo y aparición del Estado moderno ...                                             | 158  |
| 4.3.1.3. Teorías zetéticas de la validez .....                                                                    | 160  |
| 4.3.1.4. Norma fundamental o norma origen, unidad o cohesión del ordenamiento.....                                | 165  |
| 4.3.2. Conceptualización dogmática del ordenamiento: validez, vigencia, eficacia y vigor.....                     | 174  |
| 4.3.2.1. Dinámica del sistema: norma de derogación, caducidad, costumbre negativa y desuso .....                  | 180  |
| 4.3.2.2. Consistencia del sistema .....                                                                           | 182  |
| 4.3.2.3. Completud del sistema: lagunas .....                                                                     | 193  |
| 4.3.3. Fuentes del derecho: una teoría al servicio de la racionalización del Estado liberal.....                  | 197  |
| 4.3.3.1. Legislación .....                                                                                        | 202  |
| 4.3.3.2. Costumbre y jurisprudencia.....                                                                          | 213  |
| 4.3.3.3. Fuentes negociables, razón jurídica (doctrina, principios generales del derecho, equidad) .....          | 218  |
| 4.3.3.4. Estructura y repertorio del sistema y teoría de las fuentes.....                                         | 220  |
| 4.3.4. Doctrina de la irretroactividad de las leyes: derecho adquirido, acto jurídico perfecto, cosa juzgada..... | 220  |
| 4.4. DOGMÁTICA ANALÍTICA Y SU FUNCIÓN SOCIAL.....                                                                 | 224  |

## CAPÍTULO 5

### **DOGMÁTICA HERMENÉUTICA O LA CIENCIA DEL DERECHO COMO TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN**

|                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.1. PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN: UNA INVESTIGACIÓN ZETÉTICA...                                     | 227 |
| 5.1.1. Función simbólica de la lengua .....                                                           | 229 |
| 5.1.2. Desafío kelseniano: interpretación auténtica y doctrinaria .....                               | 234 |
| 5.1.3. <i>¿Voluntas legis o voluntas legislatoris?</i> .....                                          | 236 |
| 5.1.4. Interpretación y traducción: una analogía esclarecedora.....                                   | 240 |
| 5.1.5. Interpretación jurídica y poder de violencia simbólica.....                                    | 244 |
| 5.1.5.1. Noción de uso competente de la lengua.....                                                   | 245 |
| 5.1.5.2. Lengua hermenéutica y legislador racional.....                                               | 249 |
| 5.1.5.3. Interpretación y paráfrasis.....                                                             | 253 |
| 5.1.5.4. Interpretación verdadera e interpretación divergente: códigos fuertes y códigos débiles..... | 254 |
| 5.1.6. Función racionalizadora de la hermenéutica .....                                               | 255 |
| 5.2. MÉTODOS Y TIPOS DOGMÁTICOS DE INTERPRETACIÓN .....                                               | 256 |
| 5.2.1. Métodos hermenéuticos .....                                                                    | 257 |

|                                                                                                            | Pág. |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| 5.2.1.1. Interpretación gramatical, lógica y sistemática.....                                              | 257  |
| 5.2.1.2. Interpretación histórica, sociológica y evolutiva .....                                           | 265  |
| 5.2.1.3. Interpretación teleológica y axiológica .....                                                     | 269  |
| 5.2.2. Tipos de interpretación .....                                                                       | 271  |
| 5.2.2.1. Interpretación especificadora .....                                                               | 271  |
| 5.2.2.2. Interpretación restrictiva .....                                                                  | 273  |
| 5.2.2.3. Interpretación extensiva.....                                                                     | 275  |
| 5.3. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO .....                                                        | 278  |
| 5.3.1. Modos de integración del derecho.....                                                               | 279  |
| 5.3.1.1. Instrumentos casi-lógicos: analogía, inducción amplifica-<br>dora, interpretación extensiva ..... | 280  |
| 5.3.1.2. Instrumentos institucionales: costumbres, principios<br>generales del derecho, equidad .....      | 283  |
| 5.3.2. Límites a la integración.....                                                                       | 285  |
| 5.4. FUNCIÓN SOCIAL DE LA HERMENÉUTICA .....                                                               | 287  |

## CAPÍTULO 6

### **DOGMÁTICA DE LA DECISIÓN O TEORÍA DOGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.1. TEORÍA DE LA DECISIÓN JURÍDICA COMO SISTEMA DE CONTROL<br>DEL COMPORTAMIENTO ..... | 289 |
| 6.1.1. Decisión y proceso de aprendizaje .....                                          | 289 |
| 6.1.2. Decisión jurídica y conflicto .....                                              | 292 |
| 6.1.3. Decisión y poder de control .....                                                | 292 |
| 6.2. TEORÍA DOGMÁTICA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO .....                                | 294 |
| 6.2.1. Aplicación y subsunción.....                                                     | 296 |
| 6.2.2. Prueba jurídica .....                                                            | 298 |
| 6.2.3. Programación de la decisión y responsabilidad del decisor .....                  | 300 |
| 6.3. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN .....                                                   | 301 |
| 6.3.1. Demostración y argumentación.....                                                | 302 |
| 6.3.2. Argumentación y tópica .....                                                     | 305 |
| 6.3.3. Procedimiento argumentativo dogmático.....                                       | 309 |
| 6.3.4. Argumentos jurídicos .....                                                       | 313 |
| 6.3.4.1. Argumento <i>ab absurdo</i> o <i>reductio ad absurdum</i> .....                | 313 |
| 6.3.4.2. Argumento <i>ab auctoritate</i> .....                                          | 314 |
| 6.3.4.3. Argumento <i>a contrario sensu</i> .....                                       | 315 |
| 6.3.4.4. Argumento <i>ad hominem</i> .....                                              | 317 |
| 6.3.4.5. Argumento <i>ad rem</i> .....                                                  | 317 |
| 6.3.4.6. Argumento <i>a fortiori</i> .....                                              | 318 |
| 6.3.4.7. Argumento <i>a maiori ad minus</i> .....                                       | 318 |
| 6.3.4.8. Argumento <i>a minori ad maius</i> .....                                       | 319 |

|                                                                                      | <u>Pág.</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| 6.3.4.9. Argumento <i>a pari</i> o <i>a simile</i> .....                             | 319         |
| 6.3.4.10. Argumento a posteriori .....                                               | 319         |
| 6.3.4.11. Argumento a priori .....                                                   | 319         |
| 6.3.4.12. Argumento silogístico o entimema .....                                     | 320         |
| 6.3.4.13. Argumento ejemplar o <i>exempla</i> .....                                  | 320         |
| 6.3.5. Uso de los argumentos, fuerza argumentativa y decisión justa .....            | 321         |
| 6.4. FUNCIÓN SOCIAL DE LA DOGMÁTICA DE LA DECISIÓN: DERECHO, PODER Y VIOLENCIA ..... | 323         |

## CAPÍTULO 7

### LA MORALIDAD DEL DERECHO

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 7.1. DERECHO Y FUNDAMENTO ..... | 327 |
| 7.2. DERECHO Y JUSTICIA .....   | 330 |
| 7.3. DERECHO Y MORAL .....      | 334 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....       | 339 |

## PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN EN ESPAÑOL

En 1937, se publicó la serie de artículos titulada *Miseria y esplendor de la traducción*. Allí, José ORTEGA Y GASSET sienta al lector junto a él, en una silla invisible, en el momento en que un grupo de profesores universitarios comienza a discutir sobre lo imposible que resultaba traducir a ciertos pensadores alemanes. Intervienen en la polémica varios intelectuales y, por supuesto, él, un audaz inquiridor, que luego de transformar la tertulia en monólogo, decide darle la palabra al filósofo, al lingüista:

La hora avanza —dije al gran lingüista, y esta reunión tiene que dispersarse. Pero yo no quisiera renunciar a saber lo que usted piensa sobre la faena de traducir.

—Pienso como usted —repuso—: pienso que es muy difícil, que es improbable, pero que, por lo mismo, tiene gran sentido. Es más: creo que ahora llegamos por vez primera a poder intentarla en grande y a fondo. Conviene advertir, de todos modos, que lo esencial sobre el asunto fue dicho hace más de un siglo por el dulce teólogo Schleiermacher en su ensayo *Sobre los diferentes métodos de traducir*. Según el, la versión es un movimiento que puede intentarse en dos direcciones opuestas: o se trae al autor al lenguaje del lector o se lleva el lector al lenguaje del autor. En el primer caso, traducimos en un sentido impropio de la palabra: hacemos, en rigor, una imitación o una paráfrasis del texto original. Sólo cuando arrancamos al lector de sus hábitos lingüísticos y le obligamos a moverse dentro de los del autor hay propiamente traducción.

En su *Introducción al Estudio del Derecho*, Tercio SAMPAIO FERRAZ JR. es, como en la tertulia orteguiana, uno y todos los contertulios a la vez: es el profesor que sienta junto a él, generoso, al lector ideal —el estudiante de primer año de derecho—, en una silla para escuchar, a través de civilizaciones y siglos, su fascinante historia de cómo el derecho se convirtió en dogmática jurídica; es el filósofo y el lingüista que, conversando de derecho, juntos descubren las tres partes del fenómeno dogmático-jurídico: la dogmática analí-

tica, la dogmática hermenéutica y la dogmática de la decisión; y es el pensador que audaz inquiriere sobre la eterna relación del derecho con la moral y la justicia.

Tratando de seguir el método ya sugerido por SCHLEIERMACHER en *Ortega y Gasset*, esta versión en español de *Introdução ao estudo do Direito* pretende mostrar intacto al autor —filósofo, lingüista y pensador—, al jurista brasileño en portugués, arrancando a veces al lector de sus hábitos lingüísticos y obligándole a moverse dentro de los del autor. Es menester señalar que la traducción tuvo por juez definitivo a un traductor experimentado: el propio autor que en 1979 —para no dejar de semejar a la tertulia orteguiana— tradujo del alemán al portugués *Tópica e Jurisprudência*, obra prima de Theodor VIEHWEG, su profesor en la Universidad de Mainz, donde nueve años antes el autor leyó su tesis doctoral en filosofía.

Pero llevar a buen término la traducción de este pequeño fragmento de la obra de Tercio —como le llaman afectuosamente alumnos y profesores— no me habría sido dado sin la participación oportuna de dos personas: mi amigo y colega Horacio ANDALUZ, catedrático de Teoría General del Derecho en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, quien revisó juiciosa y minuciosamente todas las pruebas, y Carlos Eduardo BATALHA, profesor mío y discípulo de Tercio, quien primero me hizo querer conocer a su maestro y, luego, hizo posible que prospere la iniciativa de traducirlo. A ellos, mi agradecimiento.

Nueva York, otoño de 2008.

Javier EL-HAGE

## AGRADECIMIENTOS

Este libro vino siendo pensado desde 1980. Su redacción, sin embargo, sólo se consumó gracias a la oportunidad que me fue ofrecida por la Facultad de derecho de la Universidad de Lisboa, para enseñar Filosofía del derecho en el semestre de invierno de 1986-1987. En la quietud y en la paz de mi mesa de trabajo, pude entonces redactarlo. Quedan aquí registrados mis agradecimientos a esa Universidad, a los profesores y ayudantes, a los alumnos. Y me permito la mención especial al Prof. José DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, que, con su empeño, hizo posible la referida invitación.

No puedo, sin embargo, olvidarme de los colegas, de mis ayudantes de la Facultad de derecho de la USP y de la PUC de San Pablo, así como de las generaciones de estudiantes que siguen mis cursos, estimulándome y obligándome al estudio. Me permito, no obstante, registrar también el recuerdo de amigos dilectos que en todo momento me ayudaron con su lealtad y amistad, especialmente de ese amigo fraterno que es Celso LAFER.

Pero fue sin duda en la mejor tradición de la Facultad de derecho del Largo San Francisco que aprendí a estudiar y amar el derecho. Fue Goffredo SILVA TELLES Jr., mi primer maestro, aquel que me formó y se constituyó en mi gran estímulo, que después encontró en Miguel REALE una secuencia notable. A ambos agradezco por lo que soy hoy.

Por fin, una palabra sobre mi familia: sin su apoyo, a mi lado o a la distancia, ninguna obra sería producida. Y aquí también queda el registro del amor, capaz de movernos y conmovernos a la realización de cosas sin dejarnos dominar por ellas: a Sonia, mi mujer, agradezco por todo.

Tercio SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

## PREFACIO

### I

*Introducción al estudio del derecho: técnica, decisión y dominación* es un libro de madurez. En él Tercio SAMPAIO FERRAZ JR. retoma, profundizando e integrando, los grandes temas identificadores de su trayectoria intelectual, iniciada con su tesis de doctorado sobre el iusfilósofo Emil LASK, defendida en la Universidad de Mainz, en Alemania, y publicada en dicho país en 1970.

El estudio del derecho, como fenómeno decisorio, vinculado al poder y a la ciencia jurídica, como tecnología, caracteriza la aproximación del libro de Tercio SAMPAIO FERRAZ JR., quien en esta tarea analítica se vale de la dicotomía dogmática-zetética, concebida por Theodor VIEHWEG, su maestro en la Universidad de Mainz.

La dogmática —del griego *dokéin*, enseñar, adoctrinar— cumple una función informativa combinada con una función directiva, al acentuar el aspecto *respuesta* de una investigación. La zetética —del griego *zetéin*, buscar, inquirir— cumple una función informativo-especulativa al acentuar el aspecto *pregunta* de una investigación, manteniendo, de esa manera, abiertas a la duda las premisas y los principios que podrían producir respuestas.

Esta dicotomía es empleada obedeciendo a una dialéctica de implicación y polaridad, como diría Miguel REALE —el maestro del autor en la Facultad de derecho de la USP—, gracias a la cual se establece una tensión continua entre las respuestas del enseñar y las especulaciones del preguntar. Es por obra del empleo dialéctico de la dicotomía de VIEHWEG que el autor consigue algo raro en la bibliografía jurídica: asocia información operativamente útil a una investigación crítica.

En ese sentido, esta *Introducción* constituye un modelo porque lidia simultáneamente con el derecho, tanto desde su ángulo interno —el de la *praxis* jurídica— como desde su ángulo externo —el de las modalidades por medio de las cuales el derecho se inserta en la vida social, política y económica—, y brinda, de esa manera, a su lector ideal —el alumno de primer año de la carre-

ra—, el sentido de la dirección que le permitirá prepararse para la vida profesional, así como la información especulativa, necesaria para situarse críticamente frente a su futuro quehacer.

## II

El libro se abre con una discusión, en el capítulo I, sobre la universalidad del fenómeno jurídico, seguido de un estudio sobre sus transformaciones históricas. En dicho estudio, el autor retoma su interés por el perfil histórico del derecho como objeto de conocimiento, en un arco que va del derecho primitivo al positivismo jurídico, pasando por la jurisprudencia romana, los glosadores medievales y el jusrrealismo. Esta sucinta arqueología del saber jurídico, ya esbozada en otros trabajos del autor (cfr. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, cap. I; *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, cap. II; *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, cap. I), desemboca en el capítulo III. Allí, el autor establece su punto de partida: es la decidibilidad de los conflictos el problema central de la ciencia del derecho contemporáneo, en tanto una ciencia práctica.

Esta ciencia práctica es dogmática porque se basa en el principio de la aceptación sin discusión de los puntos de partida. La prohibición de la negación de los puntos de partida (el dogma) obedece a una razón técnica: la de permitir la decidibilidad con base en el derecho, que no puede ser puesto en duda bajo pena de no alcanzarse nunca, en una sociedad, la decidibilidad jurídica de los conflictos. Es por este motivo que en la enseñanza del derecho es de fundamental importancia el estudio de la *dogmática jurídica*, cuya función el autor examinó en la gran tesis con la que alcanzó la titularidad en la Facultad de derecho de la USP, cuyos puntos principales son aquí retomados.

La ciencia dogmática del derecho, aunque dependa del principio de la innegabilidad de los puntos de partida —el derecho positivo puesto y positivizado por el poder—, no se reduce a este principio, pues no trabaja con *certezas*, sino con las *incertezas* de los conflictos en la vida social. Es para lidiar con estas incertezas que, en el ámbito de la ciencia del derecho, en tanto ciencia práctica, fueron elaborados tres grandes tipos de dogmática: la *dogmática analítica*, la *dogmática hermenéutica* y la *dogmática de la decisión*. Estas tres dogmáticas ya habían sido indicativamente caracterizadas por el autor en *A função social da dogmática jurídica* (cap. III), y muy especialmente en *A ciência do direito* (caps. IV, V y VI), pero a ellas da, en este libro, un tratamiento exhaustivo y original. Es, en verdad, al estudio operativo y crítico de esas tres dogmáticas que Tercio SAMPAIO FERRAZ JR. dedica la mayor parte de esta *Introducción*.

## III

La dogmática analítica tiene como tarea básica la imprescindible identificación de lo que es el derecho frente al continuo cambio de la normas en los sistemas jurídicos contemporáneos. De hecho es esta identificación la que establece el punto de partida para la decidibilidad de los conflictos por medio de la técnica del derecho. La dogmática analítica encarna la ciencia del dere-

cho vista desde la perspectiva de la norma y de su inserción en el ordenamiento, teniendo en la *validez* a su gran categoría.

El autor examina la dogmática analítica con mucho rigor, valiéndose de la teoría del lenguaje, en cuyo empleo para el estudio del derecho es él, entre nosotros, el más destacado exponente. Es así que estudia con mucha originalidad los diversos tipos de normas y su sistematización, en una perspectiva estática, por la dogmática analítica estructural, iluminando el alcance y los límites de grandes dicotomías de la epistemología jurídica, como derecho objetivo/derecho subjetivo; derecho público/derecho privado; derechos personales/derechos reales.

A continuación, el autor examina el derecho como sistema dinámico, en permanente cambio en las sociedades contemporáneas, tratando los problemas de la inserción de las normas dentro del ordenamiento. Es de esta manera que cuida de la derogación, de la caducidad de las normas, de la consistencia de las normas en un ordenamiento (antinomias, nulidad, anulabilidad), de la completud del ordenamiento (lagunas), de las fuentes del derecho y de su jerarquía (Constitución, leyes, reglamentos, códigos, tratados, costumbre, jurisprudencia, negocio jurídico).

La identificación de lo que es el derecho —y de cómo éste se diferencia del no-derecho, por la dogmática analítica, que en este proceso aísla lo jurídico en un sistema cerrado— deja abierto el problema de cómo el derecho identificado será entendido. Es por esa razón que en la secuencia de esta *Introducción* el autor se dedica al estudio de la *dogmática hermenéutica*. Ésta tiene como objeto la tarea de entender el derecho identificado, para así poder decidir, cumpliendo el principio de la prohibición del *non liquet*, esto es, el carácter obligatorio de la decisión que la dogmática jurídica impone al juez. La dogmática hermenéutica es la ciencia del derecho encarada en la perspectiva de la teoría de la interpretación.

La interpretación pide la decodificación y ésta requiere el conocimiento de las *reglas sintácticas*, que controlan las combinaciones posibles de las normas entre sí; de las *reglas semánticas* de connotación y denotación de las normas en relación con el objeto normado y de las *reglas pragmáticas* de las normas en relación con sus funciones. Es, por tanto, también con base en la teoría del lenguaje que el autor retoma uno de los grandes problemas de la interpretación del derecho, como es el de procurar el entendimiento del derecho, o en el subjetivismo de la *voluntad del legislador* (como propuesto por la «jurisprudencia de los conceptos» en Alemania o por la Escuela de la Exégesis en Francia) o en el objetivismo de la *voluntad de la ley* (como propuesto por la «jurisprudencia de los intereses»).

No existe un criterio unívoco de buena y correcta interpretación, así como no existe un criterio unívoco de buena y correcta traducción, como muestra el autor al establecer una brillante analogía entre la interpretación y la traducción. El criterio de la buena y correcta interpretación, así como el de la buena y correcta traducción, reposa en la aceptación del enfoque del intérprete o del traductor. En el caso del derecho, la uniformización del sentido de lo jurídico por la interpretación, tiene que ver con el poder de la violencia simbólica, que, apoyándose en la autoridad, en el liderazgo y en la reputación, privilegia un enfoque, entre muchos enfoques posibles, que pasa a ser el uso competentemente consagrado de una alternativa socialmente prevaleciente.

La interpretación jurídica puede ser *especificadora*, *restrictiva* y *extensiva*. A ella se llega a través de los métodos hermenéuticos de la interpretación gramatical, lógica y sistemática; de la histórica, sociológica y evolutiva; y de la teleológica y axiológica. Estos métodos consagrados de la dogmática hermenéutica constituyen un repertorio de reglas técnicas para encaminar los problemas de orden sintáctico, semántico y pragmático de la interpretación de las normas. La preeminencia de un enfoque y el alcance mayor o menor de la interpretación representan una alternativa que busca encaminar la decisión, «domesticando» las normas. De ahí, como observa el autor, la astucia de la razón dogmática, que no elimina las contradicciones de la vida social, sino que torna pasibles de decisión en términos jurídicos a los conflictos resultantes de ella.

La interpretación del derecho por la dogmática analítica y los modos por los que el derecho identificado puede ser entendido, por obra de la dogmática hermenéutica, crean las condiciones para la decisión. Ambas, sin embargo, no tienen como objeto privilegiado la propia decisión. Una tarea importante, pues, frente a las siempre posibles interpretaciones divergentes de la norma identificada como jurídica, será investigar cómo se obtiene la decisión preeminente. Para ello, avanzando en su *Introducción*, el autor estudia la *dogmática de la decisión* o teoría dogmática de la argumentación jurídica.

El saber jurídico explícitamente articulado es más rico en materia de dogmática analítica y dogmática hermenéutica que en materia de dogmática de la decisión. En los últimos años, sin embargo, ésta ha merecido atención teórica. Es el caso de la reflexión de VIEHWEG, de PERELMAN y, en el campo del derecho internacional público la de Myres McDougal. A ella Tercio SAMPAIO FERRAZ Jr. dedicó su pionera tesis de libre-docencia *Direito, retórica e comunicação* (São Paulo: Saraiva, 1973), y su incitante libro *Teoria da norma jurídica* (Rio de Janeiro: Forense, 1978).

La decisión está ligada a los procesos deliberativos que llevan a la aplicación del derecho. La aplicación exige el poder para decidir un conflicto, esto es, la capacidad de ponerles un fin, no en el sentido de eliminarlos, sino en el de impedir su continuación. Este poder, en la acepción de dominación en el estudio del derecho, se ve «domesticado» por la justificación de la decisión por medio de la argumentación jurídica. De ella cuida el autor, privilegiando la dimensión pragmática del discurso jurídico, que es lo que tiene como objeto la preocupación con el comportamiento y convencimiento de los destinatarios del discurso jurídico, una vez que la regla suprema del discurso decisorio jurídico, en el derecho contemporáneo, es la de responder por aquello que se habla o afirma.

#### IV

Hannah ARENDT, cuya reflexión también permea esta *Introducción*, subraya la importancia epistemológica de la distinción kantiana entre el «pensar de la razón» (*Vernunft*) y el «conocer del intelecto» (*Verstand*). Éste edifica el sistema de los conocimientos que, por medio de la técnica, transforma la sociedad y crea el medio en el cual el hombre vive. Aquél critica y alcanza el saber del conocer, pensando lo global y buscando su significado.

Esta *Introducción* —cuya estructura y líneas principales fueron sucinta-

mente sumariadas— es una importante contribución, tanto operativa como crítica, del conocimiento jurídico. Cumple, así, su objetivo explícito, que es el del examen de la ciencia jurídica como tecnología. Al escribirla, sin embargo, el autor sintió la necesidad de pensar el significado de este conocimiento y de las conclusiones a las que llegó.

Es por este motivo que finaliza su libro tratando de la moralidad del derecho y señalando —kantianamente, dicho sea de paso— que la justicia es el principio regulador del derecho. También por el mismo motivo, insertó como pórtico de su trabajo una importante introducción, que es un esfuerzo por analizar su pensamiento. En ella, inspirado por la lección y por el llamamiento de Goffredo SILVA TELLES Jr. —su otro maestro en la Facultad de derecho de la USP, a quien tuve la honra de suceder en la condición de profesor titular de Introducción al Estudio del derecho—, indaga sobre el misterio del derecho en tanto principio y fin de la sociabilidad humana.

La introducción de Tercio SAMPAIO FERRAZ Jr. a su libro *Introducción al estudio del derecho* esboza, en la línea de las categorías arendtianas, la conversión del derecho en el mundo contemporáneo en objeto de consumo, en cuanto un resultado de la labor que se desgasta en el metabolismo de la vida.

Deja inquieto a nuestro autor la instrumentalización creciente del derecho, que asegura a lo jurídico, en cuanto objeto de consumo, una enorme disponibilidad de contenidos. En efecto, la contrapartida de esta plasticidad operativa, que él examina con superior creatividad en el cuerpo de su trabajo, es la carencia tanto de la clara virtud de lo justo, immanente a la acción, como de la durabilidad de la construcción, que caracteriza el trabajo del *homo faber*.

Ahora bien, Tercio SAMPAIO FERRAZ Jr. sabe que, sin un interés profundo por el dominio técnico del derecho, la reflexión jurídica se pierde en una fantasía inconsecuente. Por eso es que nos brindó este gran libro, que es, como dice, una obra de madurez. Pero él también tiene la nítida conciencia de que sin la pasión y el amor por el derecho —como enseña Goffredo TELLES Jr.— el estudio pierde el sentido legitimador de una práctica virtuosa.

Decía Guimarães ROSA que «viviendo, se aprende; pero lo que más se aprende es a hacer más grandes preguntas». Creo así que este libro, por su introducción y por su último capítulo, representa igualmente en la trayectoria del autor el inicio de una nueva etapa: la etapa de las «más grandes preguntas» que su propia madurez intelectual le está planteando.

Permítaseme concluir con una nota personal. La amistad, como enseña ARISTÓTELES, es una relación privilegiada entre dos personas, basada en la confianza y en la igualdad de aprecio recíproco. La amistad que me liga a Tercio SAMPAIO FERRAZ Jr. tuvo inicio cuando nos conocimos, en 1960, en el primer año de la Facultad de derecho del Largo San Francisco. Desde aquella época, el misterio del derecho fue uno de los temas básicos de nuestro ininterrumpido diálogo. Es, por tanto, con especial placer que doy en este prefacio, como su amigo e interlocutor de tantos años, el testimonio público de la importancia, de la originalidad y de la relevancia de su *Introducción al estudio del derecho*.

São Paulo, diciembre de 1987

Celso LAFER