



Instituciones Básicas Del Derecho
Curso 2021-2022

Instituciones Básicas Del Derecho by apuntesdederechoespanol.blogspot.com is licensed under Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Contenidos de la Materia

LECCIÓN 1, EL DERECHO REALIDAD HUMANA	3
1.1 Introducción	3
1.2 los diferentes ordenes normativos: usos sociales Moral y Derecho	3
1.2A los usos sociales	3
1.2B las normas morales	4
LECCIÓN 2, LA NORMA JURÍDICA	6
Clasificación de las normas:	8
Según un punto de vista formal o estructural.....	8
Según su función o finalidad	8
Desde el punto de vista material	9
Normas imperativas y dispositivas.....	10
LECCIÓN 3, EL NACIMIENTO, LA MODIFICACIÓN Y LA EXTINCIÓN DE LAS NORMAS.	10
1. Las fuentes del derecho.	10
Fuentes Materiales.....	10
Fuentes Formales	10
2. La entrada en vigor y la derogación de las normas.....	15
3. La eficiencia de las normas.....	16
LECCIÓN 4, EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO	17
1. La supuesta unidad de las fuentes del derecho.....	17
1-a. Unidad del ordenamiento jurídico	18
1-b. La plenitud del ordenamiento jurídico.	20
2. Las antinomias.	20
3. LAS FICCIONES JURÍDICAS	21
LECCIÓN 5, LA CONCRECIÓN DE LAS NORMAS.....	22
1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS: EL LLAMADO “SILOGISMO JUDICIAL”	22
1.2. Las fases del “silogismo judicial”.	22
1-a La formación de la premisa mayor.....	23
1-b. La premisa menor: decisión de evidencia (la determinación de los hechos).	26
1-c. La conclusión: decisión sobre la aplicación (las consecuencias jurídicas).....	26
2. LA ANALOGÍA	27
3. LA EQUIDAD	28

4.	EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO.....	28
5.	EL FRAUDE DE LEY.....	29
	Efectos del acto fraudulento:.....	29
	LECCIÓN 6, EL DERECHO SUBJETIVO	30
1.	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	30
2.	EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN EL TIEMPO	31
3.	EL ABUSO DE DERECHO	32

LECCIÓN 1, EL DERECHO REALIDAD HUMANA

1.1 Introducción¹

Hay que tener en cuenta lo grande que es la red jurídica que nos rodea desde nuestros hábitos hasta la norma. (los apuntes ponen un largo ejemplo)

Tras los ejemplos supone que la vida en sociedad provoca la existencia del derecho², con lo que a posterior indica que la complejidad de la estructura de esta depende de la sociedad en cuestión y de su grado de complejidad.

Cotta considera que la indigencia (no material) es un aspecto esencial en la vida humana, así como una característica ontológica de esta, por lo tanto, nadie puede vivir de forma aislada, dado que el ser en cuestión es dado en base por su relación con los demás.

1.2 los diferentes ordenes normativos: usos sociales Moral y Derecho

La definición de norma³ es: de regla que se debe seguir y que debe seguir o a la que se deben regir las conductas, tareas o actividades.

Por lo tanto, la idea se vincula al concepto de directriz o de pauta, luego en jurisprudencia se define por Francisco Puy como que el significado más antiguo de la norma es como el de reglamento fiscal romano, por su parte Rolando Tamayo nos indica que la palabra norma procede del latín y su significado es escuadra, por lo que es una herramienta o un instrumento.

La norma en cierto modo es un patrón o un modelo que dicta a la conducta humana.

1.2A los usos sociales

Se puede decir que el uso social es una práctica social uniforme y repetitiva, la cual al no cumplirla provoca un rechazo social, por lo que contiene determinada obligatoriedad.

Dado que el derecho también es una norma social obligatoria, no suele ser fácil diferenciar el uso social de la norma jurídica⁴.

Las características de los usos sociales son

1. **Tienen una gran trascendencia social** su función principal es facilitar las relaciones con personas, pero sin limitar nuestra espontaneidad, por lo que trata de facilitar nuestra vida, dado que el derecho no debe ni puede regularlo todo, los usos sociales son los que lo regulan todo en determinados sectores de la sociedad.
2. **Son numerosos y variados**, es algo evidente en nuestra sociedad, sobre todo en zonas del mundo occidental dado su pluralidad, además es bastante encontrar, usos sociales que sean de toda la sociedad, aunque siempre hay algunos comunes dado, que, sin estos, esa no sería una sociedad, sino un grupo de sociedades.

¹ ES UNA REALIDAD HUMANA DADO EL HECHO DE QUE ES UN CONSTRUCTO HUMANO. POR LO TANTO, LOS ANIMALES NO GOZAN DE DERECHOS, SINO QUE POSEEN VALOR (NO MONETARIO). CUANDO INDICAMOS QUE TENEMOS DERECHO, USAMOS DERECHO SUBJETIVO, SU DEFINICIÓN ES DADA POR EL JURISTA ALEMÁN IHERING, LA DEFINICIÓN FUE: EL DERECHO SUBJETIVO ES UN PODER QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERMITE A LA VOLUNTAD (DE LA PERSONA) PARA SATISFACCIÓN DE UN INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO.

² DONDE HAY DERECHO HAY CONTROVERSIAS, DONDE HAY CONTROVERSIAS HAY DERECHO, EL DERECHO INTENTA SOLUCIONAR LA CONTROVERSIAS, AUNQUE, SURGEN CONTROVERSIAS, BASÁNDOSE EN LOS DIFERENTES PUNTOS DE VISTA, SOBRE LOS CONTENIDOS DE UN DERECHO.

³ DONDE HAY DERECHO HAY NORMAS PROHIBITIVAS, ASÍ COMO HERRAMIENTA DE CONTROL, EL CONCEPTO DE DERECHO ES UN CONCEPTO MULTIFORME, EN ESTE TEMA SE VEN OTROS ORDENES NORMATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO, ASÍ QUE LO QUE SE CONTEMPLA ES LA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMO REALIDAD HUMANA, ASÍ COMO CONTEMPLAREMOS EL ELEMENTO FUNDAMENTAL QUE ES LA NORMA JURÍDICA, CON LO CUAL ACABAREMOS VIENDO CÓMO Y DE QUE TIPOS DE NORMA JURÍDICA EXISTE, POR LO CUAL ACABAREMOS CONTEMPLANDO EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO, POR LO QUE VEREMOS EL DERECHO LA NORMA Y EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO.

⁴ -LA ORACIÓN QUE NO HAY DERECHO HACE REFERENCIA A UN INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA, ASÍ COMO ES UN LLAMAMIENTO A QUE LO HAYA, ADEMÁS LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS SON PROVENIENTES DE LA COSTUMBRE, ES DECIR, DE LOS USOS SOCIALES

3. **Son resistentes a los cambios** esto se ve con la ley seca, dado ahí estos usos sociales son difíciles de cambiar de repente.
4. **Tienen carácter externo**, dado su naturaleza, mientras se respeten, socialmente esa persona será aceptable, mientras que, a su vez, esta puede no creer en estos, he incluso creer que son innecesarios, a diferencia de la moral que requiere la internalización y confianza de la persona en esta. Esto diferencia a los *usos* de la moral, y en el caso del derecho el asunto es más complicado.
5. **La obligatoriedad de los usos o normas sociales no está formalizada** a diferencia de las normas jurídicas, que conllevan una sanción previamente predispuesta, los *usos* no tienen una sanción reglamentada, sino que tienen un resultado más fluido, el incumplirlo resulta de forma más imprevista y fluida. Además la diferencia principal entre los usos y las normas jurídicas, es el uso de la fuerza estatal, dado que en estos últimos tiempos se ha tendido a ver al derecho, como un sistema formal que con la fuerza estatal protege determinadas conductas, con lo que desde este punto de vista la única diferencia sería el uso de la fuerza estatal.
6. **Otro aspecto que diferencia a los *usos* de las *jurídicas*, parcialmente al menos es su contenido** dado que los jurídicos tienen ciertos problemas, que son prácticamente específicos de ellos, como son las prohibiciones de ciertos delitos, y la regulación de contratos, estos siempre han sido regulados por los jurídicos, aunque esto no impide que cambien al ámbito de los *usos* con el tiempo.

Además esto puede ser a la vez un uso y una norma jurídica, dado que por ejemplo el saludo es un *uso* en el sector militar es una obligación jurídica.

Además hay que diferenciar el ***uso*** del ***hábito***, así como del ***rito***:

Los hábitos son prácticas sociales esperadas, y predecibles hasta el punto de que el no realizarla provoca sorpresa, pero no una reprobación fuerte, la diferencia del uso y del hábito es el grado de reprobación social que provocan.

El rito sin embargo es un tipo de uso, consiste en que la sociedad conmemora en un acto solemne algo que se considera importante, aunque cuando pierde importancia y se convierte en un mero formalismo se acaba convirtiendo en un hábito y tiende a desaparecer.

Además en las sociedades occidentales, la complejidad y su pluralismo hace que los usos estén muy fragmentados y que resulten difíciles de delimitarlos con claridad.

1.2B las normas morales

Las normas morales y las jurídicas, constituyen 2 de las cuestiones más debatidas en la ciencia jurídica, aunque es un tema más apropiado para la filosofía jurídica, para entenderlo analizaremos la moral desde una noción inicial, "*La moral es una instancia normativa, que ordena el comportamiento individual, y social, en aras de la consecución de la perfección personal*", en el estricto sentido es la moral personal, y la ética la social. Así la Moral social (ética) es solo el nivel más bajo de exigencia, mientras la moral está destinada, al perfeccionamiento personal, y unida a las decisiones, de la conciencia individual.

Esto no implica que esta sea subjetivo dado, que, si cumplimos el precepto por conveniencia, el acto no será auténticamente moral, aunque si lo miramos desde los criterios de utilidad, se da que esta acción si se lleva a cabo sería moral, si el agente que lo hace, aunque sea por obligación, lo hace pensando en el bien para la sociedad, y cree que es buena para esta, y se siente obligado en conciencia a llevarlo a cabo. Esto provoca debates inacabables, pero con tal de finalizar dejamos la idea de que, ***la moral requiere la conciencia de que hay una conducta correcta.***

Por otra parte, la moral individual existe dentro de un ámbito concreto histórico-cultural, cosa que no significa que la moral del grupo controle a la individual, pero es un hecho el que influye. Así como hay que tener en cuenta el contexto en el que ocurre la acción humana.

Dado que todo orden jurídico se basa en prescribir ciertos comportamientos, la duda es si estos deben adecuarse al orden moral, en concreto si se debe asemejar a una idea de justicia, sin embargo, esto suscita otra pregunta, dado que ¿se podría invalidar o inaplicar una norma alejada del concepto de justicia?, y esto no es un problema sin importancia, sino que es empeorado dado la gran cantidad de teorías sobre la justicia que existen.

La dificultad es dada a la existencia de las 2 ideas radicales la de que la inteligencia humana, es capaz de ver unos principios de justicia objetivos y universales, y la de que no existe este orden universal, sino un conjunto de opiniones subjetivas; además de estas 2 existen un cumulo enorme de ideas intermedias, todas definiendo a la justicia a su manera, por lo tanto, basar la norma jurídica en un concepto tan variable provocaría el fin del orden judicial⁵.

Por lo tanto esto es un tema del que se ocupa la filosofía del derecho y el cual el jurista no tiende a ocuparse de estos aspectos teóricos, además la cuestión de si se podría anular una norma por considerarse injusta, según el ordenamiento es que no, por lo tanto los juristas, aplican las normas en base a su procedencia estatal, con independencia de la opinión que tengan de ello, además tanto los juristas o los ciudadanos incurrirían en un delito si por un hecho moral no aplicaran o cumplieran una norma.

Aunque existe una manera de evitar el cumplimiento de determinadas normas, y es la objeción de conciencia (artículo 30,2), siempre y cuando el ciudadano considere que el cumplir esta, le afectaría gravemente a su conciencia mora, aun así, esto puede incurrir en ciertos castigos. Aunque en las Democracias esto se llega a considerar un derecho y se puede aplicar con limitaciones, dado que, con la doctrina del tribunal constitucional actual, solo se puede aplicar en el servicio militar obligatorio, y en los sanitarios para un aborto, por lo que solo se reconocerá cuando esto se aplique en una ley.

Además se da otra interacción cuando los jueces, advierten sobre lo inconstitucionalidad de una norma, esto es solo la oposición de dos leyes y no tiene que ver con la moral, dado que se aplica en un entorno de preceptos constitucionales, interpretados teniendo en cuenta, la realidad moral.

La constitución aplica además en su artículo 1.1 que España es un estado social y democrático de derecho con los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, cosas que de ser realidades morales pasan a estar contenidas en normas jurídicas, esto le da significado a las normas que componen el ordenamiento, viendo un ejemplo de ello en los primeros artículos de los derechos fundamentales.

En el título 1 de nuestra constitución⁶ se encuentran los derechos fundamentales, toda norma que incumpla el sentido principal de estos es expulsada del ordenamiento, además el constitucionalismo actual, ha acogido múltiples términos morales, además de que debe ser visto desde estos, dados que sin el marco moral se vuelve incomprensible. Además la alegación de que se vulneración de la justicia o del pluralismo político, aun apareciendo en la constitución, no sirven para justificar un recurso de amparo, por lo que estos no gozan de una eficacia práctica.

⁵ LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL ES UNA RELACIÓN DE DIFUSIÓN, EN LUGARES TEÓCRATAS ([talibanes](#)), MIENTRAS QUE EN NUESTRO ÁMBITO SE DA UNA DIFERENCIACIÓN ENTRE AMBOS, PERO CON ELEMENTOS COMUNES, NORMAS JURÍDICAS QUE CONTIENEN VALORES MORALES

⁶ LA CONSTITUCIÓN LO QUE NOS DICE ES QUE A UN NIVEL SUPERIOR EN LO JURÍDICO SON SUPERIORES SI OCURRIERA UNA COLISIÓN DEBEN PREVALECER LOS VALORES SUPERIORES (ARTÍCULO 1,1), AL IGUAL QUE LO VALORE ESTOS SE COMPLEMENTAN EN OTROS ARTÍCULOS (CONST ART 10,1), EL DERECHO ACOGE Y PROTEGE VALORES MORALES

La existencia de conceptos morales no solo está en la constitución, sino que lo podemos ver en otros sectores del ordenamiento⁷, (p11, último párrafo pone ejemplos y p12 ¼ de la página) aunque basta con señalar la inevitable de referencias morales para integrar algunas normas del ordenamiento.

Con esto podemos visualizar una interrelación difícilmente rebatible entre las realidades morales y los ordenamientos jurídicos, luego hay dos ramas, el **iusnaturalismo**, opina que el *orden jurídico es difícilmente rebatible porque acoge exigencias morales relacionadas con los bienes humanos*, mientras el **positivismo** defiende que *lo es dado el poder político que lo ha elaborado*, y lo defienden alegando que hasta que se le da el espaldarazo político no son normas jurídicas y el que sus contenidos provengan de normas morales se trata de un momento prologal y prejurídico.

Luego dado que el jurista aplica, la ley basándose en el poder que suscita esta, y no se plantea el abstractismo tras esta, podemos decir que el derecho y la moral son realidades diferentes y que el derecho no depende de la moral para existir.

Sin embargo esto debe ser matizado, dado la realidad del derecho tiene entradas, y salidas por lo que ciertos periodos normas morales pasan a ser parte del derecho y en otros periodos pasan a ser solo competencia de la moral, aunque hay cierto grupo formado por problemas y relaciones que a lo largo de la Historia son siempre considerados como realidades jurídicas, por exigencia de la propia justicia y de la seguridad, sin las cuales es imposible la existencia de una sociedad, con tráfico jurídico, es el caso de la propiedad, los contratos y la prohibición de delitos.

Sin embargo, el derecho no puede olvidarse y existir sin las cuestiones morales, dado que la sociedad debe intervenir en las cuestiones con relevancia moral, así como hay algunas reglas morales las cuales permiten y facilitan la vida social, con lo que la ignorancia ante estas suele provocar el hundimiento de la sociedad, por lo tanto, el derecho ha de acogerlas. Dado que la sociedad organizada en una estructura política no puede permanecer neutral o indiferente ante ciertas cuestiones, por lo que tiene el deber de intervenir en ellas.

Por esto, para evitar la identificación del derecho como un orden moral este muestra una posición equilibrada, en el cual no permite que los ciudadanos con su moral lo determinen dado que si se convirtiera en un “*Derecho a la Carta*” este sería destruido.

Esto que parece Positivista, en verdad no lo es, dado que en verdad los juristas, siempre han aceptado que el cumplimiento del derecho no puede depender del criterio moral del destinatario de la norma, sin embargo paradójicamente la diferenciación del derecho en busca de la certeza, es en sí mismo una existencia moral, dado que la existencia de leyes predecibles, para que las personas puedan organizar su vida, genera, que la necesidad de ordenar la vida desde esta forma, genera que sea un bien moral, la existencia misma del derecho como orden regulador de acciones humanas⁸ ya es una afirmación moral, dado que supone optar por el orden frente al caos. Mas relativo todavía el hecho de que el derecho, para respetar la pluralidad, en una sociedad democrática, se muestre de forma neutral para no acogerse a una sola moral, conforma en sí mismo una actitud moral, dado que se basa en una determinada concepción de la persona.ⁱ

LECCIÓN 2, LA NORMA JURÍDICA

El concepto y las características de la Norma Jurídica.

Las Diversas clasificaciones de las normas jurídicas.

⁷ CODCIVIL ART1255 → NO SE PUEDE HACER UN CONTRATO DE ESCLAVITUD DADO QUE IRÍA CONTRA LA LIBERTAD, O UN CONTRATO EN CONTRA DE LA INTIMIDAD DADO QUE IRÍA CONTRA LA MORAL.

CODCIVIL ART 1271 → EL CONCEPTO DE LAS BUENAS COSTUMBRES EVOCA A LA MORAL.

⁸ LO CONTINGENTE ES LO QUE PUEDE SER O NO SER, PARA EL CRISTIANISMO DIOS ES EL ÚNICO SER NECESARIO, POR LO TANTO, TODOS LOS SERES HUMANOS SOMOS CONTINGENTES

Para empezar, vamos a ver el concepto de que es una norma, la norma jurídica, es posible decir que es la expresión del mandado del derecho, una forma clásica de definirlo es como “Llamo norma a toda ordenación de la conducta humana en orden a la convivencia”⁹. Además debemos agregar que la norma es una construcción racional.

Para empezar, vamos a ver las siguientes características de la norma jurídica:

† **Generalidad**

- † No tiene como destinatario a alguien concreto, sino que sus destinatarios son conjuntos amplios, por ejemplo, los jueces, la norma sería válida para todos ellos, no solo para uno de ellos.

† **Alteridad**

- † El derecho hace caso omiso a la esfera interna de la persona, sino que solo rige el comportamiento hacia otra persona, no como la moral que depende de la convicción ideológica del individuo.

† **Bilateralidad**

- † Referida a la anterior, además de conceder derechos, a su vez, la norma jurídica, otorga deberes y obligaciones, de forma recíproca.

† **Heteronomía**

- † Es impuesta, por el poder normativo, de forma que el destinatario, debe cumplirla por orden de esta misma, esto es contrario a las normas autoimpuestas de la moral, es decir está aprobada de forma legislativa, y se aplica siempre, sea cual sea la voluntad de la persona.

† **Abstracción**

- † La norma contiene un supuesto, de un hecho, u una situación que puede ser real. Artículo 31 constitución, {...el que matare...}.

Luego de ver las características principales, ahora veremos características que también se pueden dar:

† **Obligatorias**

- † Pueden contener un mandato o prohibición, imperativo, y no circunstancial.

† **Coercibles**

- † Son Coactivas, en caso de incumplimiento, incurren en una sanción.

† **Eficacia Motivadora**

- † Cuando estas son imperativas, existe el deber jurídico de cumplir la norma, por lo que la sociedad tiende a adecuarse, es decir se adecua el comportamiento social, y el individual, a lo que la norma previene.

† **Eficacia Sancionadora**

- † En caso de incumplir entran a juego la maquinaria jurídica, y las consecuencias que se han previsto en esta, por el legislador.

† **Eficacia Constitutiva**

- † En este caso, la norma tiende a adecuar una determinada realidad, jurídica, con unas características, recogida en esta, por ejemplo, en el artículo 581 del código civil, con esto, se adecua esa realidad física en una realidad jurídica.

⁹ Muñoz Conde, en Introducción al Derecho Penal.

Una vez vistas las características de las normas, hay que reconocer, que estas no son un grupo homogéneo, sino que a pesar de los intentos para formar un concepto omnicompreensivo. Por lo tanto, podemos decir, que en principio la norma se caracteriza con la siguiente estructura:

Encontramos un supuesto de hecho, que describe una situación, típica o genérica, a la que se le imputa una consecuencia jurídica.

Clasificación de las normas:

Sin embargo, a partir de este esquema básico podemos ver una variedad considerable, la cual simplificaremos con las siguientes clasificaciones:

Según un punto de vista formal o estructural

Desde este método clarificativo vemos dos opciones de norma:

1. Normas de estructura Cerradas

- † Son normas, que describen los hechos y la calificación jurídica con cierta precisión, cuando esto ocurre es fácil de comprender que casos son aplicados con esta norma y cuál es la consecuencia de estos. *Artículo 57 de la ley sobre el impuesto de la renta de las personas físicas.*

2. Normas de estructura Abiertas

- † Son normas que, al contrario de la anterior, tienen una estructura más flexible, y son más difíciles de precisar el caso ni las acciones a tomar como consecuencia, por lo que, en estos casos, la jurisprudencia indica como entenderlos e interpretarlos. *Artículo 1902 del Código Civil.*

Según su función o finalidad

Según el derecho Romano las normas Jurídicas, **ordenan, prohíben o permiten** comportamientos, esta clasificación es aún válida, pero usaremos la del jurista británico H.L.A. el cual se basó en la romana, pero actualizando el vocabulario; con lo cual Hart las dividió en dos categorías:

1. En primer lugar, vemos las denominadas como **Primarias o Prescriptivas**, este tipo de normas obliga a realizar ciertas conductas, o prohíben otras acciones, por ejemplo, pueden obligar a pagar ciertas, tributaciones. *Artículo 689 código civil.*
2. El otro tipo son las llamadas como **Secundarias o Consultivas**, estas no imponen comportamiento como las primarias, sino que establecen el procedimiento para conseguir un determinado resultado, este tipo de normas solo sirven de consulta, es decir de por sí no genera sanción, aunque es difícil diferenciar a las permisivas, de las que otorgan poderes, además de que ciertos derechos fundamentales se podrían considerar consultivos. *Artículo 696 código civil.* Otra cosa curiosa de las secundarias es que según Hart es que dentro de ellas se encuentran las normas, que establecen al resto de normas jurídicas:
 - I. **Normas de reconocimiento**, Establecen los requisitos para el nacimiento, del resto de normas del ordenamiento¹⁰.
Constitución artículo 81 (Nacimiento leyes orgánicas).
 - II. **Normas de cambio**, Establecen los procedimientos necesarios para modificar las normas existentes.
Constitución artículo 167.
 - III. **Normas de adjudicación**, Suelen corresponder con las leyes procesales, su función se da cuando al aplicar normas, surge una disputa sobre el contenido y alcance de varias normas o derechos, es decir, tienden a

¹⁰ La norma de reconocimiento plantea el problema de si esta depende de otra norma, por lo que según Hart es un no, pero esto es una cuestión que se estudia más adelante, con el concepto del ordenamiento jurídico.

regular la actuación de los jueces para solventar los conflictos jurídicos.
judicial o Ley de enjuiciamiento civil.

Ley orgánica del poder

Desde el punto de vista material

Las normas también se pueden distinguir, según el tipo de problema que regulan, podemos encontrar que esta clasificación es de origen romano, en la cual encontramos la separación entre el **Derecho Privado** y el **Derecho Público**.

Tradicionalmente entendemos que el derecho privado **estaba constituido por el sector de normas que regulan las relaciones entre particulares**, mientras el público se consideraba que tenía más una función **de organizar las relaciones entre los ciudadanos y el poder político**, sin embargo por muy típica que sea esta división, con el actual grado de intervención de los estados, esta pierde nitidez, en realidad todo derecho es en realidad, dado que solo los asuntos que sean totalmente privados y no requieran de regulación, serían los únicos realmente privados, aun así vamos a obviar esta consideración, para deslindar dos sectores el **público** y el **privado**.

El derecho privado, trata de relaciones jurídicas, establecidas entre particulares, además podemos ver como una parte destacada de las instituciones, han sido elaboradas por los sujetos que actúan, siendo las que tienen éxito consolidadas en la norma jurídica, la consolidación proviene de cuando el poder político, sin crearlas las acoge para dotarlas de mayor certeza y protección, estas tienden a ser creadas por individuos que viviendo en sociedad desarrollan formulas contractuales.

Compraventa, arrendamiento, matrimonio, etc.

El derecho público, formado por las normas que están dedicadas a la creación de nuevas instituciones políticas, necesarias para la utilidad común, por político debemos entender que nos referimos a lo que afecta a la vida común en sociedad, este método se despliega a partir del siglo XIX, donde se hace necesario que el estado legisle para la instrucción de la sociedad o la realización de obras públicas, además se favorece de la centralización de la burocracia.

Durante el siglo XX, la cantidad de normas de este tipo se ha incrementado exponencialmente, dado que, con la intervención de los estados en todas las esferas sociales, esta ha sufrido una inflación de este tipo de normas. *Leyes de procedimiento administrativo, como las que: las que regulan los tributos, las universidades, el régimen de la seguridad social, etc.*

Con esto vemos que más que diferenciarlos por la intervención del estado (**Derecho público, entre estado y particulares; Derecho privado, exclusiva entre particulares**), por lo que sería más correcto diferenciarlos por que, el distintivo principal del público **es su finalidad creadora y reguladora de organismos para la utilidad común**.

Hay que hacer hincapié en la existencia de ciertas normas que ocupan un lugar especial, dentro del derecho público, es decir, estas son las normas constitucionales, para la existencia de estas, no es necesaria la existencia de un texto llamado constitución, sino que puede ser un cumulo legal (*Caso de Gran Bretaña*), sin embargo ahora entramos en el problema, dado que se pueden considerar normas constitucionales a todas, las que determinen quien está legitimado para poseer el poder, pero en el sentido estricto, solo hay constituciones, tras el triunfo de la Modernidad, por lo constitución solo en los estados liberales, pero las reglas constitucionales se dan en toda sociedad organizada políticamente.

Otra característica que diferencia al **derecho público** del privado **sería la mayor relevancia de las normas emanadas directamente por el poder político, en el primero**. En el derecho privado, aunque ya es frecuente encontrar normas estatales, en este sector se encuentra una mayor autonomía de las instituciones propias de esta, además es poco probable que el legislador pueda derogar instituciones como la compraventa o el arrendamiento, aunque para concluir diremos que es innegable que la libertad de configurar las relaciones jurídicas, en el derecho privado, es mayor que en el público. Otra diferencia también relevante desde el punto material sería la estructura, dado que las **públicas se da una cantidad mayor de normas de estructura cerrada**, mientras en el **privado, abundan más las abiertas**.

Normas imperativas y dispositivas

En esta parte diferenciamos dos tipos las **imperativas**, y las **dispositivas**, la primeras son de obligado cumplimiento, por lo que nadie, ni el ciudadano, ni la autoridad pública, pueden ignorar la obligación, en ciertos casos (la mayoría) su incumpliendo será además sujeto de la aplicación de una sanción al incumplidor, mientras las segundas pueden ser dejadas de lado de forma lícita, este tipo de normas son exclusivas del sector privado, dado que pueden ser sustituidas por las partes, de acuerdo a su propia voluntad, aunque esto debe cumplir unos mínimos sino carecerán de validez jurídica, como última incorporación, hay que incluir que todas las normas, que establecen prohibiciones y obligaciones, son imperativas, sin embargo no todas las normas constitutivas son dispositivas, *las que establecen las formas de contraer matrimonio, por ejemplo, no son dispositivas, sino que son imperativas.*

LECCIÓN 3, EL NACIMIENTO, LA MODIFICACIÓN Y LA EXTINCIÓN DE LAS NORMAS.

Las fuentes del derecho. La entrada en vigor y la extinción de las normas. La eficacia de las normas.

1. Las fuentes del derecho.

Tras ver la variedad que se encuentra en la denominada como norma jurídica, ahora vamos a proseguir, dado que, aun viendo la anterior variedad, no hemos visto todavía las características que hacen verdadera a una norma como norma jurídica. Este es un aspecto esencial, por lo que si las normas jurídicas, son directrices para organizar el espacio social, por lo que **es preciso establecer criterios que permitan distinguir cuáles son esas directrices, y esa es la misión del derecho**; aunque la misión es bastante clara, ha resultado demasiado ambigua, por lo que la doctrina ha desarrollado, distintas definiciones, pero no vamos a entrar en ellas, sino que nos quedaremos con la de **Alberto Montoro**, [Las fuentes del derecho con los actos o hechos a los que se ligan el nacimiento, modificación o extinción de una norma jurídica](#). Siguiendo aun a Montoro vamos a ver los siguientes criterios:

Fuentes Materiales

Son los factores y acontecimientos que establecen el contenido de una norma jurídica, estos pueden ser de varios tipos:

† Tipo social

✚ Natalidad, económicos, geográficos, etc.

† Tipo ideal

✚ Basado en un carácter político, religioso, etc.

Estas se consideran fuentes dado que el derecho toma los elementos de su regulación de estas realidades sociales (*Influyen en este*), dado que como dijimos antes el derecho no es hermético, sino que se adecua a la realidad social.

Fuentes Formales

Este es el concepto de fuente que nos interesa, dado que esta vertiente, define las fuentes como, que la norma jurídica no puede ser creada por cualquiera, por lo que dividimos el concepto de fuentes a dos referencias, tanto a los **órganos legitimados** para crearla, como **el procedimiento a seguir** para hacerla, con lo que uniendo a estas dos obtenemos las siguientes fuentes en el derecho español, aunque antes de ver los tipos, vamos a profundizar en el derecho español.

En nuestro ordenamiento, la regulación de las fuentes esta recogida principalmente en la **constitución**, aun así, se pueden encontrar, en algunas leyes que encontramos fuera de este, en lo que llamamos el “**bloque de la constitucionalidad**”¹¹, aun así, es la constitución la que, como norma suprema del ordenamiento, es la que contiene los órganos y procedimientos, (es decir las fuentes formales) encargados de elaborar el resto de normas.

Sin embargo aunque en lo general se da esto en el título preliminar del código civil, el cual enuncia las fuentes del derecho español, esta situación chocante se explica, dado que el código civil es una ley como cualquier otra, editable, por lo que estas competencias son parte del ordenamiento supremo que es la constitución, aun así no hay que quitarle importancia al título preliminar del código civil, dado que tiene un carácter supletorio, en las materias regidas por otras leyes, incluido en la materia de las fuentes del derecho, por lo que este título es aplicable a todo el ordenamiento, aunque con diferencias en cada sector pero si de forma plena en el derecho civil, con lo que sí es verdad que con esto se formula una jerarquía, siendo el artículo 9,3 de la constitución, el que proclama el principio de jerarquía normativa, y el artículo 1,1 del código civil proclama que las fuentes del ordenamiento jurídico son la ley, la costumbre, y los principios generales del derecho, por lo que se jerarquizan en orden, sin ley se usa la costumbre y así sucesivamente.

Según nuestro código civil la preeminencia en nuestro sistema lo tiene la ley, por lo que precisaremos lo que entendemos por ley:

1. La ley como fuente del derecho

1. **En origen**, se puede considerar que la ley es cualquier norma escrita, del poder político. Aun así, históricamente se le han asignado una serie de características, Francisco J. Laporta, las expone acertadamente en ocho puntos:

1. Se entiende usualmente que la ley es una construcción deliberada, a diferencia de la costumbre, a diferencia de la costumbre, la cual surge de manera anónima e involuntaria, sin embargo, la ley es creada por agentes determinados, que les da una formulación escrita.
2. La creación y puesta en vigor de la ley como disposición jurídica es algo característico del soberano.
3. Las leyes están reunidas (desde la edad media) a ciertas reuniones o asambleas en la que se produce una determinada, representación de algún tipo.
4. La ley es también aquello en lo que reside el poder. Para acceder a este solo puede hacerse mediante un título jurídico previo, en un gobierno de leyes a diferencia de uno de hombres, se accede a través de las vías que marca esta.
5. La ley además es un método adecuado para administrar la fuerza en sociedad.
6. Uno de los caracteres de más importancia es la generalidad, la cual hace que la ley afecte a todos los integrantes de la sociedad, sea cual sea su estatus, rango o condición (*cosa que ya vimos y que se ve en la cultura jurídica alemana*)
7. La ley es el único tipo de disposición jurídica, que puede afectar a la libertad y la propiedad del ciudadano.
8. La ley es la disposición adecuada, para establecer los beneficios y cargas económicas de la vida social, es decir los impuestos, y los gastos, Solo la ley es la disposición jurídica apta para hacer el presupuesto del estado, aunque luego haya reglamentos solo la ley puede poner impuestos, “**No taxation without representation**”.

Con esto terminamos las características históricas, que se le han asignado a la ley, ahora vamos a hacer otra diferenciación según su procedencia encontramos 4 tipos:

1. Normas procedentes del poder legislativo (**Legislativo**)

¹¹ Es el conjunto de preceptos de preceptos de conceptos constitucionales y legislativos, que, dentro del marco de la constitución española, se ubican dedicada para delimitar las competencias del estado o de las diferentes comunidades autónoma, o para regular las competencias de estas (comunidades autónomas), relaciones entre ellas y el estado; Los estatutos autónomos forman parte del bloque constitucional.

† Son las leyes en sentido estricto, hay muchos tipos y se diferencian por sus competencias, pero no por su rango, *una ley orgánica tiene las distintas competencias que una normal, una estatal no puede entrar en materia de las autonómicas no por su rango, sino por sus competencias. Estas son reguladas por el derecho constitucional.*

2. Normas procedentes del gobierno y la administración (**Ejecutivo**)

† Estos son reglamentos, que son regulados por el derecho administrativo.

3. Decisiones generales procedentes de la unión europea (**Unión Europea**)

† Se consideran parte del ordenamiento jurídico español.

4. El ordenamiento jurídico que se encuentra por encima de todas las demás leyes (**Constitución**)

† Es la norma de grado superior todas las demás deben respetar su contenido, esta procede de la fuente primaria la ley, para finalizar hablemos del imperio de la ley el cual habla de que este es el ideal que debemos seguir al trabajar con leyes, considerando que el poder se ajusta a las leyes jurídicas preestablecidas.

2. **La costumbre**, si para un asunto controvertido, no tuviéramos ninguna norma jurídica, es posible acudir a la costumbre, según el código civil¹², aunque esto no se aplica a todos los sectores del ordenamiento, **la costumbre es una fuente que se forma, tras la repetición acompañada, de la conciencia de su obligatoriedad**, a diferencia de la norma jurídica, ningún organismo de poder estatal participa en la creación de costumbres, en el pasado además estas tuvieron gran importancia, aunque hoy, han perdido gran parte de esa relevancia, además en España para que estas sean aceptadas como sustituta a la norma jurídica, deben cumplir ciertos requisitos:

1. **El elemento material**, este requisito, es que esta, sea verdaderamente una costumbre, es decir, que sea una prácticamente difundida, además esta debe ser probada ante un tribunal, excepto en caso de que ambas partes den por hecho que es una costumbre, aunque solo se pueden aceptar en caso de que no alteren el orden público., *aunque esto sea una excepción al principio, del iura novit curia, por el cual el juez debe conocer todo el derecho aplicable.*
2. **El elemento espiritual**, Se deben dar las notas del opinio iuris, es decir que aquellos que usan la costumbre de estar actuando a derecho.
3. Una costumbre a las normas jurídicas carece de validez.

Además la doctrina, divide la costumbre en tres conceptos:

1. Contra legem, costumbre que deroga leyes.
2. Secundum legem, costumbre que aclara leyes.
3. Extra legem, costumbre que suple las omisiones de la ley.

No hace falta decir que en nuestro ordenamiento los tres tipos de costumbres son inválidos, y solo se acepta la costumbre, cuando no haya una ley que regule algo, aunque siempre se encuentra jerárquicamente bajo la ley, hay una forma de que se cambie el rango, y esto es cuando una ley se remite directamente a la costumbre.

La costumbre se da por ejemplo en varios estatutos de autonomía, luego con esto prácticamente hemos finalizado la costumbre (~~tema3-p8, p9~~)

3. **Los principios Generales del derecho**¹³, son lo que se dan cuando, no hay ni ley, ni costumbre, antes de profundizar dejemos claro que los principios generales del derecho, **son las líneas básicas o esquemáticas, que funcionan como punto cohesionador, entre ambos de las instituciones del derecho, y a su vez, serían reglas o modelos para el legislador**, con esto entendido podemos proseguir, dado que las normas del derecho (leyes) buscan facilitar y permitir las convivencias uno debe saber en ciertas medidas de estas para organizar su vida, pero no se puede reglar

¹² Hay que tener en cuenta que en 1888 se valoraba y tenía más peso, la costumbre que, en la actualidad, por lo que, aunque hoy esta ha perdido importancia.

¹³ El siguiente enlace permite ver el documento de los principios generales del derecho, la clave del archivo es **191021@uca**, el siguiente enlace le dará acceso : [Principios generales del derecho](#)

todo dado la complejidad de la vida, por lo que los principios sirven como conceptos más abstractos que permiten su comprensión, aunque la norma tiende a la precisión, muchas veces por mismo motivo del lenguaje, pueden adolecer de ambigüedad.

Esto da lugar a varias posturas, una podría ser negar el carácter jurídico de los principios, lo cual sería si partimos de la base de que el derecho no es más que la ley que nace emanada del estado, por lo tanto solo serían norma jurídica si una norma emana, el uso de estos, o si un juez los selecciona para solucionar una controversia (en algunos casos un juez decide bajo que criterio usar los principios oportunos), por lo que para esta opinión estos son también normas jurídicas cuando son seleccionados para solucionar un problema y el juez los usa dado que no posee ley que lo solucione, pero esto sería opinión del **positivismo jurídico**.

Otra postura, **defensora de un legalismo matizado**, entiende que los principios con conceptos comunes y abstractos, que abarcan diversas leyes, con esto vemos como **en la posición más legalista ante los principios, Giorgio del verchio, señala que los principios, son la razón suprema y el espíritu, en el que se basan las normas. Pero no pueden prevalecer contra la ley, por lo que solo son usados si no hay ley.** Luego en la postura de **la efectividad independiente de los principios, Josef Esser**, considera, que es imposible derivar de las leyes todos los principios existentes, para ellos los principios nacen como solución razonable a un problema, que acaban consolidándose al repetirse el problema, estos problemas no son propios de un solo país, por lo que se repiten en varios, y es lógico que hayan varios similares, para este los principios cogen cobertura formal, al ser usada por un juez en la resolución de problema, con esto vemos explicaciones teóricas, pero más allá de esto, en España resulta difícil encontrar sentencias basadas en los principios, dado que habría que buscar un problema sin ley aplicable, por lo que la función de los principios que desempeñan en nuestra vida jurídica es doble

1. Tienen un carácter informador de ordenamiento jurídico, no son un mero imperativo, aprobado por el legislativo, sino que sus normas tienen un sentido y finalidad proporcionados por los principios, las normas deben ser razonables e inteligibles, los principios otorgan esta intangibilidad.

2. Sirven como criterios normativos para resolver problemas concretos, Basándonos en la jurisprudencia, concretamente en la **Sentencia 295/2000, de 23 de marzo:**

- a. **De manera indirecta a través de las demas fuentes**, muchas normas del poder político, contienen principios, que se han elaborado con la tradición los cuales fueron acogidos por su utilidad, por el legislador.
- b. **De manera directa pero solo en defecto de ley y costumbre**, ademas de demostrar su vigencia, es necesario que este esté acogido, por el ordenamiento, ya sea mediante la cita del precepto o mediante la jurisprudencia que lo recogen. Aunque esa cita solo es la vinculación del precepto con el ordenamiento, no sirve como criterio resolutorio, aunque es raro, encontrar problemas sin leyes, es mas frecuente encontrar algunos pormenores que carecen de norma, en esos momentos entra en acción el principio.

Ademas los principios tienen un papel importante, en la jerarquía normativa, que predomina, el papel relevante en la jerarquía normativa, el ordenamiento por tanto, no está compuesta solo de normas emanadas del poder político, sino que tambien por principios, incluso se podría anular una ley por contradecir a un principio, pero esto en verdad ocurre porque muchos principios forman parte del texto constitucional, o se sacan de este por interpretación, por lo que se da en verdad la contradicción entre un reglamento normal contra la constitución.

Ademas los principios son muy útiles en cuanto a la organización de las leyes, y de otras disposiciones, que cada vez son mas heterogenias y cambiantes, especialmente en derecho administrativo.

- 4. La jurisprudencia**, la jurisprudencia según el código civil se establece que complementará, sin embargo se podría considerar una fuente del ordenamiento, dado que es un tipo de decisión, que resuelve las controversias surgidas por la aplicación particular de una norma, sin embargo el código civil preserva una idea anticuada sobre el papel de esta, antes de analizar a la jurisprudencia como fuente, vamos a explicar lo que se incluyen en esta palabra, vemos tres posibilidades:

1. En el sentido más amplio y basándonos en su procedencia en latín “*prudentia iuris*” lo cual se refiere al **saber prudencial del derecho**, es decir para esto todo jurista haría jurisprudencia.
2. Otra aceptación más estricta, la considera como el **conjunto de decisiones de los jueces**.
3. Otra sería la que considera el artículo 1,6 del código civil, la cual lo considera como la **doctrina consolidada del tribunal supremo y tribunales superiores de justicia** en ciertas materias.

Para explicar el estatus de fuente que tiene la jurisprudencia, usaremos la 2ª posibilidad. Ahora si bien es cierto que resulta muy difícil negar que la jurisprudencia, sea fuente de derecho, esta exclusión, proviene de la idea, de que los jueces se limitan a la aplicación de las normas jurídicas, por lo que esta postura defiende que los jueces no pueden crear derecho.

Pero claro resultó que la ley no podía regularlo todo, por lo que habia problemas y otros aspectos que debían ser resueltos, aunque este no estuviera contemplado en la ley, por lo que en lo llamado como “lagunas” los jueces estaban obligados a resolver empleando la costumbre y los principios, y si estos no lo solucionaban debían hacerlo usando lo que su buen sentido les dijese, por lo que **de forma inevitable, los jueces crean derecho, y contribuyen al desarrollo del ordenamiento jurídico**. Para evitar una quiebra en su teoría, los positivistas, afirmaron que los jueces crean derecho como delegados del legislador.

Hans Kelsen, fue mas lejos y alegó que la sentencia era una voluntad del juez, que creaba una norma jurídica individual.

Una vez comprobado que el juez es una fuente de derecho, tenemos que saber que en nuestro ordenamiento, el juez tiene la obligación, de resolver todas las controversias jurídicas, que sean de su competencia, y según el orden de fuentes establecido, por lo que el juez debe conocer todas las leyes generales, aun así no es posible aplicar estas de forma mecánica en todos los casos, por lo que la tarea de adecuación de la norma y las exigencias del caso, le corresponde al juez, **por lo que a veces no conocemos el derecho para el caso hasta que el juez¹⁴ decide**.

Claro si hablamos de las fuentes de creación de normas jurídicas generales, los jueces no tienen (en España) la competencia de hacerlo, pero en el caso concreto si pueden, por lo hablado antes.

Si consideramos que el derecho no es mas que la ley, la judicatura no crea derecho, pero si matizamos vemos como si **colaboran en la creación del derecho**, pero esto lo veremos en la lección 5.

En algunas ocasiones los jueces españoles hacen el papel de legisladores negativos, es decir expulsan una ley del ordenamiento, esto se hace de dos formas, por el constitucional, el cual puede anular normas si estas incumplen su constitucionalidad (aunque este está fuera del Poder judicial, por lo que es discutible que sea una capacidad, la de hacer esto, no se prorroga al judicial), además la jurisdicción ordinaria puede expulsar normas, si estas contradicen, a una de mayor grado.

5. **El pacto de la autonomía de la voluntad como fuente del derecho**, este no es recogido por nuestro ordenamiento como una fuente, pero si es plausible preguntar si lo es, este además aparece en España, bajo la denominación de **autonomía de la voluntad**, muchos juristas consideran que el pacto no es una fuente (en España) por dos motivos:

1. La capacidad a la autorregulación es otorgada por la legislación, por lo que al derivar del código civil y del código de comercio, es **la autorización estatal, la que sería la verdadera fuente**. Además los ciudadanos pueden sustituir, normas en estos contratos pero solo los de derecho dispositivo, dado que los de derecho imperativo no son modificable. (Recordemos la clasificación del tema anterior).
2. Además la vinculación de la autonomía de la voluntad, **es solo aplicable** al sujeto que manifiesta su voluntad de obligarse, o **a las partes implicadas**, dejando sin vinculación a **cualquier tercero**, para los cuales **carecería de efectos jurídicos**.

¹⁴ La judicatura es un órgano no jerarquizado, es decir no hay ningún juez sobre otro juez, cosa que por ejemplo ocurre en la fiscalía la cual si está jerarquizada. Se dan además dos tipos de jurisprudencia: la jurisprudencia estricta, creada por el tribunal supremo, y la jurisprudencia menor, creada por cualquier audiencia, esta es menos importante.

Luego podemos ver ciertos matices, como son los convenios de trabajadores, los cuales afectan a un grupo mas amplio que no ha participado, o las autorregulaciones de la luz y las telecomunicaciones, las cuales afectan a terceros, además tenemos otro matiz que son los contratos o términos de contratación de ciertos servicios, los cuales, plantean los términos de forma unilateral, así como para facilitar la transaccionalidad internacional, encontramos conjuntos de reglas desarrollados por organismos profesionales, como son la Cámara de comercio internacional, la cual desarrolla practicas contractuales, que gracias a su uso y difusión, llegan a tener importancia adquiriendo uniformidad y carácter de normas jurídicas sui generis: la llamada *lex mercatoria*.

Aun así según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 octubre de 1997 se afirma que aun siendo útiles estas normas en el mundo comercial, financiero, estas complementan la voluntad contractual pero no son parte del ordenamiento jurídico. Por lo que estas serian directrices jurídicas.

Luego antes de finalizar vamos a decir que la voluntad solo se da en el ámbito privado, pero se puede dar en el publico solo para los tratados internacionales, es decir en el derecho internacional público.

2. La entrada en vigor y la derogación de las normas

Una vez una norma es desarrollada por los organismos competentes, siguiendo los procedimientos y contenidos requeridos en las fuentes de derecho, se **la considera valido**, aun así son necesarios otros requisitos para que la norma obligue a todos los ciudadanos y a los poderes públicos.

Por ello es necesario saber cuando esta obtiene la capacidad de **desplegar sus efectos con plenitud y vigencia**, es decir la entrada en vigor, por lo que es una **cuestión temporal**.

En esta cuestión es muy relevante el **distinguir** entre las normas **desarrollada por el poder político**, con las que son **creadas por las costumbres y los principios**. Dado que en estos últimos no podemos señalar un inicio concreto a partir podamos decir que la norma comienza a obligar.

En nuestro ordenamiento son necesarios varios actos para conocer el momento de entrada en vigor de la norma.

Si se trata **de una norma aprobada por las cortes generales**, debe **ser sancionada y promulgada, por el Rey**, según lo recogido en el artículo 91 de la constitución. Esto es una costumbre que proviene de cuando el Rey compartía poderes legislativo, pero no hay que equivocarse dado, que hoy España es un estado de soberanía popular, y el rey esta obligado a la sanción de la norma, y no puede negarse a otorgarla.

La promulgación no es mas que una información que se le da a los ciudadanos y a las autoridades de la aprobación de la ley.

Luego de **mayor importancia es su publicación** una norma debe ser conocida, sino difícilmente puede ser empleada y aplicada. Esta para que se un conocimiento general y seguro debe aparecer en una publicación especifica para esa finalidad, en España es **el Boletín Oficial del Estado (BOE)**, hasta que esta no se publica carece de efecto, aunque sea válida, el momento de **la publicación es el que marca el inicio de la vigencia normativa**. Según el artículo 2.1 de Código civil, se establece:

- † Que **con carácter general** (si la norma no indica nada), el plazo de entrada en vigor será de **20 días naturales desde su publicación** (en el BOE), este periodo es denominado **vacatio legis**, si la norma se publicara debido a su extensión en varias publicaciones, empezaría a contar el plazo a partir de la última publicación.
- † Con **régimen específico previsto por la norma**, se pueden dar varias situaciones, entrada en vigor **en el mismo día de la publicación, al día siguiente, en una fecha específica, o en un plazo diferente al vacatio legis**.

En otras normas emanadas de decisiones generales estatales (~~no legales en sentido estricto~~ → ~~no aprobada por las cortes generales~~), varían los requisitos, es decir, puede no ser necesaria la sanción ni la promulgación, pero la **publicación siempre es un aspecto fundamental**.

Una vez ley es publicada, y entra en vigor, es plenamente aplicable y obligatoria, hasta que la vigencia se pierda, esto se da debido a que se cumple el plazo de vigencia de esta, caso de los presupuestos cuya vigencia es de 1 año, o que otra ley posterior **indique el fin de vigencia de la anterior** a esto se le llama **derogación**. En materia de derogación, esta no significa que la ley derogada deje de ser válida, ni que las que esta pudo derogar en su momento vuelvan a estar en vigor, por lo que esto no ocurre, simplemente siguen todas sin vigor, por lo que además la derogación se puede dar de varias maneras, la primera es **la derogación expresa** la cual no presenta problema, dado que indica que leyes quedan derogadas, mientras la segunda que es **la derogación expresa indeterminada**, presenta más dificultad, dado que señala que quedan derogadas todas las leyes que sean incompatibles con esta, esto deja espacio a la interpretación, sobre todo a la de los jueces, la tercera es la que muestra más dificultad esta es **la derogación tácita** la cual tiene lugar cuando la norma, no señala nada al respecto, en estos casos y dado a que el paso del tiempo no otorga ninguna ventaja ni a la más nueva ni a la más antigua, para la ciencia jurídica diremos que tenemos un problema considerado como **antinomia esto se verá en el próximo tema**.

Aunque quizá el mayor problema que provoca la derogación sea la **retroactividad de las normas**, en primer lugar hay que saber que la norma derogada sigue siendo válida, aunque no esté en vigor, luego las normas nuevas o reglamentos están hechos para problemas futuros, aun así se puede dar que la norma nueva, tenga efectos sobre situaciones que han ocurrido al amparo de la ley derogada, en estos casos **,se puede dar la siguiente clasificación, establecida por Federico castro:**

- 1) **Retroactividad en grado mínimo**, se produce cuando la norma nueva se pronuncia ante una situación **ya regulada en la anterior norma**. Esta no implica ninguna dificultad en nuestro ordenamiento.
- 2) **Retroactividad en grado medio**, se da cuando la norma nueva se aplica **a efectos nacidos antes de su puesta en vigor, luego estos se ejecutan después de que esta ya esté en vigor**. Estas están permitidas en nuestro ordenamiento, pero con una cautela que se dan en el artículo 9.3 de la constitución, por el cual no se podría usar de forma más restrictiva a los derechos individuales..
- 3) **Retroactividad en grado máximo**, en este caso la ley nueva tiene efectos sobre, lo ya ocurrido con la antigua ley, en nuestro ordenamiento no está permitido, aunque la jurisprudencia la permite solo en casos muy concretos, el único caso dado hasta el momento es el de las tarjetas revolving, por lo demás se prohíbe en base al artículo 9.3 de la constitución.

Además en este artículo se recoge que la retroactividad es a favor del implicado (Ley antigua 3 años, ley nueva 4 años, sigue usando la vieja, ley nueva 5 años ley vieja 7 años, usa la nueva, esto mientras el caso no sea cosa juzgada).

3. La eficiencia de las normas

La consecuencia inmediata de la existencia de una norma jurídica válida y vigente es su capacidad para vincular el comportamiento ciudadano: la existencia del deber jurídico. Una vez que la norma está vigente obliga a todos. Como indica que art. 6 del Código Civil, **“la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”**. Esto no implica que el ciudadano tenga la obligación de conocer todas las normas del ordenamiento, sino que la norma vigente debe ser cumplida.

Como principio general en nuestro ordenamiento **el desuso no deroga** una norma jurídica que provenga de la decisión general del poder político. Las normas emanadas de un procedimiento formalizado, como las leyes, sólo puede ser derogadas por normas de igual rango o de rango superior. Evidentemente el desuso sí acaba con la existencia de la costumbre. Pero no se admite en nuestro ordenamiento la denominada **costumbre contra legem**, es decir, la validez de una costumbre contraria a una norma jurídica emanada de la decisión del poder político.

LECCIÓN 4, EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO

1. La supuesta unidad de las fuentes del derecho

Algo que lleva apareciendo en el tema anterior, es la palabra ordenamiento, para nombrar a un conjunto de normas, esto tiene un trasfondo teórico muy complejo, del cual veremos sus aspectos más básicos. Hemos visto que el derecho tiende a asociarse con un conjunto de normas, aunque estas formen un conjunto heterogéneo, esto no ha impedido que las normas aparezcan formando una estructura organizada, esta es la llamada ordenación jurídica, esta tiende a llamarse habitualmente como **ordenamiento jurídico**¹⁵, esto es usado normalmente como sinónimo del derecho, pero no es así, dado que el ordenamiento, lleva implícitas ciertas características, sobre la forma de organizar el derecho, la primera es que este se ha concebido como sistema de normas, luego, este está estrechamente relacionado con la política, debido a que comprende las normas redactadas por el poder estatal, de un determinado estado, y las cuales son aplicables a los ciudadanos dentro del territorio que este gestiona.

Con lo que los conceptos de estado y sistema, son conceptos que debemos dilucidar, el primero de estos, **el concepto del ordenamiento jurídico**, lo vamos a ver a través de la exposición de Santi Romano, por lo que vamos a ver rápidamente sus líneas generales, entre las cuales vemos como el autor pretende realizar una construcción de derecho público general. Partiendo de la noción de derecho objetivo (es decir, del conjunto de reglas jurídicas) se llega a la idea de ordenamiento jurídico, que es sinónimo de Institución Jurídica, y se resalta además el carácter organizativo que presenta el concepto. Una Institución Jurídica que es un conjunto de normas y relaciones jurídicas ordenadas en torno a una idea común. Por tanto, el derecho objetivo, idea matriz a la que Romano reduce el Ordenamiento Jurídico, tiene significado primordial de organización. En el derecho Romano añade los conceptos de:

1. El concepto de orden social.
2. La idea de orden social.
3. La idea de organización.

Por lo que para Romano toda manifestación de convivencia humana está regida por derecho, con la que constituye un ordenamiento jurídico.

Luego con respecto a la idea o **concepto de sistema**, vamos ahora a precisar un poco algunas de las características de la noción de sistema y de su aplicación al derecho:

1. En el sentido más general, un sistema es toda presentación organizada de la materia de una disciplina determinada.
2. No obstante, la mentalidad específicamente moderna (somos herederos) ha elaborado una noción de sistema más estricta:
 - Entender que el ordenamiento jurídico es un sistema estricto supone que todas las normas que lo componen pueden derivarse desde una norma suprema, que da sentido al resto.
3. Esta idea de sistema se unió a la teoría política que llevó a la creación del Estado como monopolista de la creación jurídica.
4. La mentalidad sistemática va de la mano de las llamadas Teorías Holistas del Derecho. Para estas teorías, con origen en Savigny y su idea de sistema como "totalidad orgánica".
5. Según este criterio, cuando por ejemplo un juez español resuelve un caso, no aplica solo una determinada regla, sino el "Derecho Español" en su totalidad, o lo que es lo mismo, el sistema jurídico en su conjunto.
6. Por lo tanto cree que el sistema jurídico es **una totalidad autosuficiente en materia de justificación**, lo que quiere decir entonces que el sistema contiene una respuesta correcta y única para cualquier caso que se le presente.

¹⁵ Es un neologismo importado incorrectamente, en italiano era ordinamento, cuya traducción correcta sería ordenación, pero el neologismo ordenamiento, está tan difundido (incluso en los textos legales) que sería inútil renunciar a su uso.

1-a. Unidad del ordenamiento jurídico

Se manifiesta de dos formas:

- la unidad puede ser **material**
 - La unidad material supone que todas las normas son concreciones del concepto supremo de derecho, es decir, de un contenido colocado en la cúspide del sistema.
Para comprenderlo es necesario tener en {p3 continuar con lo material}
- sistema en sentido **formal**
 - Es necesario tener en cuenta una aspecto fundamental de la realidad humana en general y de la realidad jurídica. Así como su diversidad y complejidad.

En una realidad compleja hay muchas facetas que pueden ser observadas de distintos puntos de vista. Esas facetas que se ven desde distintas perspectivas no siempre armonizan entre sí. Por tanto, la vida humana en el plano estrictamente personal, como en el social, posee esa complejidad. Por tanto, los hombres nos movemos por distintos fines, que a veces son contradictorios, aunque sigan siendo legítimos. Además, hay que saber que los mismos principios del de generales del Derecho o los principios constitucionales se pueden llegar a contradecir.

Además, se muestra una imposibilidad dado que no podemos atender toda la necesidad del tráfico jurídico mediante un solo principio, es decir, no podemos funcionar con 1 solo para todo el tráfico jurídico de la sociedad. Por tanto, no podemos ser totalmente sistemáticos.

Y que podamos hablar de que todo el conjunto del Derecho no responde a una sola idea y, en consecuencia, todo sistema es insuficiente. Es decir, las normas no provienen de una deducción de una verdad Suprema si no responden a las demandas que plantean las necesidades de la sociedad.

Para solucionar el problema que produciría la ordenación sistemática, algunos autores abogan por la denominada ordenación tópica. Este orden, diferente al sistemático, lo generan mediante una clasificación por materias y problemas específicos que facilitan la labor del jurista. Sin embargo, no clarifican debido a que simplemente. Facilitan la tarea del jurista para localizar los problemas determinados.

Luego no podemos olvidarnos de que el Derecho existe para resolver determinadas necesidades sociales, de ahí es que nazcan las normas y es lógico que éstas se ordenan según los problemas que resuelven. Pero no es posible hacer un sistema unitario debido a que el orden jurídico necesita tener una estructura abierta, dado que surgirán cuestiones nuevas y será necesario instituir otros principios y normas según las exigencias más recientes.

Por lo visto podemos decir que el sistema en sentido material no parece posible de ejecutar, por tanto, ahora vamos a ver el sistema en sentido formal.

El sistema en sentido formal también hace referencia a un único punto de vista del cual deben derivarse todas las normas. Pero en este caso se trata de un centro originario, productor de normas, según esta aceptación del sistema, estaríamos ante la cuestión política, es decir, nos estaríamos refiriendo a que la clave del ordenamiento reside en el Estado. Y de aquí surge el monopolio del poder sobre la población de un territorio determinado. Esta forma de organizar la vida política hizo diversas desaparecer la diversidad, fuentes políticas propias de las sociedades estamental. Siendo además consecuencia de la mentalidad estatista. que el ordenamiento jurídico que se rija en un territorio determinado sea único, al igual que el poder estatal, igualmente único.

Con lo dicho, nos estaríamos refiriendo a que cualquier ordenamiento rival o de otro Estado, siendo así el Derecho Canónico y Normas Consuetudinario solo podrían ser derecho en ese territorio, en la medida que el derecho del Estado los reconozca los o les consientas su existencia.

1 de los principales intentos teóricos para explicar el derecho según el modelo formal. Es el de **Hans Kelsen**. Lo que quiere Kelsen quiere decir es que la norma jurídica tiene tal carácter porque no procede de una voluntad cualquiera, sino que procede de una voluntad que ha sido especialmente autorizada para crear normas, es decir. Que la norma jurídica sea el producto de la voluntad que tiene la competencia de crear normas en virtud de una norma superior para explicar la diferencia entre 2 sistemas, el estático y el dinámico.

- **Extático.** Se considera que el contenido de un nivel del sistema se produce del contenido de un plano superior mediante su concertación. Basado en la coherencia entre los contenidos.
- **dinámico.** En éstas no tiene por qué existir la interrelación anterior, sin embargo, en estas consideramos que una norma pertenece al ordenamiento jurídico, no por su adecuación. Sino por haber sido creada según el procedimiento establecido en la norma superior.

Mediante este sistema consideramos que la norma es válida porque ha sido creada según una norma superior y está a su vez tiene el carácter de norma jurídica por que otra superior autorizó su creación y así sucesivamente. Sin embargo, cuando llegamos. Al pináculo, en el cual se encuentra la norma superior sobre la que no hay ninguna que suele ser la Constitución, Encontramos que esta carecería de validez mediante esta teoría.

Por tanto, según él, sin veríamos como la validez de todas las normas de un ordenamiento, salen de la Constitución y está a su vez se funda en la norma básica hipotética.

El concepto de la norma básica hipotética es el de la norma, que aceptan todos como válida en una sociedad. Provocando que en sí se genere la Constitución a través de instalada la validez del grupo en general. Basándose en la presunción de que los ciudadanos y profesionales actúan como si existiera una norma según la cual la Constitución y las normas que derivan de ellas son válidas. Es decir, se presupone que hay que comportarse tal y como prescribe la Constitución.

Luego tendríamos la explicación de **HLA Hart**, Art defiende la descripción del ordenamiento como un sistema formal que alcanza su cúspide en la norma de reconocimiento. Sin embargo, la validez de la norma de reconocimiento es otra cuestión. Esto es debido a quejar. Considera que la idea de que él es cierta, pero incompleta. Hart matiza más que Kelsen y añade que hay una aceptación de que la condición de que los ciudadanos en global el conjunto íntegro del país. Consideré como obligatoria la norma es necesaria para que podamos hablar de la existencia de un sistema jurídico. Por tanto, la relación entre los preceptos Morales y los jurídicos es accidental y depende de la decisión de un poder constituyente.

Hart consideró que se deben dar ciertas condiciones para que un ordenamiento se aplique si problema. La primera de estas condiciones es que las reglas tienen que restringir de alguna manera el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, es decir, de las acciones que los seres humanos sienten tentados a realizar, pero que tienen en general que reprimir para poder coexistir en proximidad unos con otros. Además, art defiende un formalismo matizado el ordenamiento es un conjunto de normas que obedecen a una forma de producción establecida en la norma Suprema. Pero al mismo tiempo, sin la referencia ciertos principios que motiven la adhesión ciudadana, el ordenamiento no podría sostenerse sobre sí mismo. Eso no implica que estos principios tengan que constituir un sistema en sí.

Una unidad entendida de forma rigurosa no puede identificar de manera completa la realidad del Derecho, es decir, no podemos ver el derecho de forma rígida. Nuestro ordenamiento jurídico goza de cierta unidad (Códigos, leyes, etc.).

Sin embargo, a pesar de la insuficiencia de la manera formalista de ver el sistema jurídico, no podemos rechazar sin más la idea del ordenamiento desde el punto de vista formal, dado que si lo hiciéramos provocaríamos un caos jurídico. Por tanto, es necesario que existan puntos de referencia fijos para saber quién es el creador de la norma. Y por eso es tan importante el papel de las normas constitutivas, que se refieren a las fuentes del Derecho.

Sin embargo, el sistema sigue presente en cuanto al reparto de competencias, norma Dora, pero con fisuras. La respuesta a la cuestión depende del sector del ordenamiento en el que nos movamos en muchos campos de la vida jurídica. Las directrices normativas proceden de una estructura de fuentes, organizada según los principios de jerarquía y competencia, y coronada

por la Constitución en otros como del comercio internacional, las fuentes ociosa pero eficaz. Y por tanto, real es la autorregulación de los interesados aquí, la descripción formal-estatalista del ordenamiento no es adecuada para describir la jurisdicción.

1-b. La plenitud del ordenamiento jurídico.

Según reza esta característica, el ordenamiento es capaz de resolver todos los problemas que se presenten. Esto puede entenderse en el sentido de que las normas poseen ya las respuestas para todos los casos, pero eso no es más que un ideal inalcanzable, aunque en otras épocas algunos juristas hayan pensado así.

Puede haber asuntos nuevos en los que están en juego bienes que deben ser protegidos aunque no estén recogidos expresamente en una norma; no es lícito afirmar que pertenecen a una zona de no-derecho.

Ante esta realidad innegable, los defensores de la plenitud del ordenamiento afirman que éste arbitra medios para solucionarla. Esos medios (analogía, interpretación extensiva, etc.) permitirían extraer una respuesta novedosa desde las normas ya existentes. Por tanto, el jurista o el juez que quieren solucionar la controversia no deben crear una nueva regla, sino derivarla a partir de las ya existentes.

Según los defensores del orden sistemático, la fuente primaria del derecho (la decisión general de un órgano estatal) era capaz de proporcionar todas las respuestas explícitas e implícitas; los jueces, encargados de resolver disputas, se limitaban a aplicar las normas existentes. Sin embargo, la experiencia muestra que estas pretensiones del ordenamiento son un tanto vanas.

No sólo aparecen problemas nuevos que no pueden ser resueltos por las normas legisladas, sino que éstas suelen ofrecer con más frecuencia de la deseada ambigüedades en el momento de su aplicación; en tales momentos, el juez se ve obligado a utilizar criterios, principios, métodos, valoraciones, etc. no previstos por el legislador pero necesarios para resolver el problema; inevitablemente el juez deviene en sujeto determinante del derecho para el caso concreto, y a veces parte de los criterios jurídicos empleados en esa tarea son extra sistemáticos.

Por tanto, estamos viendo cómo las ideas de plenitud se matizan bastante.

2. Las antinomias.

Es otra matización aparte del anterior de la idea de plenitud, Estas son poco habituales y cuando se dan tienden a ser parciales o Aparentes.

Para preservar la unidad resultan fundamentales las ideas de orden, jerarquía y competencia. El ordenamiento jurídico contiene un conjunto de normas que guardan entre sí relaciones de dependencia, sobre todo de tipo jerárquico y competencial. De esta idea deriva la tesis de la coherencia del ordenamiento, según la cual no serían posibles las contradicciones entre normas. De hecho, resulta imposible que un ordenamiento jurídico carezca de tales contradicciones y sea perfectamente coherente. Esos fallos dan lugar a las llamadas antinomias. **Una antinomia es la situación en la que dos normas válidas pertenecientes al mismo ordenamiento regulan de manera incompatible los mismos hechos.**

Por tanto, podemos ver las antinomias de 2 formas:

† Medida por grados:

1. **Total**, cuando ninguna de las normas puede ser aplicada sin chocar con la otra.
2. **Parcial**, si hay casos y ámbitos en los que las normas no entran en contradicción entre sí.

† Dividida en aparentes y reales:

1. **Aparentes**. En ellas no hay un problema de incoherencia.

Lo que ocurre es que una norma es válida y la otra no. Estos problemas se resuelven mediante dos criterios: el de la jerarquía y el de la competencia.

1. En el de **Jerarquía**, que tradicionalmente rezaba lex superior derogat inferior, supone que la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior.
2. En el de **competencia**, que en principio no presenta muchas dificultades: cuando hay dos normas que se ocupan de un mismo asunto, y sólo una de ellas ha sido elaborada por el órgano competente, prevalece ésta. A veces es difícil deslindar el ámbito competencial, y para ello es precisa una labor interpretativa; por ese motivo el criterio de competencia no es tan fácil de manejar como el de jerarquía.

Recordemos que la Constitución, es la norma encargada de las fuentes del derecho y regula este asunto.

2. **Reales**. Son las antinomias en sentido estricto: las contradicciones surgidas entre normas válidas.

Los criterios más habituales para resolverlas son el de prevalencia, el cronológico y el de especialidad:

1. **El de prevalencia** se emplea cuando las normas conflictivas pertenecen a diferentes sectores del ordenamiento, pero ambas tienen atribuidas la misma competencia según lo previsto en las fuentes del ordenamiento.
2. **El cronológico**, expresado en latín como *lex posterior derogat prior*, soluciona contradicciones entre normas del mismo rango y sector jurídicos, pero nacidas en momentos diferentes. La solución consiste en la aplicación de la norma posterior en el tiempo.
3. **El criterio de especialidad** (*lex specialis derogat generalis*) se utiliza cuando las normas contradictorias son del mismo rango y tratan la misma materia, aunque una lo hace de manera más específica que la otra.

Cuando se dan una colisión de varios criterios de éstos se utilizan las siguientes **pautas para resolverlo**:

-El **criterio cronológico** cede normalmente **ante cualquier colisión con otros criterios**; el de prevalencia, competencia, jerarquía o especialidad se suelen imponer sobre el cronológico.

-El **criterio jerárquico** se impone **siempre sobre el cronológico y generalmente sobre el de especialidad**.

-El **de competencia y el de jerarquía son incompatibles**. Si dos normas legales en sentido estricto tienen ámbitos competenciales diferentes, no pueden tener relación jerárquica entre sí. En general el criterio de competencia se impone sobre todos los demás.

-La posición **del criterio de especialidad** es difícil de precisar. **A veces cede ante el cronológico** y a veces incluso puede imponerse sobre el jerárquico.

3. LAS FICCIONES JURÍDICAS.

Decimos que una ficción jurídica es un procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ley, se toma por verdadero algo que no existe o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica. Por tanto, ahora vamos a ver las definiciones de 2 autores, y luego determinaremos definiendo lo que son las ficciones jurídicas.

- Φ **Ihering**, pensaba que las ficciones eran recursos similares a las muletas que eventualmente pudiéramos utilizar para caminar, y entendía que la ciencia jurídica no debería recurrir a ellas. Pero añadía: entre tanto no prescindimos de ellas, es mejor que la ciencia (jurídica) vaya con muletas a que resbale sin ellas o que no se atreva a moverse.
- Φ **Jeremy Bentham**, afirmaba que era una "sífilis que corre por todas las venas y lleva a todos los rincones del sistema la podredumbre", aunque llega a admitir que hubo un tiempo en el que quizá pudieron tener utilidad.

Podemos decir **que una Ficción jurídica es una suposición que es conveniente, esto es, cumple un fin que es aceptable, bueno, útil. Y que además de todo lo dicho, la suposición es conscientemente falsa**. Sabemos que es falsa, y no es que no nos hayamos dado cuenta de que lo es. Lo sabemos, pero de todos modos la utilizamos, la traemos al derecho y operamos con ella. El derecho la asume, la acepta, la acoge benévolamente.

LECCIÓN 5, LA CONCRECIÓN DE LAS NORMAS

1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS: EL LLAMADO “SILOGISMO JUDICIAL”

Como veíamos al estudiar la decisión individual, la concreción de la norma plantea, a veces, alguna incertidumbre. Para entenderla mejor podemos distinguir dos planos en la realidad jurídica. El primero está compuesto por las normas, que tienen carácter general, y establecen las pautas para determinar la regulación jurídica de una situación concreta.

En efecto, los asuntos humanos que forman la trama del derecho pueden presentar tantas variedades y modificaciones circunstanciales que resulte imposible preverlas completamente desde un precepto general.

Esto no implica que tales normas sean inútiles; al contrario, la experiencia muestra que los problemas jurídicos suelen presentar características repetidas, que permiten establecer directrices para su solución.

Si la norma tuviera que recoger todas las variaciones posibles de un caso, sería una norma inacabable y por tanto inútil. Es mejor elaborar la pauta con una solución genérica y luego procurar adaptarla a las circunstancias concretas. **De ahí que la respuesta a un problema jurídico no siempre esté contenida completamente en la norma general.**

Si el derecho equivaliera exactamente al contenido de las normas no existiría incertidumbre ante el resultado de un proceso; del mismo modo, no admitiríamos que un abogado perdiera un juicio sin considerarle un inepto. Sin embargo, la experiencia muestra que no es posible predecir con exactitud el sentido de una sentencia judicial; tampoco es lícito acusar siempre de incompetencia a todo abogado que pierde un asunto.

Durante mucho tiempo se ha creído que la interpretación y aplicación del derecho eran actividades secundarias y escasamente importantes. El derecho estaba ya completo y acabado en la legislación, y el juez debía limitarse a aplicarlo a la situación enjuiciada mediante un simple silogismo; en esa aplicación no se añadía nada nuevo, tan sólo se especificaba la disposición general contenida en la ley; **pero hoy casi nadie admite que el juez sea simplemente el aplicador mecánico de la ley**, salvo en los casos más sencillos.

Ante ellos, la teoría jurídica ha adoptado dos actitudes:

1. La primera **es escéptica: la ley es incapaz de determinar la solución al problema jurídico y es el aplicador (el juez) el que ha de completar la regulación legal insuficiente**; para ello introduce principios morales, ideas, valores, prejuicios, etc. que le llevan a decidir en un sentido u otro. Para esta actitud el juez es creador del derecho y, a causa del carácter frecuentemente emotivo y poco racional de los criterios empleados en la decisión, el derecho no es más que el conjunto de decisiones de los jueces, en ocasiones bastante impredecibles.
2. La otra tendencia también **admite la insuficiencia de la ley en ciertos momentos, pero en cambio, cree posible establecer algún tipo de procedimiento** capaz de racionalizar el proceso decisorio del juez.

1.2. Las fases del “silogismo judicial”.

Son los procesos e instrumentos empleados para conocer la solución de una cuestión jurídica. Conviene advertir que los aplicadores de las normas somos todos; en ese proceso colaboran ciudadanos en general, abogados que elaboran contratos o notarios que redactan escrituras públicas. Sólo cuando se suscitan controversias se acude a los jueces, a estos se le estudia detenidamente, **debido a la importancia de las resoluciones judiciales** que **reside no sólo en que zanján con autoridad**

pública una controversia, sino en la estructura misma de sus decisiones; en ellas se muestra la complejidad de argumentos contrapuestos y se hace visible la tensión entre lo general y lo particular en el derecho.

Sin embargo, la **actuación judicial** no es la única clase de concreción de normas: la **norma administrativa** permite al órgano decisor una mayor discrecionalidad; en esos supuestos sí es preciso argumentar de una manera más abierta y flexible, aunque nunca arbitrariamente; el funcionario tiene que moverse igualmente dentro de los requisitos, conceptos y principios del orden jurídico en general y de la ley aplicada en particular. También hay que tener en cuenta que en **la vida cotidiana no sólo se aplican normas procedentes del poder político estatal**. Los contratos, los estatutos de una sociedad o los testamentos, por citar algunos ejemplos.

Nos vamos a centrar por faltas de tiempo en la actuación judicial.

Durante mucho tiempo se ha descrito esa aplicación del derecho mediante el tipo de razonamiento lógico llamado silogismo. La forma más conocida es el denominado modus barbara que posee la siguiente estructura:

premisa mayor-premisa menor-conclusión.

El ejemplo típico es el siguiente: todos los **hombres son mortales-Sócrates** es un **hombre-Sócrates es mortal**

Porque la **utilización de un silogismo requiere previamente tener listas las premisas** y ésta no es una tarea tan sencilla, que muchas veces han de ser construidas por el órgano decisorio.

Es cierto que en algunos casos la sentencia judicial responde de manera muy precisa a esa estructura sin requerir elaboraciones especiales. Son los casos llamados “isomorfos”, en los que el hecho concreto enjuiciado responde de manera muy precisa al supuesto de hecho de la norma, y ésta prescribe una consecuencia jurídica simple. Este tipo de casos son más frecuentes en el ámbito del Derecho Público. Los casos poco (o nada) problemáticos suelen consistir en asuntos numéricos.

Aunque esas distintas fases de la “aplicación” del derecho pueden separarse con una finalidad analítica, lo cierto es que en la realidad forense no se presentan de manera independiente.

Jerzy Wroblewski al indicar que la decisión final que dispone sobre un caso está compuesta por diferentes tipos de decisiones particulares. En primer lugar, es preciso establecer la premisa mayor; para conseguirlo tenemos que determinar cuál es la norma válida aplicable (decisión de validez) y cuál es su significado (decisión de interpretación). En segundo lugar hay que construir la premisa menor, es decir, precisar los hechos del caso (decisión de evidencia). Finalmente, hay que llegar a una conclusión subsumiendo los hechos del caso bajo la norma aplicada y determinar sus consecuencias jurídicas (decisión final).

Aunque esas distintas fases de la “aplicación” del derecho pueden separarse con una finalidad analítica, lo cierto es que en la realidad forense no se presentan de manera independiente; normalmente pensamos que el razonamiento discurre de forma necesariamente sucesiva desde el inicio hasta el final. Sin embargo, el razonamiento práctico no suele desenvolverse así.

Muchas veces la determinación de las premisas está influida por el posible resultado derivado de esa conformación particular de la premisa.

Y una vez seleccionado el resultado más correcto, elige la interpretación conveniente para llegar a ese resultado. Esta idea es fundamental: **en la razón práctica, la conclusión puede anteceder a las premisas de la argumentación.**

1-a La formación de la premisa mayor.

1. Decisión de validez

Como acabo de señalar, la primera fase es la conformación de la premisa mayor o norma aplicable. puede ser relativamente fácil en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que existen normas (las que regulan las fuentes del derecho) para saber qué normas están vigentes y cuáles no. Además, la sistematización externa en distintas ramas (Civil, Mercantil, Administrativo, etc.) facilita la labor del jurista. Aquí su experiencia

cuenta bastante: le bastará con echar un vistazo al caso para saber dentro de qué institución ubicarlo y cuáles son las normas que lo regulan.

Para conocer esas normas se recurre a los criterios de validez y vigencia, que hemos visto en las lecciones 3 y 4. Usualmente esta tarea no requiere valoraciones, sino que tiene un carácter más bien técnico.

2. Decisión de interpretación.

Interpretar es una tarea mucho más complicada que la anterior. En un sentido genérico, significa comprender el sentido de un texto. En el ámbito jurídico el objeto de la interpretación no es otro que conocer lo que dice la norma entendida rectamente.

También es necesario interpretar directrices diferentes a las legales, como los contratos y demás negocios jurídicos, sin embargo, nos ceñiremos sólo a la interpretación de normas generales procedentes del poder político llevada a cabo por los jueces.

En este sentido, la interpretación ha sido clasificada según el intérprete en:

- a. **Auténtica:** es la que hace el propio autor de la norma, mediante otra norma de igual rango. Hoy día tiene importancia escasa.
- b. **Usual o judicial:** es la que realizan los jueces y tribunales cuando aplican las normas jurídicas.
- c. **Doctrinal o científica:** la hacen los teóricos del derecho. Aparentemente, no tiene carácter vinculante como las dos anteriores, pero de hecho tendrá gran influencia en la medida en que los tribunales la asuman o los particulares adapten a ella su comportamiento en el tráfico jurídico.

En el derecho nos encontramos frecuentemente con los problemas interpretativos debido, entre otros motivos, a que el lenguaje empleado no está formalizado como el de las matemáticas y emplea términos cuyo significado no está fijado de una manera estricta. La ambigüedad de las palabras contenidas en el lenguaje jurídico (que es en su mayor parte lenguaje usual) puede llegar a ser mucho más considerable de lo que parece a simple vista. Es relativamente frecuente **que un término jurídico sea susceptible de diversos significados**. Al respecto debemos tener en mente la diferencia existente entre las normas según sus condiciones de aplicación sean más o menos abiertas; cuando son muy abiertas, la interpretación es particularmente dificultosa.

Lo cierto es que, salvo en casos sencillos, el juez puede tener a su disposición diversos significados y verse obligado a decidir cuál es el más adecuado. Por eso habla Wroblewski de “decisión de interpretación”.

Desde la época romana la ciencia jurídica ha discutido sobre esta cuestión y el número de criterios elaborados por la ciencia jurídica es abundante. Para simplificar un poco empezaremos por estudiar los criterios que aparecen recogidos en el Código Civil, que se aplican a todo el ordenamiento jurídico español.

El art. 3.1. prescribe que las normas se interpreten según el “sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”

1) El sentido propio de las palabras o significado gramatical de las palabras de la ley.

Atiende al significado lingüístico de las palabras. La interpretación debe atender a ese significado, pero no siempre es fácil establecerlo.

A veces sí se utilizan algunos términos técnicos especializados, pero también emplea una gran cantidad de términos propios del lenguaje común. Y, al igual que el lenguaje común, el jurídico está lleno de ambigüedades e imprecisión.

De ahí que normalmente los tratados sobre esta cuestión diferencien entre:

1. Amplia o extensiva.
 - Acepta el sentido de las palabras de la ley de la forma más amplia posible.
2. Interpretación estricta o restrictiva.
 - La interpretación estricta decide que la ley sólo cubrirá el espectro más pequeño.

Si damos a las palabras de la norma un sentido completamente nuevo, no estamos interpretando, sino distorsionando la ley

2) Los antecedentes históricos y legislativos

Hace referencia a la existencia de regulaciones anteriores del mismo asunto o a los trabajos y discusiones preparatorias de la norma interpretada. Su importancia como elemento de interpretación no es muy grande en la práctica.

3) Los fines de la ley

Si una norma ha sido elaborada con la intención de regular un sector de la vida social en un sentido determinado, resulta preciso atender a esas intenciones a la hora de saber qué quiere decir exactamente la ley.

Baste señalar que es muy complicado emplear este criterio. De hecho, a veces los jueces camuflan sus verdaderas opiniones personales acerca del sentido de las palabras de la ley bajo una supuesta intención del legislador, que, en realidad, no puede ser conocida.

4) La realidad social o criterio sociológico.

En primer lugar es preciso señalar que este instrumento metódico no equivale a las circunstancias del caso concreto que ha de ser resuelto; la realidad social hace referencia a una situación de carácter general. Es necesario que se trate de una mentalidad o situación notoria que afecte a la sociedad en su conjunto o a un sector específico que resulte relevante en el asunto enjuiciado.

Además debe ser empleado con precaución, **porque no implica introducir un significado nuevo en la ley procedente de la actual situación social**. En efecto, el juez no está autorizado a crear una nueva norma alegando que la situación social es diferente a la existente en el momento de promulgar la norma en cuestión y que, en consecuencia, el precepto dice algo que en realidad no dice.

Hay que tener en cuenta además que el criterio teleológico-objetivo está relacionado con el sociológico. Los fines de la ley deben tener en cuenta los cambios ocurridos en el entorno social.

5) El contexto

Hace referencia a diferentes elementos. En primer lugar al caso enjuiciado. Un texto no puede entenderse en solitario, sino referido a una situación específica. A partir de la configuración de esa situación es posible solucionar los problemas de ambigüedad. Una palabra o una frase que, en abstracto, pueden significar muchas cosas, obtienen un significado razonablemente cierto cuando se emplean en una situación concreta. De él deriva otro de importancia grande en nuestra cultura jurídica, como es la interpretación según constitución.

Interpretación según la constitución, es un instrumento metódico más reciente que los anteriores, y parte de la posición que tiene la Constitución como norma suprema del ordenamiento. Esa conformidad se manifiesta de diferentes maneras:

- en la exigencia de tener en cuenta los preceptos constitucionales en el momento de interpretar la norma
- A la hora de elegir la interpretación más acorde con la Constitución debemos tener en cuenta que este texto normativo también requiere interpretación
- Este criterio interpretativo también desempeña un papel importante en la declaración de inconstitucionalidad de normas anteriores a la promulgación de la Constitución.

Este análisis de los criterios interpretativos no pretende ser exhaustivo, porque el Código Civil no hace una enumeración completa.

Es cierto que **a veces pueden establecerse ciertas ordenaciones de criterios**, según sectores y ramas del ordenamiento. En las normas de carácter sancionador la primacía la tiene la interpretación literal. En el Derecho público en general la interpretación suele ser menos flexible que en el Derecho privado debido a la importancia que tiene en el primero el principio de legalidad, mientras que el segundo está más abierto a la autonomía de la voluntad y a las variaciones de los contextos

sociales y problemáticos. A pesar de esas precisiones, **no existe una jerarquía general que sea válida para todo el ordenamiento.**

1-b. La premisa menor: decisión de evidencia (la determinación de los hechos).

Esta parte del proceso puede parecer engañosamente fácil; sin embargo no siempre lo es, dado que no se trata de exponer unos hechos en bruto como si sólo quieres conocer la realidad, sino de establecer una situación que tiene relevancia jurídica. Esto quiere decir que no interesa conocer una verdad empírica sin más, sino la “verdad jurídica”. Lo que aparece en la premisa menor no es un puro hecho, sino un enunciado jurídico sobre un hecho.

Y conviene recordar que esa forma de configurar los hechos a veces no coincide con lo que se hace usualmente en otros ámbitos de la vida humana; esto causa extrañeza entre los profanos¹⁶ del derecho que a veces ven estas decisiones como incomprensibles o arbitrarias.

A veces, el conocimiento de los hechos se basa en reglas empíricas extrajurídicas (por ejemplo, el reconocimiento judicial o el informe pericial sobre una obra que puede acarrear peligros para los vecinos). Otras veces hay directivas legales de prueba: es el propio ordenamiento el que establece cómo han de ser entendidos procesalmente determinados hechos.

Hay que tener en cuenta que el mismo ordenamiento decide poner límites a los medios empleados en hallar la verdad.

En todo este proceso hay que contar también con las limitaciones de la capacidad humana: a veces hay fallos de percepción, y en otras ocasiones hay aspectos que no pueden ser conocidos por mucho esfuerzo que se haga.

Una característica adicional añade más complejidad a este asunto. Los hechos del caso no pueden establecerse con independencia de la norma. La separación estricta entre “cuestiones de hecho” y “cuestiones de derecho” es un tanto artificiosa.

1-c. La conclusión: decisión sobre la aplicación (las consecuencias jurídicas)

Una vez determinada la premisa mayor –el precepto aplicable- y el supuesto de hecho –que no es lo mismo que el hecho en bruto- hay que determinar qué consecuencias jurídicas acarrea ese supuesto de hecho.

El jurista debe ponderar los diferentes resultados y elegir el que le parezca más razonable, según la interpretación de la norma, las circunstancias del caso, los principios generales de esa rama del ordenamiento, etc. Por otra parte, la decisión última del caso no aparece sólo al final, sino que está presente desde el principio, como indicaba antes. A partir de lo explicado hasta ahora, no parece existir un método seguro para obtener la decisión jurídica.

Hay que tener en cuenta también las circunstancias y exigencias del problema, a cuya luz hay que utilizar esos argumentos. Conviene tener claro que el carácter abierto no implica arbitrariedad; aunque la respuesta no siempre proceda exclusivamente del texto legal, **será racional si emplea alguno de esos argumentos admitidos en el orden jurídico. Todo este conjunto puede garantizar que las soluciones judiciales sean razonables. Eso es precisamente lo que exige el Tribunal Constitucional para certificar que una determinada argumentación** respeta el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

en nuestro ordenamiento el jurista no tiene libertad argumentativa completa. Las normas elaboradas por los órganos políticos estatales imponen límites, aunque su significado no sea totalmente rígido a causa de los problemas interpretativos. **En el derecho el número de argumentos disponibles está restringido por las fuentes formales del derecho.**

En ocasiones resulta imposible llegar a una solución completamente segura. La disputa admite soluciones diferentes todas ellas racionales **en la medida en que se fundan en alguno de los argumentos admitidos.** En tal caso, tampoco quedará el asunto sin respuesta, porque el ordenamiento jurídico **prevé la existencia de jueces que tengan la última palabra,** en aras de

¹⁶ Externos al conocimiento jurídico.

la seguridad jurídica. Efectivamente, la legislación procesal establece un **sistema de recursos frente a las sentencias insatisfactorias**. Este procedimiento podría llegar hasta el infinito, ya que siempre será posible argumentar las cosas de otra forma. Para evitarlo, **hay una última instancia después de cuya intervención ya no es posible recurrir nada; sus decisiones tienen el efecto de “cosa juzgada” y no podrán ser objeto de revisión.**

2. LA ANALOGÍA

Debemos recordar que en España la ley exige a los jueces que resuelvan todos los asuntos que se presenten ante ellos y tengan relevancia jurídica. Sin embargo, es innegable que a veces la norma falta, y esto ocasiona ciertos problemas a la actividad judicial. Esa falta de norma se ha denominado tradicionalmente “**laguna**”. La laguna **es la deficiencia de regulación jurídica de un problema concreto o bien la falta total de una norma que se ocupe del asunto.**

Esta matización última es importante pues a veces el legislador ha decidido conscientemente no intervenir: aunque esa actividad humana podría estar normada jurídicamente, el poder legislativo decidió dejarla fuera del ordenamiento (el llamado “**silencio legal**”). En tal caso, **la cuestión no tiene carácter jurídico y el juez no puede intervenir.** Se trata entonces de un “espacio libre” de derecho, es decir aquellas facetas de la vida humana que son reguladas por la moral o por los usos sociales.

El juez no debería intervenir, ya que son competencia del poder legislativo. No obstante, en la realidad las cosas no son tan claras. En primer lugar porque **no es fácil distinguir las verdaderas lagunas del silencio legal.** Y en segundo lugar, porque, **aunque el legislador no quisiera regular esa materia, cambios en la vida social producidos desde entonces, pueden hacer necesaria una atención jurídica a esos nuevos problemas.** Si no es posible esperar a la creación de una norma nueva (los procedimientos legislativos son lentos), el juez tendrá que resolver y debe hacerlo sin crear una norma ex novo, ya que carece de competencia para crear normas generales.

Uno de los instrumentos para integrar lagunas judicialmente es la **analogía**. **Consiste en la aplicación de una norma a un supuesto específico distinto aunque semejante al que sí está regulado por esa norma.** Nuestro Código Civil dice expresamente que entre esos dos supuestos debe haber una “identidad de razón”. Es decir, el juez ha de observar que la norma recoge una exigencia de justicia que también está presente en el supuesto no regulado.

El art. 4.2 establece que “leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal” no se aplicarán a momentos ni supuestos distintos a los comprendidos expresamente en ellas, esto genera que, la falta de ley supone automáticamente que esa cuestión no tiene relevancia jurídica y el juez no puede acudir a otras instancias normativas, tampoco a la analogía.

En cambio en otros ámbitos jurídicos como el Derecho civil la posibilidad de usar la analogía es bastante amplia.

La doctrina ha distinguido entre:

- ⇒ **analogía legis** → se produce cuando se aplica una norma a un supuesto no comprendido en la misma.
- ⇒ **analogía iuris** → cuando no se aplica una norma singular, sino un principio de ese orden jurídico.

Esta segunda clase (analogía iuris) no es exactamente una forma de analogía, sino un supuesto de aplicación de principios generales, cuando no hay ley ni costumbre, o incluso de cierta creación judicial de derecho.

Cuando no hay norma aplicable directamente, ni susceptible de analogía, el juez ha de inducir la respuesta a partir de principios e ideas básicas del derecho. El juez deberá partir de los principios jurídicos que forman parte de ese ordenamiento, la regulación de instituciones parecidas, la práctica social que existe en esos asuntos, etc., y a partir de ahí elaborará la solución que crea más razonable.

Este fenómeno es más frecuente de lo que pensamos y cierto número de instituciones propias del derecho privado nacen de la mano de los jueces y no de los legisladores. Claro está que el juez no crea una norma general, sino una solución concreta

que, si se repite, podrá crear una doctrina jurisprudencial que en la práctica funciona de manera parecida a una auténtica norma jurídica; no en todos los sectores del ordenamiento el juez tiene el mismo margen de concreción creativa.

La analogía es un ejemplo más de la imposibilidad de establecer un método preciso en el derecho, porque el uso de la analogía requiere valoraciones por parte del juez. El empleo de la analogía confiere al juez un margen considerable para determinar el derecho. En cierto modo, está modificando la norma jurídica al extenderla a supuestos no previstos inicialmente. Si emplea la analogía iuris, no es disparatado decir que está creando una pauta nueva, aunque sólo aplicable al asunto enjuiciado.

Recordemos que los límites entre algunas clases de interpretación y la analogía son un tanto difusos.

En realidad, no es posible establecer fronteras muy estrictas entre la aplicación-concreción de normas, la interpretación extensiva, el uso de la analogía y la abierta creación judicial del derecho.

3. LA EQUIDAD

El Código Civil la recoge en el art. 3.2: **“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita”**.

La primera está unida estrechamente a la interpretación. En efecto, sirve para dar flexibilidad a la norma ante las exigencias del caso concreto imprevistas por el legislador o para evitar que una aplicación rigurosa de la norma produzca un resultado manifiestamente injusto.

La otra vertiente de la equidad supone que ésta es el único fundamento de la decisión. Esto sólo es admisible cuando la ley lo permita expresamente al juez o en los supuestos de arbitraje de equidad, en los que nuestro ordenamiento admite que una resolución pueda basarse exclusivamente en apreciaciones de equidad.

En el arbitraje, las partes de un conflicto someten el asunto a un árbitro para que decida de acuerdo según su criterio. Estos arbitrajes sólo pueden tener lugar en sectores como el Derecho Civil y el Mercantil en el que la autonomía de la voluntad desempeña un papel importante.

Resulta dudoso que la equidad pueda funcionar como fuente subsidiaria en caso de vacío normativo. Aunque alguna sentencia y opinión doctrinal lo admitan, **en realidad la equidad sirve para seleccionar el principio jurídico más adecuado para el caso**; pero en ese supuesto **estamos ante el empleo de la analogía iuris** y es el **principio** el que entra en juego **como fuente de derecho**.

4. EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO

la diferencia entre las diferentes formas en las que el juez determina el derecho, desde el caso simple hasta la “pseudocreación normativa”, es sólo de grado.

El órgano decisor no suele encontrar predeterminada en el ordenamiento la respuesta; debe “inventarla” relativamente a partir de los fines de la norma y las exigencias del caso. Cuando no hay norma, el juez habrá de encontrar la solución teniendo en cuenta también las circunstancias del problema y los principios e ideas de justicia presentes en ese ordenamiento: la diferencia no es esencial.

En efecto, el ordenamiento se presentaba como una estructura cerrada capaz de solucionar todos los problemas jurídicos; cuando no había respuesta expresa, poseía instrumentos metódicos para solventar la cuestión, como la interpretación o la analogía. Sin embargo, pensar que esas técnicas derivan la solución desde el mismo ordenamiento es una ficción. La interpretación, por ejemplo, requiere tener en cuenta las circunstancias del caso para leer de una forma determinada la ley; esto supone que la respuesta del ordenamiento no se extrae sólo desde el mismo ordenamiento.

Hay criterios que contribuyen a la determinación del derecho, en la medida en que son necesarios para conocer el derecho, no pueden ser despachados como meramente morales o ideológicos.

5. EL FRAUDE DE LEY

Esta figura en realidad es un supuesto de incumplimiento normativo, pero su relación con los problemas interpretativos aconseja tratarla en este lugar.

El art. 6.3 del Código Civil prescribe la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que se establezca un efecto diferente. El 6.4 establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma pero cuyos resultados sean contrarios al ordenamiento se considerarán en fraude de ley.

Como podemos observar, el fraude de ley es una manifestación específica del acto contrario a la ley que viene marcada porque aparentemente la acción goza de protección normativa al estar cubierta por la literalidad de la ley. Sin embargo, al captar el sentido y finalidad de la ley observamos que el acto en cuestión contraviene la norma.

El denominado **fraude de ley no es sino una manifestación más de la interpretación de las normas**. Sin embargo, el tratamiento independiente que le da el Código Civil obliga a una mención específica, aunque la práctica muestra que a veces sea difícil verlo como una realidad autónoma.

Quizá la diferencia más clara resida en la manera de la contravención:

- ⇒ En el acto contrario a la ley estrictamente hablando hay un enfrentamiento frontal con la norma.
- ⇒ **En el fraude de ley, en cambio, hay un rodeo y disimulo para conseguir un resultado contrario al ordenamiento.**

En el fraude de ley por tanto, el defraudador se cubre aparentemente bajo el paraguas de una norma. Con lo que ahora veremos las características del fraude de ley que obtenemos a partir de lo visto, y estas son:

- Φ Existencia de un acto realmente querido, es decir una manifestación de voluntad que se plasma en un comportamiento aparentemente jurídico.
- Φ Amparo del acto en un texto normativo del ordenamiento: es la denominada norma de cobertura. Ese amparo debe ser aparente; tras una interpretación de la norma más allá de su literalidad debe estar claro que su contenido no lo protege.
- Φ Ausencia de protección real por parte del ordenamiento. En efecto, para que exista fraude de ley el resultado pretendido ha de estar prohibido o, dicho de otra forma, suponer el cumplimiento de un deber jurídico.

La doctrina y la jurisprudencia sí coinciden en que la norma defraudada ha de ser de tipo imperativo, es decir: **no cabe fraude de ley de una norma dispositiva**, ya que estas por definición pueden ser sustituidas mediante la autonomía de la voluntad.

Tampoco cabe apreciar el fraude de ley en las normas sancionadoras en sentido amplio, dado que estas deben interpretarse de manera literal y estricta, de forma que un comportamiento acorde con la letra de la ley siempre es un acto conforme a derecho.

Tengamos en cuenta que la apreciación del fraude está estrechamente relacionada con la interpretación y con la analogía.

Cabe la posibilidad de que norma de cobertura y norma defraudada sean la misma: es el llamado fraude intrínseco; ocurre que en tales casos es difícil distinguir entre fraude de ley y contravención directa de la ley.

Efectos del acto fraudulento:

Una razón para distinguir entre el acto directamente contrario a la ley y el acto en fraude de ley es que son sancionados de manera diferente. El art. 6.3 (acto contrario ley) dispone que los actos contrarios a la ley serán nulos, a menos que una norma concreta disponga otra cosa para ese tipo de comportamiento. El **principio general parece ser la nulidad, salvo**

excepciones. Sin embargo, **en la práctica los jueces tienden a aminorar esa consecuencia** mediante la nulidad parcial, la anulabilidad o el principio de conservación del acto.

En cambio, en el 6.4 (fraude de ley) **la consecuencia debe ser la aplicación de la norma pretendidamente evitada, no necesariamente la nulidad del acto.** No obstante, **los jueces son mucho más proclives a declarar la nulidad** aquí que en los supuestos del 6.3 a pesar de que no está preceptuado así.

En todos esos casos **siempre cabe el recurso judicial de tal forma que es el poder judicial quien tiene la última palabra** en este asunto.

LECCIÓN 6, EL DERECHO SUBJETIVO

1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

El primer problema es dilucidar si el derecho subjetivo existe por sí mismo, o depende de una norma previa.

El ordenamiento jurídico regula relaciones sociales, pero teorías políticas de signo liberal consideran que no es razonable regular todo mediante normas del Estado y, en consecuencia, se deja en manos del ciudadano la organización de ciertos aspectos de su vida; de ahí la existencia de la autonomía de la voluntad y de ahí también la presencia del derecho subjetivo. Hay que decir, que los **derechos fundamentales y libertades públicas dependen de su regulación en la Constitución.** Y en un plano más inferior de la jerarquía normativa, las leyes en sentido amplio otorgan y reconocen esas facultades para actuar.

Luego podemos preguntarnos qué contenido tiene el derecho subjetivo. Sobre esto la ciencia jurídica ha elaborado diversas teorías. Un de ellas es la teoría de la voluntad, que elaboró Friedrich Carl von Savigny. La otra es la del interés, que se debe a Rudolf von Jhering.

La voluntad se refiere a la protección de la libertad del sujeto titular. El punto de partida de la teoría del interés es la insuficiencia de la voluntad individual para justificar un derecho subjetivo. En efecto, hay personas que no pueden manifestar su voluntad de manera clara y, sin embargo, poseen derechos subjetivos. Por ese motivo, la protección de los derechos ofrecida por las leyes no estará dirigida tanto a la voluntad individual, como a un interés del sujeto.

Desde luego esta teoría del interés es menos subjetivista que la de la voluntad. Porque los intereses estarían objetivados y en cierto modo su determinación estaría en manos de instancias diferentes a la libre voluntad individual; en realidad, la discusión entre estas teorías es un tanto estéril: hay facultades que se basan en el libre despliegue de la voluntad individual y otras protegen intereses variados; tanto que la afirmación de la teoría del interés, a causa de su carácter genérico, es tan cierta como indeterminada. **Y es que intentar clasificaciones a partir de contenidos materiales es muy difícil.**

Otra clasificación interesante del derecho subjetivo es de tipo estructural:

- ⇒ En primer lugar, la expresión “tener derecho” puede indicar **que una persona no tiene el deber** (ante otra persona concreta o ante la gente en general) **de abstenerse de hacer algo**
- ⇒ La segunda acepción de derecho subjetivo **significa que un derecho en manos de un sujeto puede implicar que otro sujeto tenga el deber de permitirle el comportamiento objeto de ese derecho.**
- ⇒ Un tercer modelo de derecho subjetivo está **integrado por aquellas facultades gracias a las cuales el sujeto tiene la capacidad de hacer algo**, exigir que los demás actúen o se abstengan, **pero al mismo tiempo tiene la obligación de ejercer el derecho conferido.** Según algunos autores, estas facultades se denominan **potestades.**

Lo cierto es que es un término técnico explícito empleado en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal para referirse al conjunto de capacidades que tiene **un funcionario o un juez.** Resulta bastante claro que ambos pueden decidir sobre el estatus jurídico de una situación y que, en consecuencia, **afirman que tienen derecho a hacerlo; pero ese derecho no está**

destinado a satisfacer un interés propio, sino el de los ciudadanos. Las normas de procedimiento disciplinan los pasos que han de dar y las normas materiales proporcionan los criterios que deben tener en cuenta para elaborar la decisión. Aun así, tienen derecho a decidir en tales asuntos y pueden reclamar del ordenamiento la remoción de los obstáculos que lo impidan.

Como tantas clasificaciones pensadas para clarificar la realidad jurídica, ésta es útil pero no puede llevarse al extremo, porque la complejidad de la vida cotidiana no puede amoldarse completamente a esquemas prefijados. Muchas veces encontramos derechos que tienen perfiles tanto de derechos entendidos a la manera de libertades como de potestades.

En cualquier caso, es preciso aclarar que todas estas dimensiones de los derechos subjetivos son necesarias en un orden jurídico razonable, tanto la protección de la libertad individual como la limitación de las facultades de actuar en función de las necesidades e intereses de terceros. Hay que añadir que todos estos derechos llevan aparejados la facultad de reclamar la intervención judicial para su defensa, es decir la capacidad de ejercer una acción procesal.

2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN EL TIEMPO

Como hemos visto, las normas entran en vigor y también pueden dejar de estarlo cuando de cumpla su plazo de vigencia o cuando sean derogadas. Estas modificaciones afectan también a los derechos subjetivos amparados en esas normas, aunque como ya vimos nuestro ordenamiento prohíbe la retroactividad de las normas limitadoras de derechos individuales.

No obstante, la extinción y pérdida de los derechos subjetivos es un fenómeno complejo que depende del objeto del derecho.

Por ejemplo, cuando el derecho consiste en la capacidad de exigir una prestación concreta de otra persona (el deudor) el derecho se extingue cuando esa prestación es satisfecha. Por otra parte cuando el titular de un derecho lo transmite, para el transmitente se pierde ese derecho, aunque como tal siga existiendo en el patrimonio de otra persona.

En principio, si el derecho protege la voluntad y los intereses de una persona, esta puede renunciar a la satisfacción de esos intereses y a los poderes que el ordenamiento le confiere para ello. No obstante, esta regla general tiene excepciones: **no es posible renunciar a derecho que todavía no han nacido y de los que existe una expectativa. Tampoco a las potestades**, porque éstas implican la protección de intereses de terceras personas, no del titular del derecho. Y en general, cuando hablamos de derechos subjetivos que no son potestades, la renuncia sólo será válida si no es contraria al orden público ni perjudica a terceros. Un ejemplo es el caso de **los derechos fundamentales contenidos en la Constitución: son irrenunciables.**

Relacionada con este asunto, está una institución referida al modo en que los derechos subjetivos se ven afectados por el paso del tiempo: la prescripción, que el Código Civil recoge en el Título XVIII de su Libro IV. Según esta institución es posible adquirir o perder derechos por el mero transcurrir del tiempo, si se dan ciertos requisitos que están previstos por la ley.

Por la llamada **prescripción adquisitiva** un sujeto puede llegar a ser titular de un derecho si en ciertas circunstancias se comporta con un objeto como si fuera suyo. (EJ. Usucapión)

La **prescripción extintiva** produce la desaparición del derecho cuando éste no se ejerza por abandono, olvido o desidia de su titular.

La prescripción surge en el ámbito del derecho privado y por eso no resulta siempre aplicable a otros sectores del derecho. No afecta a los derechos fundamentales, por ejemplo, que no se pierden nunca, aunque el ejercicio del recurso de amparo para su protección sí puede verse afectado.

Lo habitual es que la prescripción exista sobre todo en el ámbito del derecho patrimonial. En realidad, la prescriptibilidad de un derecho está relacionada con el grado de disponibilidad del mismo e incluso con la posibilidad de su renuncia. Son los derechos patrimoniales, disponibles económicamente, los que pueden prescribir. Recordemos, por otra parte, que la

responsabilidad por acciones contrarias al ordenamiento prescribe por el paso del tiempo si hay actividad por parte de los poderes públicos que interrumpa esa prescripción.

Finalmente, es necesario distinguir entre **prescripción y caducidad**. La primera puede ser interrumpida por diferentes actuaciones del titular del derecho diferentes al ejercicio procesal, por ejemplo mediante reclamación extrajudicial o por el reconocimiento de la deuda que haga el deudor. En cambio la caducidad sólo se detiene si el derecho se ejercita dentro del plazo establecido por la ley. Además, en el caso de la prescripción el efecto de la interrupción consiste en que el plazo vuelve a contar de nuevo si esa interrupción queda sin efecto. Eso no ocurre con la caducidad.

3. EL ABUSO DE DERECHO

Aunque los derechos subjetivos existen para proteger los intereses de lo ciudadanos, la forma en que éstos ejercen los derechos no carece de límites. Que alguien está autorizado para comportarse de forma libre por el ordenamiento no implica que pueda hacer lo que quiera.

Un aspecto importante del ejercicio del derecho es la doctrina de los actos propios. No está regulado por ley, pero ha sido establecida con claridad por la jurisprudencia. El fundamento es un principio procedente del *ius commune*: **nadie puede ir contra sus propios actos**.

Consiste en que el titular de un derecho subjetivo, que ha ejercido ese derecho durante un tiempo de una manera determinada, no puede cambiar esa conducta por otra que, interpretada de buena fe, muestra una contradicción abierta con la anterior. Estos cambios son considerados por el ordenamiento una quiebra de la confianza que los terceros tienen en el ejercicio del derecho.

En primer lugar, los derechos están limitados por la existencia de otros derechos. Los conflictos pueden surgir cuando dos titulares tienen derechos sobre un mismo objeto. **Más complicado es el denominado abuso de derecho**

Según el art. 7 del Código Civil, **los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, porque la ley no ampara el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo**. Las acciones y omisiones que sobrepasen el límite normal del ejercicio del derecho, con daño para terceros, darán lugar a indemnización y serán impedidas mediante la intervención judicial o administrativa.

Lo primero que llama la atención en este artículo es el empleo llamativo de conceptos abiertos cargados de valoraciones que deben ser integrados por los aplicadores de las normas. Y que en última instancia llevan al ámbito de las relaciones entre derecho y moral.

El abuso de derecho puede producirse en cualquier sector del derecho, aunque la determinación de sus perfiles sea complicada. Doctrina y jurisprudencia suelen exigir la presencia de **los siguientes requisitos**:

- ⇒ Uso de un derecho externamente basado en una norma jurídica.
- ⇒ Daño al interés de un tercero que esté protegido a su vez jurídicamente.
- ⇒ Inmoralidad o anti-sociabilidad del daño.

Este último requisito resulta especialmente abierto y requiere valoraciones por parte del juzgador.

Sólo puede ser tomado en consideración si aceptamos que hay un sector de exigencias morales que se solapa con el ordenamiento jurídico y que las normas tienen una serie de fines sociales que cumplir y son algo más que meras órdenes o mandatos.

Particularmente importante es la **vulneración de las exigencias de la buena fe**. Este concepto, de una importancia extraordinaria en el derecho, es difícil de precisar: su contenido dependerá de la casuística.

En un plano muy general la buena fe implica aceptar estándares de contenido ético dominantes en la sociedad y que al mismo tiempo son considerados partes el ordenamiento jurídico.

Es preciso deslindar el abuso del concurso y la colisión de derechos:

⇒ El **concurso** tiene lugar cuando distintos sujetos tienen derechos subjetivos cuya efectividad puede resultar incompatible y por ese motivo está regulada por normas jurídicas.

Ocurre, por ejemplo, con la prelación de créditos en un concurso de acreedores; hay una pluralidad de sujetos que exigen la satisfacción de sus derechos, pero el deudor no es capaz de hacerlo: la ley jerarquiza el orden en que los acreedores cobrarán en función del tipo de derecho que tengan.

⇒ La **colisión** se produce cuando no hay una regulación normativa previa; en estos supuestos será preciso acudir a la apreciación prudente de la situación desde el horizonte de los principios generales del derecho.

Es lo que se produce con el choque entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Aunque hay regulación constitucional y legal de esos derechos, es difícil establecer a priori la relación que han de tener todas y cada una de las posibilidades conflictivas. En tal caso, el juez deberá decidir qué derecho prevalece con ayuda de los principios generales del derecho y la doctrina jurisprudencial establecida sobre la materia.

ⁱ ALBERTO MONTORO, ADVERTÍA COMO PARECE RAZONABLE, QUE EL DERECHO TOMA LA POSICIÓN MINIMALISTA, EN FUNCIÓN DE ORDENADOR Y EDUCADOR SOCIAL, SOLO PARA VOLVER A LAS PERSONAS EN BUENOS CIUDADANOS, LUEGO DESDE ESTE PUNTO DE VISTA SE DEBE GARANTIZAR UN MÍNIMO ÉTICO EN EL DERECHO, DADO QUE ESTE SERÍA NECESARIO PARA PERMITIR, QUE LOS INDIVIDUOS PUEDAN ARREGLAR SU VIDA SEGÚN SU CONCIENCIA, ESTO NO ES UNA LABOR DEL DERECHO, PERO, SI ACTÚA COMO “*CONDITIO SINE QUA NON*”ⁱ PARA ELLA. LA DIFICULTAD SE ENCUENTRA EN ESTABLECER ESE MÍNIMO ÉTICO, SI BIEN YA MUCHOS FILÓSOFOS NIEGAN LA IDEA DE “*MORAL OBJETIVA*”.

ADEMÁS DEBEMOS SABER QUE LA RENUNCIA A LA RACIONALIZACIÓN DE LA MORAL, ELIMINA LA POSIBILIDAD DE VIVIR HUMANAMENTE, DADO QUE, POR EJEMPLO, SI ABANDONAMOS LA IDEA DE JUSTIFICAR DE MANERA OBJETIVA LA DIGNIDAD HUMANA Y LAS EXIGENCIAS QUE PROCEDEN DE ESTAS, CARECERÍAMOS DE CRITERIOS PARA DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS. POR LO TANTO, AFIRMAR LA EXISTENCIA DE UN FUNDAMENTO COMO ESTE, NO SIEMPRE ES FÁCIL DE CONOCER, DADO QUE HAY QUE PONERSE EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD DETERMINADA Y DE UN CONTEXTO HISTÓRICO, ASÍ QUE EN CIERTA MANERA ES UN PROBLEMA POLÍTICO; POR LO QUE DEPENDE DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO Y AUNQUE NO HAY UN MÉTODO SEGURO PARA HACERLO, SÍ QUE ES POSIBLE CONSEGUIRLO.