

Teoría del Derecho - derechoapuntes.com

Introducción

El derecho como fenómeno histórico y social. Relación con las normas jurídicas

Moral

Tema 1. Sociedad y derecho. Relaciones sociales y relaciones jurídicas

El derecho como fenómeno histórico y social

¿Sociedades sin derecho?

Conflictos y derecho

Sociedad y sistemas normativos

Sociedad y sistemas normativos

El concepto de derecho

Las funciones del derecho como institución social

Tema 2. Derecho, estado y sociedad moderna

Derecho y poder

Estado y Estado de Derecho

La idea de Estado de Derecho

Concepto y precedentes históricos

Caracteres del estado de derecho

Tema 3. Usos de la palabra derecho

Término (palabra) y concepto

Usos de la palabra derecho

Ambigüedad de la palabra "derecho"

Diversos significados

Derecho subjetivo

Tema 4. Las normas jurídicas: estructura y elementos

Lenguaje y norma

Usos del lenguaje

Las normas jurídicas y el lenguaje prescriptivo

Diferencias entre el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo

Enunciados/disposiciones normativas

Normas y proposiciones normativas

Normas prescriptivas, normas o reglas constitutivas y normas permisivas

Norma prescriptiva

Normas constitutivas

Normas permisivas

Estructura de la norma jurídica

Tipos de normas según los elementos de las normas jurídicas

Otros tipos de normas

Normas de ius cogens y de ius dispositum

Normas primarias y secundarias

Reglas y principios

Tema 5. Normas jurídicas: atributos formales y materiales

Atributos formales

La validez de las condiciones normativas

La vigencia de las disposiciones normativas

Atributos materiales

La eficacia de las normas

La efectividad de las normas

Tema 6. Fuentes de producción normativa

Las fuentes del derecho

Las fuentes del ordenamiento jurídico español

La ley

La costumbre

Los principios generales del derecho

La jurisprudencia

Tema 7. Interpretación y aplicación jurídica. La hermenéutica jurídica

La interpretación del derecho

La aplicación del derecho

Estructura de las decisiones jurídicas

La justificación o motivación

Métodos de interpretación y argumentos del Código Civil

Clases de interpretación

Argumentos justificadores de una interpretación literal

Argumentos justificadores de una interpretación correctora expansiva

Argumentos justificadores de una interpretación restrictiva

Los argumentos del Código Civil

8. El ordenamiento jurídico

Sistema y ordenamiento jurídico

La plenitud y el problema de las lagunas

La integración de las lagunas

Otros tipos de lagunas

La coherencia y el problema de las antinomias

Criterios para resolver antinomias

Práctica 1

Justicia

Igualdad

Tipos de igualdad

Libertad

Práctica 2

Derechos humanos

Derecho como argumentación

Explicación y justificación

Cómo trabaja el juez mentalmente para llegar a conclusiones

Introducción

El derecho como fenómeno histórico y social. Relación con las normas jurídicas

- ▼ ¿Nuestra relación con las normas se limita a las normas jurídicas?

Se podría pensar que nuestra relación con las normas se agota con las normas jurídicas. Que las normas están para dirigir el comportamiento de las personas, y que los cauces del pensamiento son normas jurídicas. Y que la mayoría de normas jurídicas son las normas que cumplimos.

Pero en realidad, la mayor parte de los actos que llevamos a cabo por cumplir normas no son actos que responden a normas jurídicas. La mayor parte de las normas que cumplimos cotidianamente no son normas jurídicas.

▼ ¿Qué es la experiencia normativa?

Por otro lado, vamos a ver cual es nuestra relación con las normas, con la **experiencia normativa**. Esta es **cualquier experiencia en que sentimos que nuestra conducta es debida**. Es importante ya que la experiencia normativa es una **experiencia genuinamente humana**. Exclusivamente humana, ya que solo los seres humanos cumplen normas. Es intrínsecamente humana ya que está relacionada con el ser del hombre.

▼ ¿Si una persona cumple normas es porque hay derecho?

Uno podría pensar que si yo cumulo normas es porque hay derecho. Que si no hubiera derecho, yo no cumpliría normas. A priori, podría pensarse, pero no es verdad. **Hay muchas más normas a parte de las jurídicas que cumplimos mucho más a menudo. La condición humana implica la experiencia normativa.**

Moral

▼ ¿Qué es la moral?

La moral o experiencia moral es la percepción o sensación de que hay cosas buenas y hay cosas malas. De que hay comportamientos debidos y otros indebidos. Cosas que tengo que hacer y otras que no tengo que hacer. Y esta experiencia es la experiencia moral.

▼ ¿Qué le producen admiración al filósofo Emmanuel Kant?

El filósofo Emmanuel Kant: hay 2 cosas en el mundo que me producen asombro y admiración:

- **El cielo estrellado frente a mi (todos los fenómenos de la realidad, todo lo que ve y puede tocar)**
- **La ley moral dentro de mí** (lo que nos dice que hay cosas que están bien y cosas que están mal. Que nosotros conocemos que hay comportamientos humanos que debo hacer y que no debo hacer) **Los hermanos Karamazov**: puesto a que Dios ha muerto, ¿todo se me está permitido? En teoría soy totalmente libre. Tendríamos **la conciencia que nos limitaría moralmente**.

▼ ¿Qué es el núcleo moral i en qué consiste?

Ciertamente existe un núcleo moral que sí es objetivo ya que ha trascendido el momento histórico y al lugar o sociedad concretos. Lo ha sido siempre para todos los seres humanos. No hay ninguna sociedad en la historia en la que la cobardía haya sido preferible a la valentía, el egoísmo a la solidaridad, la traición a la lealtad, la mentira a la verdad, la debilidad a la fortaleza, la injusticia a la justicia. Por lo tanto estos son valores bastante compartidos por la humanidad.

▼ ¿Qué es necesario para que exista la moral? ¿Qué nombre adopta este hecho?

Generalmente lo que es moral es lo que es bueno para la vida, lo que la incrementa o fortalece. Lo que potencia la vida se considera moral. **Por el mero hecho de existir, existe la moral - ley moral.**

▼ ¿Por qué somos seres morales?

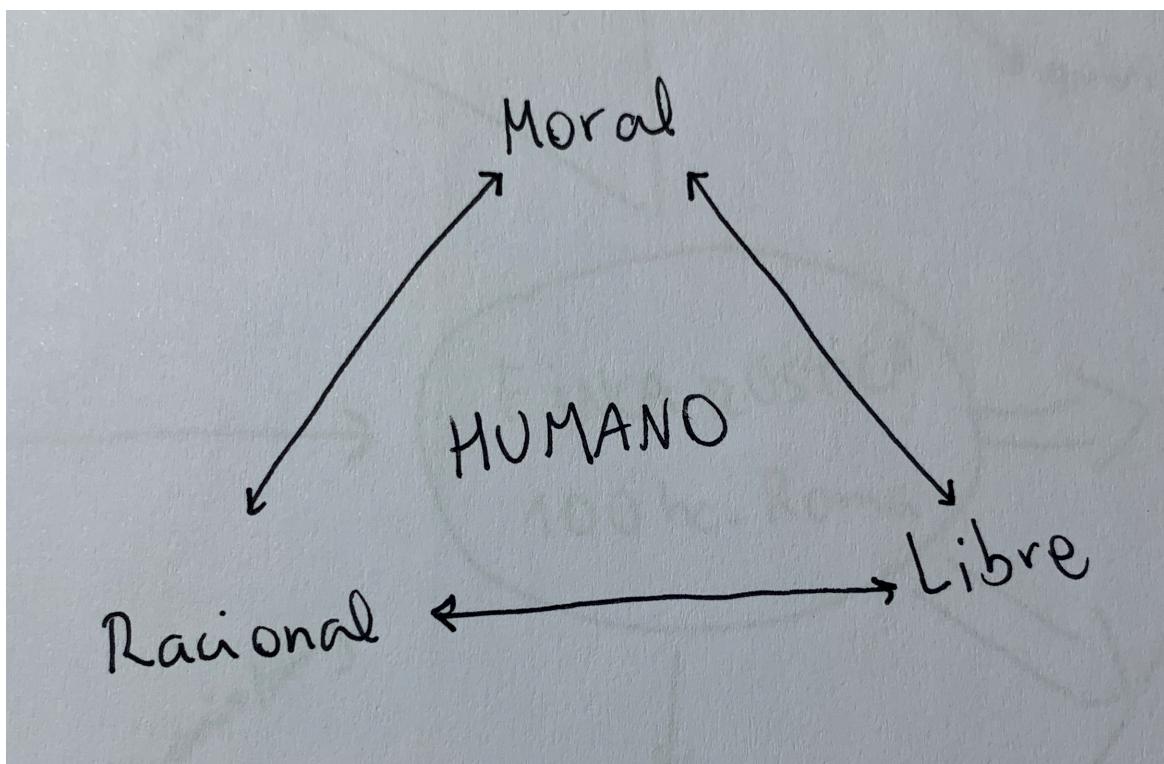
Somos seres morales en tanto que somos seres racionales. La razón genera normas. La ley moral proviene de la razón, es fuente de norma.

La naturaleza no es ni buena ni mala, ya que al no ser seres racionales, no son seres morales. (Ex: los animales. Las mantis se comen a sus maridos después de procrear) Y por lo tanto no

hay que exigirles que tengan un comportamiento moral. **Solo somos seres morales por el elemento de la razón.**

- ▼ ¿Cuál es el tercer elemento de la vida humana que completa el ciclo?

La libertad es el tercer elemento. Somos seres morales porque somos seres libres. Si no fuéramos libres no podríamos ser morales. **¿Qué nos hace libres? la razón.** Hay que entender libertad en que se puede elegir, decidir de entre infinitas posibilidades. La **libertad es la capacidad de elegir entre infinitas posibilidades respecto a lo sobrevenido que nos ocurre.** Ya que no se trata de hacer todo lo que uno quiera (volar, bucear,...) sino a situaciones que nos afectan. Y esto es una capacidad exclusiva del ser humano. **De entre todos los seres, el ser humano es el único racional, moral y libre.**



- ▼ ¿Por qué los animales no son libres en el mismo sentido que lo estábamos haciendo?

Un animal no es racional. Un animal no puede decidir qué hacer con su existencia. Es un ser cuya existencia responde a su esencia. La existencia de cada animal en concreto está programada en relación a su esencia. No pueden dejar de hacer lo que hacen.

Por lo tanto nosotros nos podemos avanzar a la actitud de cualquier actitud animal, ya que los individuos de una misma especie responden igual. Su existencia responde a su esencia.

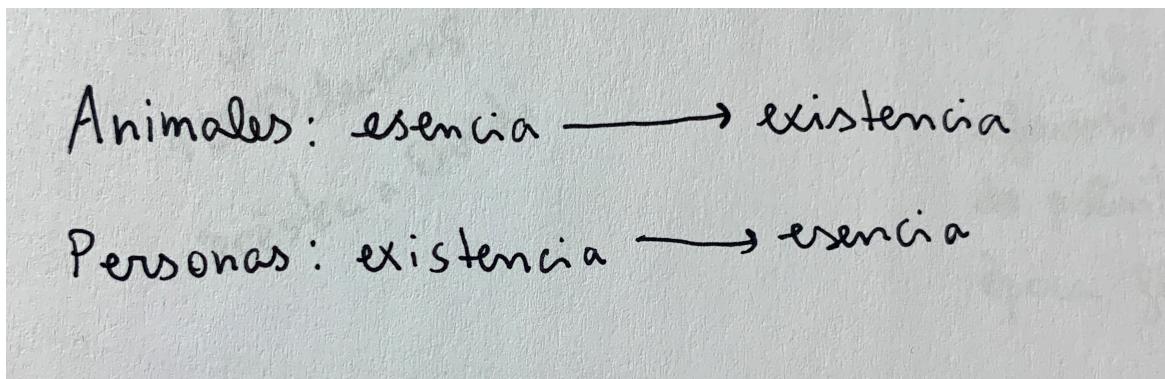
- ▼ ¿A qué se refiere Sartre cuando afirma que en el caso del ser humano la existencia precede a la esencia?

Los hombres pueden salir de su patrón y los animales no.

Si habíamos dicho que la existencia de los animales responde a su esencia, la esencia del hombre viene de la existencia. La existencia de los animales ya está programada por su esencia. En cambio **el hombre está arrojado al mundo, y entonces su vida está absolutamente indeterminada. Por eso el ser humano no tiene una esencia a la que responderá toda su vida.**

A base de elegirse el hombre se va inventando a sí mismo. A base de continuas elecciones. Se va determinando por él mismo. **Entonces su esencia es consecuencia de su existencia.**

Según Sartre, con todo lo que hicieron el hombre, el hombre hará.



La **conclusión** es que por el mero hecho de ser, el ser humano es un ser normativo, que cumple normas. Su conducta puede ser debida o indebida. Por que tiene **razón**, y esta razón le ha generado normas, la ley **moral**. Y entonces la ley moral le hace **libre**, ya que puede elegir entre el bien y el mal. Solo porque puedo decidir entre lo bueno y lo malo soy un ser libre. Pero a veces es muy complicado decidir entre que es lo que es correcto y no, y nos lo susurra la conciencia, incluso la razón. A veces no está claro que es lo moral, por lo tanto interviene la razón.

Tema 1. Sociedad y derecho. Relaciones sociales y relaciones jurídicas

El derecho como fenómeno histórico y social

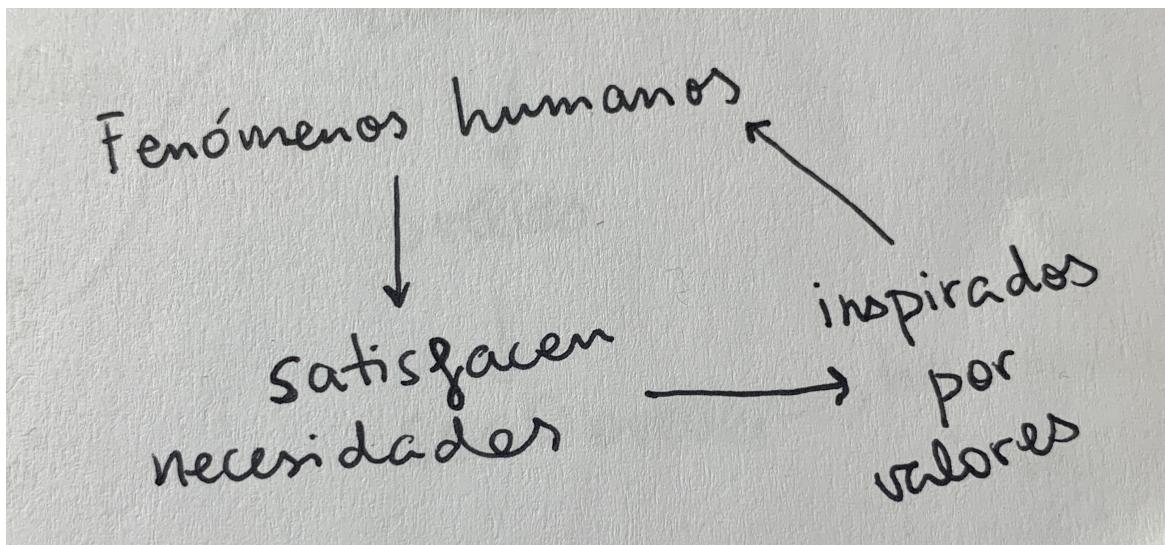
- ▼ ¿En qué grandes grupos se pueden clasificar los fenómenos de la realidad?

Todos los fenómenos de la realidad pueden ser clasificados en 2 grandes grupos:

- **Fenómenos naturales** - tienen 4 atributos:
 - a. **Necesarios**
 - b. **Universales**
 - c. Que **solo se comprenden causalmente**
 - d. Que **no tienen sentido o significación**

Ex: que el agua empiece a hervir a los 100 grados es necesario ya que va a pasar necesariamente, es un hecho universal, responde a una causa, y no tiene significación.

- **Fenómenos humanos, artificiales (producto del hombre)**: fenómenos **absolutamente circunstanciales**. Nacen, aparecen y son generados y creados en determinadas y concretas circunstancias históricas y sociales. Vienen a colmar una necesidad. **Se hacen para satisfacer una necesidad**. Tienen un sentido y significación. Además **están referidos a valores inspirados por estos**. Ej: la poesía, aparece en un tiempo y sociedad, y satisface una necesidad (expresión de emociones) y está inspirada por valores e ideas (belleza).



▼ ¿Qué es un fenómeno? y ¿el derecho es un fenómeno?

Todo aquello que podemos captar por los sentidos es un fenómeno.

Por lo tanto **el derecho es un fenómeno humano, histórico y social**. Hijo de unas circunstancias determinadas y que **viene a colmar unas necesidades**. Es un utensilio para dar satisfacción a determinadas necesidades. También está dirigido a la **satisfacción de unos valores e ideas**. El derecho responde al **valor de justicia**.

¿Sociedades sin derecho?

▼ ¿Tradicionalmente se creía que podría existir una sociedad sin derecho?

Tradicionalmente, **se creía que el derecho era un fenómeno natural universal y necesario**. Se decía que no era posible vivir sin poder político, ya que sería una condena al caos. **No podía haber sociedad sin derecho**. Todo esto cristalizó en una frase en latín: **UBI HOMO IBI SOCIETAS, UBI SOCIETAS IBI IUS**. Donde hay hombre hay sociedad, y donde hay sociedad hay derecho. Ya que se decía que el derecho es un fenómeno necesario.

▼ ¿Qué se cree recientemente y cual fue el punto de inflexión en el transcurso de la historia?

Es **FALSO**, es ideología jurídica. Lo que hay detrás es una voluntad de reforzamiento de lo jurídico. **Porque el derecho es un fenómeno histórico y social, y que satisface unas necesidades, y por lo tanto sin necesidades no es necesario el derecho**. Y este mito jurídico empezó a desmentirse **cuando apareció la antropología (finales s.XIX)**. Lo que hace la antropología es estudiar la cultura humana desde un afán científico. Determinados antropólogos establecen contacto con determinadas sociedades y comprenden que son sociedades que carecen de poder político, que no tienen derecho. Por lo tanto han desmentido la afirmación anterior.

▼ ¿Qué características tienen estas comunidades que desmintieron la afirmación tradicional?

Hay comunidades que su poder es propio de un pueblo prehistórico. Hoy en día aún existen. Son todas esas sociedades desperdigadas (aborígenes del amazonas, en islas del pacífico, África, ártico). Llama la atención las del Pacífico sur, en las **islas Trobriand**. Características:

- **Pocos integrantes.**
- **Recolectores y cazadores, pescadores, incipientes ganaderos y agricultores. Economía de subsistencia.**

- **Medios de producción asignados a la colectividad.** El acceso es libre a los medios de producción cuando se es miembro de la sociedad. Son el **comunismo primitivo**.
- **No hay división de clases**, grupos de clases, conflictos estructurales, aunque **sí** que hay **conflictos de tipo individual e intertrivales**. Practicando el arte de la **guerra**.

▼ ¿En qué sentido muy primitivo usan normas? y ¿cómo se llaman sus normas? ¿cómo se llama aquello que comparten esas sociedades?

Solo por usar un lenguaje ya usan normas. Aunque sean tribus primitivas, tienen normas. También tienen normas, que se llaman **normas de moralidad positiva: costumbres, usos sociales. Conocidas por toda la comunidad**. Aunque no existen como tales autoridades especializadas que creen normas. **Toda la comunidad participa**. Se hace a partir de las costumbres (normas consuetudinarias). Espontáneamente aparecen palabras nuevas... Hay **tabúes** que sí que son compartidos entre esas sociedades como ahora el incesto. Alimentos que no hay que comer. Fruto de la experiencia. No hay una autoridad específica que lo cree, es espontáneo.

▼ ¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento de normas en estas sociedades?

Las normas sancionan a todo el grupo, y se sabe comúnmente. Cuando alguien incumple un tabú, se sabe. Sabe la comunidad y el infractor qué castigo tiene. Suelen ser castigos en que participa toda la comunidad.

Por lo tanto sí que hay normas en estas sociedades. Moralidad positiva. Y estas normas ya son suficientes para organizar la sociedad y para resolver los conflictos de esa comunidad o sociedad. Entonces estas comunidades pueden vivir sin estado, sin derecho,...

Conflictos y derecho

Comunidades primitivas y sociedades tradicionales

▼ ¿Cuándo aparece el derecho (momento histórico y razonamiento)?

El derecho aparece en la **sociedad tradicional**. Estas ya serían del **neolítico** para adelante. Se caracterizan porque **aparece la ciudad**, núcleo en el que viven miles de personas. Al ser **núcleos de población tan grandes**, viven gente que pueden venir de muy lejos, entonces hay más diversidad cultural, de lenguaje, de religión, costumbres,...

▼ ¿Qué novedades aparecen en cuanto a los saberes y las tecnologías? ¿Qué consecuencias tiene la aparición de novedades?

- **Economía no de subsistencia: agricultura extensiva e intensiva. Se produce excedente**
- **Ingeniería hidráulica**
- **Domesticación de animales y cereales**
- **Escritura**
- **Calendario**

Los medios de producción: se incrementan en cantidad y en calidad. Se produce excedente que se intercambia y se comercia.

▼ ¿Cómo está organizada la sociedad en cuanto a los medios de producción?

Aquí los **medios de producción** se concentran en el **grupo dominante**. Se concentran en los **sacerdotes y guerreros**, que concentran el **saber** y la **fuerza**. Y para llevar a cabo esa

producción, a parte de unos que sepan, hace falta una **gran masa de trabajadores**, mucha mano de obra, que queda asignado al **grupo dominado (esclavos)**, comunidad subalterna. **Ni tienen saber, ni tienen fuerza.** Simplemente mano de obra. El acceso a los medios de producción ya no es libre, por lo tanto se restringe. Y esto provoca que por 1a vez en la historia hay una división en grupos sociales. **División de clases.** Como mínimo hay 2 clases sociales.

La clave está en quién tiene el saber y la fuerza.

▼ ¿Qué consecuencias tiene la nueva organización de la sociedad?

Y como hay varias clases sociales, hay **intereses contrapuestos**. Consecuencia: aparece el **conflicto social**. Ya hay una **violencia estructural**. Antes el conflicto era individual, y ahora dentro de la comunidad habrá otro conflicto. En el seno de la comunidad hay una **dominación de la clase dominante hacia la dominada**. Si se perpetúa esta dominación es porque los dominantes ejercen poder, ya que es una **dominación forzosa y de tipo intelectual**. Atesoran el **conocimiento**. Los dominantes crean los **jeroglíficos** que solo entienden ellos. Siempre se repite, los que saben usan un código para tomar distancia con la población popular. Por lo tanto adoptan **distancia militar e intelectual**.

El surgimiento del Derecho

▼ ¿Son suficientes las normas sociales para resolver el conflicto de autoridad?

No son suficientes. El **grupo dominante es minoría**, y se coge a los débiles y los pone a trabajar. Se traen a personas de diversas tribus para tener mano de obra. Hay **diversidad cultural**. Por lo tanto las normas de **moralidad positiva ya no son útiles**. Ni siquiera para resolver conflictos individuales, ya que **no son compartidas** con los miles de habitantes.

▼ ¿Cómo se resuelve el conflicto de autoridad?

Entonces hay una necesidad de una fuerza capaz de neutralizar ese conflicto social y que permita a la clase dominante mantener el estatus quo y mantener su posición social y privilegio. Y esta fuerza recibe el nombre de **poder político**. Esa fuerza institucionalizada **capaz de neutralizar el conflicto social. Sin conflicto social no habría necesidad de poder político.**

▼ ¿Qué características tiene que tener el poder político?

Un poder político que:

- **Garantiza estabilidad social**
- **Reprimir los intentos de cambiar de statu quo**
- **Difundir la ideología de aceptación de esa organización social**

Lo hacen creando determinadas **religiones, ideologías**, ya que los dominantes tienen una relación muy cercana a la divinidad.

▼ ¿Qué herramienta necesita el poder político para organizarse a sí mismo?

Pero a su vez, el poder político, para organizarse a sí mismo y para organizar la sociedad necesita de un instrumento o herramienta: el **derecho**. El poder político sostiene un tipo de normas, las **normas jurídicas**. En consecuencia, el derecho nace por la necesidad del poder político, occasionada por el conflicto de clases, de organizar la sociedad.

Medios de Producción → División de clases (dominantes/dominados) → Conflicto de clases → Poder político → Normas jurídicas = derecho

Sociedad y sistemas normativos

El ser humano tiene derecho porque es un ser **semigregario** (que vive en comunidad y solo). Las abejas, que son seres gregarios (viven en comunidad), no necesitarían leyes porque su convivencia depende de su programación genética. Y un animal que vive solo, no necesita leyes ya que no convive con nadie.

Sociedad y sistemas normativos

Qué es una norma

▼ ¿Qué es una norma?

Hay muchas cosas que no prohíbe el derecho, pero aún así lo cumplimos. Por lo tanto **una norma es aquello que cumplimos**.

Tipos de normas

▼ ¿Qué tipos de normas existen?

- **Jurídicas:** No se diferencian por el contenido de las demás normas. Tampoco por la finalidad, que todas persiguen el mismo objetivo - alterar el comportamiento de los individuos. Tampoco por el hecho de ser escritas, ya que todas pueden estar escritas. **Se diferencian de las demás por la sanción.** Las normas jurídicas son las únicas cuya sanción puede aplicar la **fuerza**. La diferencia entre esa fuerza y otras fuerzas es que :
 - Es una fuerza **administrada por el estado** o poder político. (en régimen de monopolio)
 - Es una **fuerza legítima** (permitido). Solo se permite administrar fuerza si uno es estado.Son las únicas normas sostenidas por el Estado/Poder Político.
- **Morales:** la autoridad que dicta las normas morales es la **razón**. Se asumen por **conciencia** o conveniencia. (decir la verdad, no robar, no matar,...)
- **Sociales:** diferentes usos sociales. **Costumbres** sociales. Reglas de trato social. Estas las genera la **sociedad** en general. También por pertenencia a un grupo social concreto. (normas de decencia, de cortesía, de respeto social, compañerismo,...)
- **Religiosas:** en tanto que se profesa una **fe**. Las dicta la **religión**, y **las creó Dios**. Hay que cumplirlas si se profesa una fe.

▼ ¿Qué implica la existencia de normas? Diferencias entre los tipos de normas.

La existencia de una norma implica que haya sanción. Todo lo que no lleve aparejado una sanción, no es una norma. Sanción es **elemento intrínseco** a norma.

La sanción de las normas **morales** yace en la **conciencia**, tener un remordimiento.

La sanción de las normas **sociales** podría ser el **repudio social**, la crítica social, el vacío social,...

La sanción de las normas **religiosas depende** de cada religión concreta y **de si se asume la cuestión religiosa**. Si se asume la cuestión religiosa, se sufrirá la **sanción religiosa**. Puede haber una sanción **por parte de la divinidad** y de las **administraciones religiosas**.

Diferencia entre el Derecho y la Moral

▼ ¿Qué diferencias hay entre el derecho y la moral?

La diferencia se da en un triple plano:

- **Jurisdicción o ámbito competencial:** las **normas morales** las encontramos en la **esfera interna** del individuo. En la conciencia. El **derecho** se ocupa de la piel para fuera, de la **esfera externa**. Todo lo que pueda exteriorizarse puede ser conocido por el derecho, pero todo lo que implique la conciencia, no puede afectar al derecho. **El derecho no puede conocer que nos pasa en la cabeza.** Se ha intentado al largo de la historia conocer lo que ocurre dentro de la cabeza de las personas.
- **La moral regula de una forma absoluta, plena y radical.** Todo lo que afecta al ser humano. Regula lo de dentro y lo de fuera. **En el caso del derecho, solamente regula lo que afecta a los demás.** Solo los actos externos del individuo si incide en la sociedad. Ej: las relaciones en pareja es una acción externa pero no tiene importancia en la sociedad. Lo que hago yo en mi vida privada y no tiene trascendencia para los demás el derecho no lo controla.
- **Las formas de cumplimiento:** es **fácil** cumplir una **norma jurídica** pero cumplir una **norma moral** es más **difícil**. Ya que cumplir las normas del **derecho solo implica cumplir la determinada norma jurídica, aunque lo hagas sin quererlo.** En cambio **la moral quiere que lo hagas por puro y propio convencimiento.** Asumiendo qué es lo conveniente. **El cumplimiento de las normas jurídicas es inexorable** (irresistible), no puede no darse. Ejercen una fuerza sobre el individuo irresistible, se cumplen si o si. El elemento de la inexorabilidad en su cumplimiento es lo que hace que el derecho sirva, funcione. **Sin ese elemento no hay derecho.** No se le pide al destinatario opinión ni valoración. Por eso funciona.

El concepto de derecho

Derecho y fuerza jurídica

- ▼ ¿Puede haber otras normas donde se aplica la fuerza y que no son normas jurídicas?

Puede haber **otras normas** en las cuales **se aplica la fuerza**, y **no** son normas **jurídicas**. Por ejemplo el uso de fuerza de un **ladrón**. Si no me das el dinero, te disparo. Hay un **mandato**, y sino se cumple habrá una **sanción** con el uso de la fuerza. **No** están sostenidas por el **estado**, pero usan la fuerza.
- ▼ ¿Entonces qué diferencia hay con el derecho?

El elemento en cuestión es la **institucionalización**. Lo cual equivale a **regulación**. Esto significa que las normas jurídicas están reguladas, a diferencia de los ejemplos del malhechor. Participan de las normas jurídicas instituciones u **órganos específicos que se encargan de las normas jurídicas**. Se ocupan de gestionarlas.
- ▼ ¿En qué 2 grandes grupos podemos distinguir las normas jurídicas?
 - **Primarias:** que se dirigen **directamente al sujeto** o individuo y le imponen deberes, derechos, cargas, permisos,...
 - **Secundarias:** que se dirigen a **normas jurídicas**. Normas que se dirigen a normas. Gracias a estas hay regulación. Son aquellas que establecen quién puede crear normas jurídicas, cómo se crean normas jurídicas, o cómo se modifican, o cómo se interpretan, derogan,...

Como hay un tipo de norma secundaria, hay una regulación.

Derecho y actos de fuerza arbitrarios

- ▼ ¿Qué diferencias hay entre derecho y mandatos arbitrarios?

Hay también diferencias entre **derecho**, y **mandatos arbitrarios**:

- El **mandato arbitrario** no sigue ningún tipo de **orden** o regulación. Responde a un capricho, a un porque sí. **No** obedece a ningún **criterio general**, a ningún principio general que se aplique a todos los casos análogos. Es un acto totalmente absoluto.
- El **derecho** es totalmente opuesto. Las normas jurídicas siempre se fundamentan en un **criterio general**. Aplicación regular e idéntica en casos análogos. El derecho genera una **ordenación regular, estable, y bastante inviolable**.

▼ ¿Con todo esto, qué busca generar el derecho?

Con todo esto, el derecho busca generar **orden, certeza, y seguridad**.

Institucionalización

▼ ¿Qué necesita el ser humano para estar a salvo?

El hombre, frente a la naturaleza, desarrolla la técnica. Busca dominar la naturaleza, para estar a salvo de los fenómenos naturales. **Pero para estar a salvo del ser humano**, para dormir a salvo, necesitamos algo que genere **previsibilidad, anticipación**,.... Saber qué puedo hacer yo, y qué pueden hacer los demás. Y entonces se inventa el derecho. Normas que quieren establecer un orden, certeza y seguridad.

▼ ¿A quién afecta el ordenamiento jurídico?

Si lo que hace un ladrón lo hace el estado, es una acción antijurídica. Porque la ordenación para regular, que es estable e inviolable no sólo es para los **individuos**, sino que también va para la **el estado**.

Individuos + Estado

***El molinero de Postdamm**

El derecho quiere ofrecer una seguridad y una previsibilidad.

***El mercader de Venecia**

Si hay un precedente de acto arbitrario por parte de los jueces, se desmonta la estabilidad jurídica.

Pretensión de justicia

▼ ¿Qué diferencia hay entre mandatos de pura fuerza (mafia organizada) y derecho?

Falta otro **elemento que nos permita distinguir al derecho de los mandatos de pura fuerza**.

Las órdenes de la mafia, de una banda organizada, piratas. Son bandas que tienen sus propias normas, que son normas que están sostenidas por la fuerza. Normas con las que ellos mismos funcionan. Y esto son ejemplos de grupos que están institucionalizados y organizados. Y estas normas son normas que están reguladas. Hay un jefe, segundos al mando, terceros, una jerarquía. Son normas que comparten cierta identidad con las normas jurídicas. Ya que están reguladas. Ejemplo: estado islámico.

El elemento definitorio es la justicia, pero algo más concreto que es la **pretensión de justicia** o **pretensión de corrección**. Significa que **el derecho está al servicio de la justicia**. Tiene una **intención de ser justo, correcto, una pretensión de ajustar su contenido a la idea de justicia**.

▼ ¿Qué dos elementos debe incorporar algún derecho para que pretenda ser correcto y justo según Prieto Sanchís?

Prieto Sanchís: Para que de algún derecho pretenda ser correcto y justo, debe incorporar dos elementos:

- Elemento de tipo **objetivo**: sería la **presencia en el derecho de elementos tales como procedimientos democráticos para regular el poder político**. Garantías procesales, que en el procedimiento judicial, los individuos tengan garantías, derechos, que respete derechos humanos o que los reconozca. Derechos y libertades....
- Elemento de tipo **subjetivo**: sería **que los gobernantes** (aquellos cargos públicos que integran la administración y el poder político) **actúen de buena fe**. Por eso el elemento es subjetivo. **Para comprobar que un gobernante tiene buena fe, puedo prestar atención a si los gobernantes también tienen que cumplir el derecho que ellos hacen.** Por que si alguien hiciera un buen derecho, no tendría ningún problema en cumplir con este. Y esto es un buen indicio.

▼ ¿El derecho permite ordenar la sociedad de forma justa?

El derecho es la **única herramienta** que permite ordenar la sociedad de la forma **más justa posible**. No de una forma justa, sino de la más justa posible. En todo ordenamiento jurídico hay normas injustas, muchas o pocas, y eso no significa que el derecho sea injusto. Y por eso el derecho **se tiene que ir perfeccionando**.

▼ ¿El derecho es bueno o es malo?

Por eso el **derecho no es ni bueno ni malo**, eso depende del uso que se le dé. Por eso es una **herramienta. Depende del fin**. Y la **finalidad** del derecho, su uso principal, es **organizar la sociedad de la manera más justa posible**.

Definición de derecho de Prieto Sanchís: Sistema normativo que descansa en y regula el uso de la fuerza mediante el establecimiento de órganos de producción y aplicación de normas con pretensión de justicia.

Las funciones del derecho como institución social

El derecho sirve para muchas cosas. Incluso para cosas legítimas y para cosas ilegítimas. En Prieto Sanchís se ven diversas funciones:

▼ ¿Cuáles son las funciones del derecho como institución social?

▼ **Dirección de la conducta:**

El derecho sirve para **orientar el comportamiento de los individuos**. Lo cual puede hacerse de varias maneras según queramos hacerlo **a priori o a posteriori**. Y según si la conducta sea **deseada o indeseada** para el poder político, estado, derecho,....

	A Priori	A Posteriori
Deseada	Promoción Fomento Recomendación	Recompensa Premio
Indeseada	Campañas de prevención.	Sanción

1. **A priori + deseada:** edificios públicos, radio, televisión,...
2. **A posteriori + deseada:** promoción a la contratación de personas que forman parte de colectivos presuntamente marginados
3. **A priori + indeseadas:** campañas de prevención a las drogas. Campañas como la de tráfico, que se ponga el cinturón de seguridad, la violencia de género, acoso sexual. Las colillas de cigarros del bosque.
4. **A posteriori + indeseadas:** multas, como por ejemplo la multa de hacer botellones por la calle, aparcar mal,...

▼ Resolución de conflictos:

El derecho traza **procedimientos para resolver conflictos**. Las personas tienen diferentes intereses. Y para resolver este conflicto, antes se arreglaría sabiendo quién es el más fuerte. El derecho sin embargo, **traza unos cauces que son para todos y que puedan resolver los conflictos sin acceder al uso de la fuerza**. Se trazan unos procedimientos, para que se puedan resolver los conflictos.

▼ ¿Qué tipos de procedimientos hay?

1. **Judiciales:** en territorio judicial, ante jueces y magistrados. Con uso del derecho.
2. **Extrajudiciales:** resolver un conflicto **sin que medie el juez**. A suertes, a cartas, apostamos algo, la opinión de un tercero. Los servicios de un **mediador**, que trata de resolver un conflicto encontrando un punto en común entre las partes. El mediador es más barato que un abogado, y llegará a un acuerdo mucho más rápido que un proceso judicial. **Si se llega al acuerdo, esto se puede llevar ante el juez para que las partes lo cumplan**. Y es una forma de resolver conflictos. Sin embargo, **cuando es el juez el que resuelve el conflicto, sea cual sea el resultado**,

la sentencia judicial se convierte en norma jurídica y se tiene que cumplir, imposición inexorable. Eficacia ERGA OMNES.

▼ **Configuración de las condiciones de vida:**

El derecho está **presente** en todos los **aspectos de la sociedad**. Prácticamente **todo está regulado**. De tal modo que el derecho tiene la capacidad de **moldear** en qué **condiciones de vida** vivimos. El contenido de los derechos y las libertades, cobertura de educación, sanidad, salario mínimo, mundo laboral, jubilaciones,... **Configura cómo vivimos**.

▼ **Organización del poder:**

Ya no es solo el aparato de la administración pública. El **derecho dice quién manda en la sociedad y cómo se ejerce**. Qué **cuota de poder** tiene **cada uno**. En una sociedad tiene que mandar alguien. Normalmente, en un estado democrático, el poder descansa en el pueblo. **Quién ejerce poder, en qué cuota y como**.

▼ **Legitimación del poder:**

▼ ¿Qué diferencias hay entre **legitimación** y **legitimidad**?

1. **Legitimación**: un discurso que persigue recabar legitimidad. **Buscar aceptación**.
2. **Legitimidad**: un **juicio particular** que lleva a cabo cada uno **de forma individual, respecto a un discurso de legitimación**, se acepta o no se acepta.

▼ Segundo Robert Merton + Marxismo:

Las funciones según **Robert Merton**: tiene una **función latente, subyacente** e interior, y otra exterior y **manifestada**, declarada. Como la danza de la lluvia. El objetivo exterior es que llueva, y el interior es generar calma. Hay muchos ejemplos.

Según el **Marxismo**: función de **organizar la sociedad en clases**, de cumplir una función represiva, y disimular la opresión. El derecho es la voluntad de la clase dominante erigida en ley.

▼ ¿Quién propone las funciones que en parte, también propone Prieto Sanchís?

Manfred Rehbinder: 5 funciones.

Tema 2. Derecho, estado y sociedad moderna

Los materiales están diversificados entre:

- Prieto Sanchís, apuntes de teoría del derecho.
- Texto "Derecho y fuerza" de Manuel Atienza.
- Texto "Estado de Derecho y sociedad democrática", de Elías Díaz.

Derecho y poder

Qué **relación** hay entre el poder político/**estado** y **derecho**.

▼ ¿Cuál es la relación más evidente entre el derecho y el estado?

La relación más evidente es que el **derecho es un elemento creado por el estado**. Es hijo del poder político, él lo sustenta y mantiene y es su herramienta para satisfacer sus necesidades.

Atienza: se habla de una relación entre los dos elementos. Los dos se prestan ayuda mutuamente y de estas relaciones particulares viene la relación total.

Estado y Estado de Derecho

La idea de Estado de Derecho

Cómo influye el poder político en el derecho

- ▼ ¿Cómo influye el estado en el derecho?

El estado estataliza al derecho. Significa que el derecho se convierte en derecho del estado. Lo convierte en **derecho positivo** (derecho del estado).

- ▼ ¿Todo el derecho es estatal?

El derecho no es solamente el derecho que hace el estado. Hay derecho más allá del estado. Por lo tanto hay una oposición frontal según la cual sólo es derecho el que hace el estado (**juspositivismo**). Pero esto se opone a otra concepción de lo jurídico (**jusnaturalistas**) y son aquellos que creen en la existencia del derecho natural. El **derecho natural** es un derecho supraestatal, que está por encima del estado. Existe sin necesidad de estado.

- ▼ ¿Qué relación hay entre el derecho natural y el derecho positivo?

El derecho natural ha pasado por sus mejores y peores etapas, ya que **el derecho natural es una instancia moral del derecho cuya finalidad es influir en el derecho positivo porque le dice qué contenido tiene que tener**. Cómo tiene que ser. Por lo tanto, el contenido ha variado al largo de la historia, pero siempre ha influenciado el derecho positivo. Ej: los derechos humanos. Existen independientemente que los estados los incluyan en sus ordenamientos. Existen independientemente del país en el que te encuentres. Los tenemos de manera innata. Y a veces queda en colisión con el positivo, y a veces no. La típica contraposición entre la moral o la razón y el mismo derecho estatal.

- ▼ ¿Cómo se beneficia el derecho del estado?

Por lo tanto, estos elementos se influencian de tal manera que ambos sacan beneficios de esta relación. Por ejemplo, el **derecho se beneficia** de relacionarse con el estado **porque el estado garantiza su cumplimiento**. El estado se compromete a hacer que se cumpla el derecho positivo. En cambio el **estado no tiene este compromiso con el derecho natural**. Si es necesario, el estado ofrece la fuerza de su administración para garantizar el cumplimiento del derecho positivo.

Cómo influye el derecho en el poder político

- ▼ ¿Cómo influye el derecho al estado?

El derecho juridifica al estado. Esto quiere decir que todo el funcionamiento del estado estará regulado por el derecho. El estado se vuelve derecho. De tal manera, para muchos autores, que el **estado y el derecho se convierten en sinónimos**. Hablar del estado francés es lo mismo que hablar del derecho francés. No hay ámbitos estatales que no estén juridificados, que escape del conocimiento del derecho. Por lo tanto, **el estado se ha convertido en Estado de Derecho**.

Entonces el funcionamiento del estado queda regulado/sometido/controlado/limitado por el derecho. Es una **fusión total**. Hay una contención. **Ya no es libre la actividad del estado, ya no es arbitraria.** → **Constitución normativa** (con la constitución política el derecho y el estado no son sinónimos).

▼ ¿Cómo se beneficia el estado del derecho?

El estado ofrece seguridad jurídica a sus ciudadanos. Y entonces **el estado consigue legitimidad/aceptación**. Los ciudadanos aceptan la forma de estado.

▼ ¿Qué cualidad debe tener la ley en un estado, para que este estado sea un Estado de Derecho?

Se podría pensar que el estado puede hacer las leyes que quiera. En el caso que haga las leyes una fuente única de derecho, lo podría hacer según sus intereses. Sin embargo, para que un estado sea un Estado de Derecho no solamente tiene que estar sometido a la ley, sino que ese tipo de ley tiene que tener una cualidad: **esa ley tiene que ser democrática**. Una ley **emanada de un órgano de representación popular**. Y esto se opone a una ley emanada por una voluntad individual. Entonces, **el estado se somete a las leyes que él mismo se pone**.

▼ ¿Qué elemento puede singularizar a un Estado de Derecho?

El elemento que puede singularizar a un Estado de Derecho es el **Imperio de la Ley**. El **absoluto sometimiento del estado al derecho**. Representa la radical limitación al estado, que tiene que obedecer al derecho. Ahora quien impera en la sociedad es la ley. Un funcionario, mientras actúa como tal, actúa según la voluntad de la ley, no a la suya. No hay voluntad propia.

Ej: el viernes estaba comiendo con unos amigos, y uno de ellos era magistrado. Lo que había estado haciendo era hacer matrimonios. Y este individuo sabe francés, y mientras esté ejerciendo el cargo de magistrado no puede hablar en francés, tiene que expresarse en una de las lenguas oficiales.

Concepto y precedentes históricos

▼ ¿Qué ha permitido el estado de derecho de una forma lo más perfecta posible?

De hecho, el estado de derecho es el único ejemplo que hay que ha permitido efectivamente **limitar plenamente el poder del estado**. La historia de la humanidad en cuanto a las formas estatales, si las vemos des del origen hasta la actualidad, la corriente que se sigue es cada vez limitar más la actuación del estado. La forma más perfecta de hacerlo es esta.

▼ ¿Qué limitaciones ha tenido siempre el derecho?

El estado de derecho se caracteriza por varios elementos. El derecho siempre ha tenido limitaciones. Cuando hablamos de derecho hablamos de personas que hacen normas jurídicas. Siempre, el legislador ha tenido que cumplir unas cautelas:

- Todos tenemos una **instancia moral**, y no habrá normas qua vayan a cumplirse si estas van en contra totalmente de lo que dice la instancia moral. Por lo tanto **aunque se quisiera, el derecho positivo no puede ir en contra totalmente del derecho natural**. La **moral**, en general, **trasladada al derecho, da como instancia el derecho natural, el cual influencia al derecho positivo**. Este señala el deber ser del derecho. Y **si no se ajustan ambos derechos, sufrirá falta de legitimidad y su cumplimiento será difícil**.

▼ ¿Cómo han sido estas limitaciones al largo de la historia?

En la **edad media**, las leyes tenían que coincidir con la **moral**, ya que como el poder estaba compartido entre el rey y la iglesia, no podían ser contrarios. El poder del rey desaparecería.

Por lo tanto, hay gran influencia de las instancias religiosas en la ley.

En la **ilustración**, como la **razón** es la única instancia que legitima, la ley tiene que basarse en la razón. La ley será legítima, se cumplirá, si se basa en la razón. Las normas serán cumplidas si son racionales.

Las limitaciones, al fin y al cabo, son los elementos que dan legitimidad al derecho.

Caracteres del estado de derecho

▼ ¿Cuáles son los caracteres del estado de derecho?

▼ Imperio de la ley

Los grandes **beneficiados** del imperio de la ley son aquellos **individuos más pobres, vulnerables, débiles**,... Porque lo que hace el derecho es generar entorno al individuo una esfera de libertad. ¿Cuales serán las instancias que intentarán penetrar en las esferas de libertad? Las otras personas o el estado. **Quien fija los límites de la esfera de libertad, es la constitución.** El derecho, las normas jurídicas, la ley. La única garantía con la que cuenta el individuo, y que blinda nuestra esfera de libertad, es el imperio de la ley. Que haya un estado de derecho.

Y la esfera de libertad del individuo fuerte y rico se la genera él mismo. En cambio, el débil no tiene otra instancia que apelar que no sea la ley. **El débil o pobre sólo puede confiar en la protección de la ley.**

▼ División de poderes

La división de poderes es **antagonista a la concentración de poderes**. Que todos los poderes del estado están concentrados en un solo individuo o una sola instancia. Vamos a separar el poder para huir de la concentración del poder. Y lo haremos de forma competencial: **cada poder hará su función.** **Poder legislativo:** legisla, **crea derecho.** Dentro del poder legislativo tampoco hay solo una única instancia. **Poder ejecutivo:** ejecuta. **Hace cumplir el derecho.** Observa la realidad y detecta donde no se está cumpliendo y hacer que se cumpla. Tampoco hay solo una única sede, sino que hay diferentes instancias. El gobierno, los fiscales,... **Poder judicial:** constituido por **jueces y magistrados**, cuya función es **interpretar y aplicar el derecho.** Está muy dividido en cuanto a órdenes, ya sea por la materia o por el territorio. Es muy importante que los mejores estén en el poder judicial. La sociedad depende que los mejores la controlen.

Cada uno de los poderes está dividido en diferentes sedes, para asegurar su buen funcionamiento.

▼ Legalidad de la administración

La **administración pública, su actuación debe llevarse a cabo según el derecho.** Y esto lo provoca el imperio de la ley. Debe obrar conforme a derecho, a la ley. Según la ley preexistente. Esto significa que **no se actúa en la ley futura, sino en la ley que ya existe.** Esto genera **seguridad jurídica.** A lo que se opone es a que la administración pueda obrar de forma arbitraria. Y esto genera que la administración es responsable de su actuación y de sus decisiones. Tiene que ajustar su comportamiento al derecho, y si no lo hace es responsable. **Y los que controlan que la administración cumpla las leyes son los jueces y magistrados** que están en el orden de lo **contencioso administrativo.**

▼ Derechos y libertades fundamentales

Los **límites de cada persona, son derechos y libertades.** Límites a la actuación al poder político, que han generado las normas jurídicas. El **estado de derecho, para serlo, debe reconocer derechos y libertades.** Se limita con el imperio de la ley, con la división de poderes, con la legalidad de la administración, y con la relación con particulares. Prieto Sanchís: su garantía jurídica formal y su efectiva realización. **No es suficiente con**

reconocer los derechos y libertades, sino que es necesario dotarlos de contenido, que este sea real y efectivo. La obligación de el estado para hacerlo se determina en el **artículo 9.2 de la Constitución**. "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."

Todo lo que hemos hecho es para garantizar los derechos y libertades. Hoy en día, el estado no solo es Estado de Derecho, sino que también es un estado democrático y social. (Art 1.1 constitución) **Debe ser un estado del bienestar, no puede ser ciego ante las desigualdades de la sociedad. Debe actuar activamente, no pasivamente.**

Tema 3. Usos de la palabra derecho

Término (palabra) y concepto

Distinción entre término, concepto y objeto.

▼ ¿Qué son los términos?

Los **términos expresan conceptos**. Los sustantivos.

▼ ¿Qué son los conceptos?

Los **conceptos**, que son **designados por los términos, se refieren a la realidad tanto física como intangible..**

- Pueden o no referirse a la **realidad física**. A lo natural. Por ejemplo **montaña, playa, río, ordenador, botella, mesa**. Son conceptos que sí se refieren a la realidad física. "existen" en el mundo físico/natural.
- También tenemos otros conceptos que no tienen su transposición en la realidad, no existen en la realidad física. **Realidad intangible: concepto unicornio, concepto utopía, concepto infinito, concepto justicia, libertad, igualdad.** Son conceptos que tienen existencia pero no en la realidad física o natural. Sí que existen en la realidad, pero no en la realidad física.

▼ ¿Qué son los objetos?

Los **objetos**, que son **todos esos elementos contenidos dentro de un concepto. Todos los ríos del mundo son esos objetos contenidos dentro del concepto río.** Todas las montañas del mundo son objetos dentro del concepto de montaña. Podemos distinguir según:

- Si se pueden percibir de **forma sensorial**, mediante los sentidos. **Así puedo determinar la existencia de determinados objetos, o de un concepto**, mediante los sentidos (vista, tacto,...).
- Pero **hay otros objetos que no podemos percibir** su existencia **mediante lo sensorial**, y sin embargo existen. Por ejemplo, el derecho. El derecho existe, pero al derecho no se le puede señalar, ni tocar, ni ver,...

▼ ¿De qué forma se expresa lo jurídico?

El **derecho** como concepto es expresado por una palabra o término, que es el término "derecho". Que **es una palabra polisémica**, designa varios significados.

El derecho como directum, que significa aplicar directamente.

Al derecho lo llamamos derecho. El concepto de derecho que manejamos aparece en **Roma**, pero en Roma el derecho no se llama derecho, se llama **ius**. Esta palabra sirve para designar un concepto. Como el derecho es un término abstracto, los romanos lo expresan de **forma metafórica**. Por que **ius** (**yugo**), en sí, es un **instrumento agrícola**. Y muchos conceptos jurídicos son metáforas agrícolas. El yugo es esa herramienta que se pone sobre el cuello de animales de tiro para poder conrear. Los romanos eligen esta metáfora para expresar la idea de derecho porque para lo que sirve esta herramienta es para **equiparar la fuerza de tiro de los animales**.

Y de **ius** viene **iustitia**, que es justicia. Es lo que genera el yugo, **equiparar fuerzas diferentes**.



▼ ¿Qué otra palabra se usa bastante en el derecho y también viene de los romanos?

Hay otra palabra que se usa bastante en el derecho y que viene de los romanos. Una **regla**, que es una **norma**. Y en **latín**, una **regula** es un **instrumento recto que sirve para medir**. Sirve para trazar una línea recta. **La idea de rectitud, lo rectilíneo**. Expresan todas las palabras relacionadas con regula significan rectitud.

Usos de la palabra derecho

Ambigüedad de la palabra "derecho"

▼ ¿Por qué se dice que el derecho es una palabra ambigua?

Una **palabra polisémica** genera problemas de ambigüedad. Y el significado de derecho es ambiguo. Y para saber su significado, **dependerá de la situación**. También puede saberse el significado de una palabra **dependiendo de cómo se escribe, si es mayúscula o minúscula**.

Diversos significados

▼ ¿Qué diversos significados puede expresar el derecho?

1. **Derecho en sentido objetivo**, cuyo significado vendría a ser el conjunto de normas jurídicas. Sinónimo de **sistema jurídico**. Equivale también a decir **la ley**. En sentido objetivo, el derecho se escribe en **mayúscula** (Derecho). Otra palabra a la que le ocurre lo mismo es

la ley. **La Ley se escribe en mayúscula cuando expresa derecho.** En inglés (**Law**). Por ejemplo: el matrimonio entre hermanos está permitido por el Derecho francés.

2. **Derecho en sentido subjetivo**, aquellas facultades o **poderes atribuidos a una persona por el derecho objetivo**. El derecho, confiere a las personas **derechos y libertades**. Tener o no la facultad/poder de hacer algo. Son como **autorizaciones**. En esta acepción, derecho se escribe en **minúscula**. Ej: tengo el derecho de casarme, tengo la facultad de casarme. En inglés (**right**)
3. **Derecho en sentido de ciencia o saber**, que se estudia en las **facultades de Derecho**. Estudiantes, profesores, grado en, manuales de Derecho. Se escribe en **mayúscula**.
4. **Derecho en sentido de expresión valorativa**, sirve para **expresar un juicio de valor**. Se escribe en **minúscula**. Ej: **no hay derecho a que se haga esto...** Expresamos que es injusto que se haga esto... Para manifestar una **injusticia**.

Derecho subjetivo

Quien me dota de la facultad de hacer una cosa u otra? el derecho en sentido objetivo. **Si te crees con la facultad de tener un derecho, pero no está en la ley, es una simple ilusión.** Tenemos que buscar la norma jurídica referente. En sentido retórico está bien, pero sino no.

▼ ¿Qué elementos tiene el derecho subjetivo?

- El **reverso**: genera en los demás deberes conmigo.
- Me genera a mi una **pretensión que puedo hacer que se cumpla jurídicamente**.
- El derecho subjetivo me **permite crear relaciones jurídicas**.

▼ ¿Qué significa el derecho subjetivo como reverso de los deberes de los otros?

El derecho en sentido subjetivo es la **facultad del sujeto de determinar o de imponer normativamente el comportamiento de los demás**. Facultad de exigir a los otros determinada conducta. Decir que **yo tengo la facultad de circular libremente**, lo que quiere decir en realidad es que puedo **impedir a los demás a que aporten resistencia para que no me impidan la libre circulación**. No es un derecho mío, son obligaciones que tienen los demás de respetarme a mí.

Para que un **derecho** esté dotado de **contenido, los demás deben tener deberes**. Derechos e deberes son las **dos caras de la misma moneda**. Yo tendré derecho a algo si los demás tienen deberes, y aquel derecho que no implique deberes está vacío de contenido.

Es el reverso de los deberes de los demás.

Ej: tengo derecho a andar por la calle, los demás tienen la obligación de dejarme andar por la calle, de respetar mi esfera.

▼ ¿Qué significa el derecho subjetivo como pretensión?

También existe la acepción de derecho como pretensión. Una persona tiene derecho a cobrar una deuda, a percibir un sueldo, significa que tengo una pretensión de que el otro actúe de manera concreta. **Espero del otro un comportamiento determinado**. El comportamiento que yo espero del otro, significa que **jurídicamente tengo la capacidad de que obre de una determinada manera**. Si una persona no me paga, puedo obligar jurídicamente a que me pague.

▼ ¿Qué significa el derecho subjetivo como poder de formación jurídica?

Me permite crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Si tengo derecho a contener matrimonio, creo una relación jurídica que puedo modificar y extinguir. Como el derecho a **crear contratos, testamento,...**

El derecho de la propiedad me da derecho a hacer lo que quiera con la cosa que es de mi propiedad.

▼ ¿De qué son atribuciones el derecho subjetivo?

Todo lo que tenemos como derecho subjetivo son atribuciones **del derecho objetivo**.

Tema 4. Las normas jurídicas: estructura y elementos

Ahora el protagonista de la asignatura es la norma. La norma se convierte en el objeto de estudio de los siguientes temas.

Lenguaje y norma

▼ ¿De qué están hechas las normas jurídicas?

Las normas jurídicas están hechas de lenguaje. El derecho es lenguaje. El único canal de expresión del derecho es el lenguaje. Por eso, el jurista tiene que ser un gran lector, ya que todo lo que trabaja está expresado en el lenguaje. Y una de las competencias más importantes del jurista es la comprensión lectora.

▼ ¿Todo el lenguaje es normativo?

Lo que sí sabemos es que **no todo el lenguaje es normativo**. Aunque este sirva para expresar normas jurídicas, **también sirve para otras muchas cosas**: dar información, narrar, pedir, insultar, alterar la realidad, rezar,...

Usos del lenguaje

▼ ¿Cuáles son los 4 usos principales del lenguaje?

Entre todas las funciones del lenguaje, destacamos 4 usos principales:

1. **Uso descriptivo del lenguaje:** para **transmitir información sobre lo que sea**, sobre el mundo. **Describir la realidad.** El objetivo es describir la verdad. Eso significa que los enunciados son susceptibles de ser **verdaderos o falsos**. Ya que una de las definiciones de verdad es si el determinado enunciado se ajusta a la realidad.
2. **Uso expresivo del lenguaje:** se trata de **expresar sentimientos**. Típico del arte, política, teatro,... Se busca provocar en el otro cierto estado de ánimo. Apela a las emociones. Algunas veces en las clases se intenta usar el lenguaje de esta forma. Ej: te quiero, imbécil, subnormal,...
3. **Uso prescriptivo del lenguaje:** prescripción significa "**lo que debe hacerse**". Una prescripción es un **mandato**, una **orden**. Es aquella función que busca **influir en la conducta de los demás**. Mandatos, ruegos, consejos, recomendaciones,... Órdenes y prohibiciones. Es la función **típica del derecho, de la moral**. **No** son enunciados que **pueden ser verdaderos o falsos**, sino que son **eficaces o no eficaces** según se cumpla o no el objetivo por el que fueron emitidos. Y el objetivo es alterar el comportamiento de otro.

4. **Uso operativo/realizativo del lenguaje:** el lenguaje puede **llegar a alterar la realidad de otro por medio de las palabras.** Por pronunciar determinadas palabras la realidad se transforma de forma radical. Ej: ese tipo de expresiones "**yo os declaro marido y mujer**", o "yo le condeno a cumplir tantos años de prisión". Dos personas que no eran nada, por el hecho de pronunciar determinadas palabras, se ha alterado su estatus y ya son un matrimonio. Se ha creado algo que no existía antes de pronunciar esas palabras.

▼ ¿Por qué se le puede llamar al derecho "ingeniería de palabras"?

Por estos motivos el derecho es una ingeniería de palabras. En la ingeniería, mediante la técnica se altera la realidad. En cambio, **el derecho es el único saber que permite alterar la realidad mediante palabras.** Ya no es la técnica, sino que las palabras.

Las normas jurídicas y el lenguaje prescriptivo

▼ ¿A qué tipo de lenguaje pertenecen las normas?

Señala que **las normas pertenecen a un uso del lenguaje prescriptivo.** Este es el lenguaje propio del derecho. Lo que pretende es condicionar el comportamiento de los destinatarios. Permite formular obligaciones y prohibiciones.

Diferencias entre el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo

▼ ¿Qué diferencias hay entre un enunciado y una proposición?

Enunciado: conjunto de signos con sentido. Sujeto, verbo y predicado.

Proposición: el sentido/significado de un enunciado.

▼ ¿Cómo podemos diferenciar el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo?

Podemos diferenciarlos en un triple nivel:

1. **Nivel sintáctico:** se diferencian por que los enunciados **descriptivos** suelen estar expresados en **modo indicativo**. Mientras que el lenguaje **prescriptivo** suele expresarse en **forma deontica → al deber ser**. No siempre se expresa de esta forma el lenguaje prescriptivo, ya que se puede expresar en **forma de interrogación**. Ej: ¿quieres callarte?
2. **Nivel semántico:** teniendo en cuenta el significado de las palabras, el sentido del enunciado. Los enunciados **descriptivos** son susceptibles de ser **verdaderos o falsos**. En cambio los **prescriptivos** son susceptibles de ser **eficaces o no eficaces**. La relación de los prescriptivos con la realidad es que la quieren alterar.
3. **Nivel pragmático:** es prácticamente el elemento definitorio para comprender la diferencia. Alude a la intención del emisor/hablante. Si era **dar información → descriptivo** o era **condicionar el comportamiento del destinatario → prescriptivo**.

El **uso descriptivo no exige ningún tipo de relación especial entre los hablantes, en cambio el uso prescriptivo sí** (cuando se emplea hay una relación de autoridad entre el emisor y el destinatario).

Enunciados/disposiciones normativas

Entre los enunciados y las disposiciones normativas hay una relación de identidad.

▼ ¿Qué diferencia hay entre los enunciados/disposiciones normativas i las normas?

En el uso común del lenguaje de los juristas, suele emplearse el término norma de forma indistinta a un artículo, o a la norma en sí. En realidad, **una norma no es el artículo x, o el conjunto de palabras, sino que esa es la instancia en la que está la norma. La norma es el significado.**

Un artículo determinado no es una norma, aunque se le llame norma. La norma es el significado del artículo, ya que **en un artículo puede haber varias normas**. ¿Cómo deducimos las normas que hay en el artículo? → mediante una operación lingüística, la interpretación/hermenéutica. **El objetivo es interpretar el artículo para identificar las normas, descriptivarlas.** Cuando leemos un artículo, tenemos deducir **qué normas tiene, a quién va dirigido, y cómo se haya interpretado. El resultado de la interpretación de enunciados son las normas.**

▼ ¿La interpretación de qué agentes será la valida?

Los jueces magistrados. Los abogados lo interpretan por los intereses de sus clientes.

Puede darse incluso que cada juez lo interprete de maneras diferentes. Y por eso el **Tribunal Supremo tiene como función la de homogeneizar la interpretación de las leyes**, respecto a ciertos criterios.

Normas y proposiciones normativas

▼ ¿Qué pasa si una disposición normativa es expresada por una autoridad normativa?

La disposición normativa puede ser expresada por una autoridad normativa. Pueden por lo tanto estar contenidas en un "recipiente de normas" como el código de normas. Si una **disposición normativa es expresada por una autoridad normativa, da lugar a una norma o proposición prescriptiva**. La disposición normativa, al ser interpretada por un juez, sabremos su proposición. Y esta proposición tendrá un objetivo prescriptivo.

▼ ¿Qué pasa si el enunciado no está recogido en un soporte normativo?

Pero ocurre que el mismo enunciado, puede estar recogido en un soporte/"recipiente" que no sea normativo, **entonces la autoridad ya no es normativa**. Y entonces esto **ya no da lugar a una proposición prescriptiva ya que el objetivo del hablante ya no es imponer, ya no tiene autoridad normativa**. Entonces estamos hablando de un **manual de derecho penal, y no del código penal**. Este manual tiene el **objetivo de dar información sobre el derecho penal**, y el objetivo no es prescriptivo, sino que es **descriptivo**. Lo que quiere el autor del manual es explicar o describir la norma, no poner una norma. Entonces **sí que puede ser verdadero o falso**. Ya que el enunciado que explica el autor puede ser verdadero o falso, pero el código no. El código penal es una autoridad normativa, y el manual de derecho penal no.

▼ ¿Cómo no hay que confundir norma con proposición normativa?

La finalidad del código penal es imponer un comportamiento, mientras que la finalidad de un manual es la de describir el código penal. **No hay que confundir norma, con proposición normativa.**

Una norma es el significado de un enunciado que tiene un uso del lenguaje prescriptivo y que nace de una autoridad normativa. En cambio, una proposición normativa no tiene por qué estar escrita en lenguaje prescriptivo, sino que puede que esté escrita en lenguaje descriptivo.

Una autoridad normativa no tiene por qué ser jurídica. Una autoridad normativa podría ser un ladrón, o un padre. El ejemplo del ladrón es una norma, pero no es jurídica.

Normas prescriptivas, normas o reglas constitutivas y normas permisivas

Norma prescriptiva

▼ ¿Qué es una norma prescriptiva?

Es una orden, un mandato, una prohibición emitido por alguien que ocupa una posición de autoridad. Emaná siempre de una autoridad normativa, la dirige al sujeto normativo o destinatario. Y para garantizar que esta norma se cumple se le añade una **garantía, que podría ser la amenaza de un castigo**. Hay quien cree que cuanto mayor sea la amenaza, mayor será el cumplimiento de la norma. Pero es falso, se cumplirá igual la norma.

Las normas prescriptivas **ocupan un lugar destacado en el derecho. Las normas jurídicas son de forma preferente normas prescriptivas.**

Normas constitutivas

▼ ¿Qué son las normas constitutivas?

Sin embargo, hay normas que son jurídicas pero que no son normas prescriptivas. Por ejemplo, **definen o describen**. Que incluso confieren estatus. Por ejemplo **todas aquellas que definen una institución jurídica (institución del testamento, del matrimonio, de la hipoteca, del contrato)**. Y hay otras que confieren estatus (**mayoría de edad, nacionalidad, vecindad,...**). Si que son normas jurídicas pero no son normas prescriptivas. Son normas **constitutivas**. Son como **instrucciones de uso**, como **reglas**, ya que señalan los **pasos a seguir para constituir una institución jurídica**. "Si quieras hacer esto, tienes que seguir los siguientes pasos". Estas reglas de juego se pueden incumplir, pero entonces el objetivo que tenías se ha frustrado. Si quieras constituir un matrimonio, debes seguir los siguientes pasos, y si no los cumples simplemente no estás haciendo un matrimonio. Pero **no pasa nada si no cumples los pasos, simplemente no cumplirás con tu objetivo**.

▼ ¿Qué diferencia hay entre una norma prescriptiva y una norma constitutiva.?

Las **normas prescriptivas regulan hechos que existen aunque no existiera el derecho**.

Presentan una existencia al margen del derecho. Las normas prescriptivas dicen cosas por ejemplo, prohibido matar, fumar, robar,... Antes de que existiera el derecho seguía existiendo esto.

Las **normas constitutivas regulan hechos que solo existen porque existe el derecho**. No existirían de no ser por el derecho. Como ahora la mayoría de edad, la nacionalidad, el matrimonio, la hipoteca,...

También se distinguen por que en las **normas prescriptivas siguen un esquema: si x → pasará y**

En cambio, las normas **constitutivas siguen otro esquema: hacer x cuenta como y**

Por lo tanto son normas constitutivas las que no prohíben, ni obligan. Y esto no se contradice a lo dicho que el derecho tiene como lenguaje propio el prescriptivo, ya que las normas constitutivas son un fragmento de todas esas normas prescriptivas que usan la institución creada por la norma constitutiva. **Mediante las instituciones creadas por las normas constitutivas, el derecho puede usar las normas prescriptivas.** Entonces la norma constitutiva que pone la mayoría de edad es un fragmento de todas esas normas prescriptivas que usan la

mayoría de edad. Y así con todo. **Usamos las normas constitutivas para formular prescripciones.**

Normas permisivas

▼ ¿Qué son las normas permisivas?

Encontramos normas jurídicas que no las encontramos de forma deóntica. Tampoco son normas que definen o describen. **Son normas que dan permiso.** Ej: se permite...

▼ ¿Por qué se caracterizan?

Y esto puede llegar a ser una norma jurídica. Esta norma siempre se cumple, no se puede incumplir, ya que no prohíbe nada. **No hay modo de no cumplirla.**

▼ ¿Según Prieto Sanchís, en qué 2 sentidos puede ser entendida la idea de permiso?

Prieto Sanchís: la idea de permiso puede ser entendida en 2 sentidos:

1. **Está permitido todo lo que no está prohibido y todo lo que no es obligatorio.** Te encuentras frente a un permiso cuando no es obligatorio y algo no está prohibido.
2. **Me encuentro con lo permitido cuando está expresado en lo permitido.**

▼ ¿Qué relación tienen las normas permisivas con las normas prescriptivas?

Las **normas permisivas son una forma indirecta de referirse a prescripciones.** Una forma suave de señalar a algo que está directamente prohibido o obligado. Es una forma que emplea el derecho de prescribir el comportamiento, pero en vez de hacerlo de una forma deóntica, se hace de una forma menos agresiva. Ese permiso formulado por el derecho apunta a una verdadera prescripción.

Ej: **se permite fumar. Es una permisión directa y radical. Y esto significa que se prohíbe impedir que se fume. Se obliga a no obstaculizar a quien fuma.**

▼ ¿Según Prieto Sanchís, que 3 modalidades de permisos hay?

Según Prieto Sanchís hay 3 modalidades de permisos:

1. Permiso como **tolerancia**: lo que tiene que hacer la **autoridad** es **no interferir**.
2. Permiso como **derecho** (en sentido subjetivo): ahora se suma el derecho o **facultad de la persona de exigir a los demás que no entorpezcan lo que tiene permitido.** Apunta a una prohibición → se prohíbe a los demás que interfieran en tu actividad permitida.
3. Permiso como **habilitación**: un **mandato a los demás a que faciliten, a que hagan lo posible para facilitar una acto que está permitido.** Por lo tanto, si se dice -se permite fumar-, pues dotar al espacio de ceniceros.

"Se permite pasar por el prado" → no interferir si alguien pasa, no poner una valla para que no se pase, facilitar el paso.

Estructura de la norma jurídica

▼ ¿Qué es el **supuesto de hecho**? ¿Cómo interviene el derecho en él?

El supuesto de hecho es **todo aquello que se da en la realidad.** Pueden ser **acciones** (fumar, matar), **objetos** (libro, casas), **personas** (trabajador) o descripciones de **situaciones** (muerte o nacimiento). El **derecho los regula**, los califica jurídicamente. Les da valor jurídico.

Si se dan determinadas acciones, esto lo califica jurídicamente dándole una **consecuencia jurídica**. Ej: tener +18 años (supuesto hecho) → mayoría de edad (consecuencia jurídica)

Tipos de normas según los elementos de las normas jurídicas

▼ ¿Qué **elementos** tienen las normas jurídicas?

- **Carácter**
- **Contenido de la norma**
- **Condición de aplicación**
- **Autoridad**
- **Sujeto normativo**
- **Ocasión de aplicación**
- **Promulgación**
- **Sanción**

▼ ¿Qué es el **núcleo normativo**?

El **núcleo normativo** son aquellos **elementos** que tienen **en común** las **normas prescriptivas** con el **resto de normas**.

▼ ¿Cuáles de estos **elementos** forman el **núcleo normativo**?

- **Carácter**
- **Contenido de la norma**
- **Condición de aplicación**

▼ ¿En qué consiste el elemento del **carácter** y qué **normas** están bajo este?

1. **Carácter:** las normas también tienen carácter, finalidad. **Qué quiere hacer la norma respecto al objeto; prohibirlo o permitirlo. Se pueden catalogar las normas dependiendo del propósito que persigan en relación a su objeto como:**

- **Obligaciones**
- **Permisos**
- **Prohibiciones**

Diferenciación entre **normas permisivas** y **normas imperativas**.

▼ ¿En qué consiste el elemento del **contenido de la norma** y qué **normas** están bajo este?

1. **Contenido de la norma:** se refiere a **aquella actividad declarada como una obligación, permitida o prohibida. El supuesto de hecho.** Cuando el contenido de la norma está muy claro (ej: norma de prohibido matar), pero hay otras normas más difíciles de entender (ej: art 15. todos tenemos derecho a la vida).

Es el **objeto de regulación**.

Diferenciación entre **normas abstractas** y **concretas**.

▼ ¿En qué consiste el elemento de la **condición de aplicación** y qué **normas** están bajo este?

1. **Condición de aplicación:** son aquellas **circunstancias que han de producirse para que se pueda realizar el contenido de la norma**, para que la norma se pueda aplicar (ej: quien asesine a alguien recibirá 20 años de cárcel.)

- **Explícitas:** la encontramos **manifestada por la propia norma**, ej: si llueve tienes que cerrar la puerta.
- **Tácitas u omitidas:** **normas que se deducen**. Ej: tienes que cerrar la puerta, para que se dé esta norma se deduce que la puerta está abierta.
- **Normas categóricas:** **carecen de condición de aplicación**, no tiene que darse ningún condicionamiento para que se cumpla. Ej: normas morales.
Su cumplimiento no está condicionado a ninguna situación previa.
- **Normas hipotéticas:** aquellas normas que **la condición de aplicación se da en determinadas situaciones**. Ej: quien asesine irá 20 años a la cárcel. Hay muchas más condiciones de aplicaciones para que se cumplan las normas. Condiciones que no van con el ordenamiento jurídico. Ej: quien asesine a otro y sea mayor de edad.

▼ ¿En qué consiste el elemento de la **autoridad** y qué **normas** están bajo este?

- **La autoridad:** **quien promulga la norma**. Las normas se distinguen respecto a la autoridad:
 - **Normas personales o impersonales:** **depende de qué conocemos esa autoridad**, singularizarla, señalarla, si podemos identificar el individuo que ha creado la norma. Ej: "los jueces", parlamentos, las normas jurídicas que por orden tienen que ser impersonales.
 - **Las sentencias son las excepciones** porque se sabe quien aplica la sentencia, el juez.
 - **Normas Autónomas:** cuando la **autoridad normativa**, quien crea la norma, es el mismo que la tiene que cumplir, **el sujeto normativo**.
 - **Normas heterónomas:** **norma impuesta por alguien que no se le aplica la norma**, proviene del exterior del individuo, el grupo social la impone.

▼ ¿En qué consiste el elemento del **sujeto normativo** y qué **normas** están bajo este?

- **Sujeto normativo:** es **a quien se le dirige la norma**, los destinatarios. Según esto las normas pueden ser:
 - **Generales o particulares:** después de las revoluciones liberales se exige al derecho que las normas sean generales, que se dirijan un colectivo. Una norma privada es una ley que evita los **privilegios**.
 - **Las sentencias** vuelven a ser la **excepción**, van dirigidas al individuo.

▼ ¿En qué consiste el elemento de la **ocasión de aplicación** y qué **tipos** de ocasiones hay?

- **Ocasión de aplicación:** **localización territorial/espacial o temporal** en la que la norma tiene que cumplirse. Se tiene que distinguir en:
 - **Ocasión territorial:** **lugar** donde la norma se tiene que cumplir geográficamente.
 - **Ocasión temporal:** **tiempo** en el que se tiene que cumplir la norma, cuando se tiene que aplicar la norma. Cuando aquella norma haya entrado en vigor, la **vigencia de las normas** es el periodo de tiempo que las normas producen efecto. El periodo de vigencia de una norma viene determinado: una vez dictada la norma, se tiene que

publicar en el BOE, i una vez publicada i transcurridos 20 días, la norma entra en vigor hasta que se deroga.

▼ ¿En qué consiste el elemento de la **promulgación** y qué **normas** están bajo este?

- **Promulgación:** formulación pública de la norma, para que se dé a conocer. Puede ser expresada por **escrito, oralmente o simbolizada**. La norma tiene que cumplir con este requisito, la suficiente publicidad para poder ser conocida por los destinatarios. El derecho español considera que el requisito de la suficiente publicidad se cumple cuando la norma es **publicada en el BOE** i para que los destinatarios tengan tiempo para conocerla, se le añade el requisito de los **20 días**, la "**VACATIO LEGIS**". Una vez pasados estos días, presuntamente ya la conoce todo el mundo, en el código español dice que el desconocimiento de las leyes no exime de su cumplimiento.
 - Diferenciación entre **normas escritas** y **normas consuetudinarias**.

▼ ¿En qué consiste el elemento de la **sanción**?

- **La sanción:** la **consecuencia desagradable** que le sigue al incumplimiento de la norma.

Otros tipos de normas

Normas de ius cogens y de ius dispositum

▼ ¿En qué consisten las **normas de ius cogens**?

- **Normas de ius cogens:**

Normas obligatorias, perceptivas, que no pueden ser substituidas válidamente por otras. Son de **carácter obligatorio y perceptivo**, son tipos de normas penales, prohibiciones. Estas normas se dan en lo que se conoce como **derecho público**. El derecho público son las **relaciones jurídicas en las que uno de los intervenientes es un sujeto investido de potestad pública**. Cuando la administración pública interviene, aquella relación es de normas de orden público, normas de "ius cogens", y no se puede modificar.

▼ ¿En qué consisten las **normas de ius dispositum**?

- **Normas de ius dispositum:**

Propias del **derecho privado**, el derecho privado es aquel derecho que **regula relaciones entre particulares**, y son particulares aquellos que no están investidos como administración pública.

Las normas de ius dispositivo son normas que sí se pueden sustituir válidamente por otras, siempre en contexto de relaciones privadas.

Normas primarias y secundarias

▼ ¿En qué consisten las **normas primarias**?

- **Normas primarias:** normas **dirigidas al individuo** y que condicionan su conducta.

▼ ¿En qué consisten las **normas secundarias** y qué **tipos** hay?

- **Normas secundarias:** normas dirigidas a las otras normas jurídicas. Tipos de normas secundarias:

- **De reconocimiento:** aquellas normas que establecen los requisitos que tienen que tener las normas jurídicas para pertenecer a un ordenamiento jurídico, nos permiten

saber cuáles pertenecen a otro ordenamiento jurídico.

- **De aplicación o adjudicación:** saber **cómo se aplican las normas**, todas aquellas preguntas dirigidas a saber la aplicación de las normas, ¿quién las aplica? ¿cómo se aplica? ¿cuando se aplica?
- **De cambio:** aquellas normas que establecen el quién, el cómo y el cuándo respecto a la modificación de las normas jurídicas. Crear, modificar, derogar. **Sin ellas, el ordenamiento jurídico sería immutable**, siempre las mismas normas sin posibilidad de modificarlas, derogarlas o de sustituirlas. Estas normas permiten que el derecho cambie y se adapte a la nueva realidad.

Reglas y principios

- ▼ ¿Qué se entendía **antes** por **normas**? ¿Qué quería decir?

Antes se entendía las normas **como a reglas**, que querían decir que **toda la acción tenía una consecuencia jurídica**.

- ▼ ¿Qué **cambio** aparece a partir de los **años 70**?

A partir de los años 70, **los principios también son normas jurídicas como las reglas**.

- ▼ ¿Qué **diferencia** hay entre una **regla/norma jurídica** y un **principio**?

- **Regla/Norma jurídica:** La diferencia se encuentra en la condición de aplicación. Cuando una norma jurídica tenga la **condición de aplicación muy cerrada, cuando esté bastante clara la aplicación de la norma, nos encontramos con una regla/norma jurídica**.
- **Principio:** En cambio, en contraposición nos encontramos con un **principio cuando la aplicación es ambigua, indeterminada** (se tiene que respetar la dignidad de las personas).

- ▼ ¿Qué **división** se halla en los **principios**?

- **Las directrices:** son **mandatos que se dirigen a los poderes públicos y que establecen objetivos de carácter económico, social, político, etc.** Pero **se dirigen al legislador**.
- **Principios en sentido estricto:** **se dirigen el juez y no al legislador**. Ya no se fija objetivos de carácter económico, social, político, etc... sino que **recogen exigencias de carácter moral** (principio de salud pública, libertad de expresión, etc). Para que un juez dicte sentencia, el juez tiene que ser inspirado por aquellas exigencias de carácter moral.

Frecuentemente los principios entran en conflicto respecto a un caso en concreto. Ej: para adoptar medidas en contra de la covid se entra en conflicto con los principios de libertad individual y los principios de salud pública. **Cuando un juez decide**, tiene que discriminar si la norma es legal, válida, constitucional, **es la ponderación de los derechos o de principios para equilibrarlos**. No hay nada que diga que un principio prevalece por encima de otro, el **juez tiene que ejecutar el ejercicio de la valoración como una ponderación para saber qué derecho prevalece y a qué medida prevalece**.

Tema 5. Normas jurídicas: atributos formales y materiales

- ▼ ¿Qué son los **atributos**?

Son **características** que tienen las **normas jurídicas**, y son **producidos** por la **relación entre normas**.

▼ ¿Que **4 atributos** encontramos?

Al relacionarse entre sí y **dependiendo del tipo de relación** que sea, las normas jurídicas pueden ser **válidas**, inválidas, pueden estar en **vigor**, o no estarlo, ser **efectivas** o **eficaces**,... Y esto lo determina las propias normas jurídicas.

▼ ¿Los atributos de las normas **admiten grado**? ¿Qué significa que admiten grado?

Las normas **no admiten grado**, o son válidas o no lo son. **Las normas tienen estas características o no las tienen.**

Atributos formales

▼ ¿**Cuáles son** los atributos formales?

Son **esos para cuya determinación no hace falta salir de la lógica jurídica**. No hace falta asomarse a la realidad. No hay que ver el impacto de la norma en el mundo.

▼ ¿A qué **tipo de relación** nos referimos cuando hablamos de atributos?

Todo esto es **producido por normas secundarias** (las normas que regulan el funcionamiento de las normas). No nos referimos a la **relación** entre las normas y la realidad, sino que estamos **dentro de la propia lógica del derecho**. Entonces podemos decir de cada norma sus características.

La validez de las condiciones normativas

▼ ¿**Qué es** la validez de las condiciones normativas?

La validez equivale a existencia jurídica. Una norma válida es una norma que existe (no para los destinatarios o realidad extranormativa sino que) **para el derecho, si cumple con las condiciones que el derecho establece para reconocer a esa norma como perteneciente al ordenamiento jurídico.**

▼ ¿**Qué consecuencias** genera una **norma válida**?

Y **como la norma es válida y existe, genera efectos jurídicos.**

▼ ¿**Todas** las normas **son válidas**? ¿Por qué?

No todas las normas son válidas. Hay normas que no está claro si son jurídicas o no: por ejemplo si una persona hace un testamento sin poner la fecha, puede que no sea válida porque no reúne todos los requisitos de este acto.

▼ ¿**Qué pasaría si no** existiera el concepto de **validez**?

Necesitamos de este concepto de validez, porque si no existiera no podríamos saber si tenemos que cumplir una determinada norma.

▼ ¿**Quién determina** si una norma es **válida**?

A priori muy **pocas veces se ve claramente** si una norma es válida o no. Si una norma es inválida normalmente se ve a posteriori y lo determinan los **jueces**. Estos determinan la validez de las normas jurídicas. Controlan la **constitucionalidad** de las normas, la **legalidad**. Que las medidas que se tomen **respeten derechos y libertades**.

Condiciones formales/requisitos de validez

▼ ¿De qué forma deben **cumplirse** estas condiciones formales/requisitos de validez?

Todos deben cumplirse de manera absoluta.

▼ ¿Qué **relación** tienen estos **requisitos** con las **normas** y con la **Constitución**?

Estos requisitos los establecen las normas. **Se genera una especie de cadena/dependencia normativa**. Una norma es válida si cumple con otra norma que determina condiciones de validez, que a la vez esta también es válida si cumple con otra norma de validez. **Al final de esta cadena encontramos a la Constitución**. Esta es la norma que establece los criterios supremos de validez. **Toda norma es válida porque es constitucional**. Porque **los derechos fundamentales, a su vez, actúan como criterios supremos de validez**. No hay ninguna norma que su contenido no sea según los derechos fundamentales.

▼ ¿**Cuáles son** estas condiciones formales/requisitos de validez?

- **Competencia formal**
- **Procedimiento**
- **Competencia material**

▼ ¿En qué **consiste** la **competencia formal**?

Se refiere a **quién** ha dictado al norma. Ya que **no todo órgano puede dictar normas jurídicas**. Solo los órganos legislativos o competentes para legislar pueden hacer normas. Pero **no todo órgano legislativo que puede hacer normas puede dictar cualquier tipo de norma jurídica**. Ej: un parlamento autonómico no puede promulgar cualquier norma jurídica. **Quien distribuye la competencia legislativa es el requisito de competencia formal**. En la cúspide de la pirámide encontramos a la constitución. Pero justo después encontramos a las leyes orgánicas (sirve para regular los derechos fundamentales), luego a las leyes ordinarias (decreto legislativo/decreto ley) y luego a los reglamentos (Real Decreto). Entonces, **un parlamento autonómico no es competente para dictar una ley orgánica**. Y si un parlamento dicta una ley orgánica, esto **no va a ser una norma válida**. Ya que **falla en la competencia formal**.

La competencia formal depende de la categoría de la ley (reglamento, Real Decreto, leyes orgánicas)

▼ ¿En qué **consiste** el **procedimiento**?

Se refiere al **cómo**. Una ley tiene que seguir un **procedimiento dictado por las normas secundarias de cambio**. El requisito para crear una **ley orgánica** es la **mayoría absoluta** (la mitad +1). En cambio, para aprobar una **ley simple** se requiere una **mayoría simple**. En el caso de la mayoría absoluta se entiende que es de importancia superior. Que se necesita un gran acuerdo.

▼ ¿En qué **consiste** la **Competencia material**?

Se refiere el **qué**. Es la **materia a regular**, pero **no el contenido**. Es el ámbito de regulación. Ej: en materia penal, solo puede ser regulada por el parlamento nacional. Abundan los ejemplos de ayuntamientos que tipifican como delito algunas acciones de determinada materia. O un parlamento territorial que excede su ámbito territorial. **Ej: el estado tiene la competencia sobre el régimen de pesca marítima, pero las CCAA sobre el cuidado de los fondos marinos. Por lo tanto, la pesca del coral es confusa, ya que no se sabe de quién es competencia.**

La competencia material depende de la materia a regular, no de la categoría de la ley (materia de sucesiones, registro civil, pesca marítima,...)

▼ ¿Por qué todos estos requisitos son formales?

Todos estos requisitos **son formales ya que para comprobar su validez no hay que comprobar el contenido de la norma**, sino que se comprueban aspectos formales, externos. El quién, el cómo y el qué.

▼ ¿Qué artículo establece las competencias que solo puede tocar el parlamento nacional?

El **artículo 149** establece las competencias que solo puede tocar el parlamento nacional. Ej: materia de defensa, aeropuertos, materia jurisdiccional, todo esto es materia exclusiva del estado central, no de las comunidades autónomas. **Cuando se da una colisión entre las 2 instancias, reparte las cartas de competencia el Tribunal Constitucional. Si una CCAA acaba controlando una materia, siempre es en su ámbito territorial.**

Condiciones materiales

▼ ¿En qué se fijan las condiciones materiales?

Aquí hay que entrar a comprobar el **contenido** de la norma. Dependiendo de su contenido o no una norma será válida o no. En función del contenido puede ser ilegal, inválida, inconstitucional. Por el contenido.

▼ ¿Qué **2 normas**, como mínimo, hay que **interpretar** para comprobar si se cumple esta condición de validez?

Por lo tanto, **para comprobar si cumple esta condición de validez, hay que interpretar, como mínimo, 2 normas:**

1. **Norma que estamos validando**
2. **Constitución**

▼ ¿En qué consiste el **principio de jerarquía normativa**?

- **Principio de jerarquía normativa:** establece que una **norma inferior en grado no puede contradecir a una norma superior en grado**. La **constitución** ejerce una influencia permanente en el contenido del resto de normas jurídicas. Impone el contenido que tiene que tener el resto de normas jurídicas. De tal modo, **no puede haber norma jurídica alguna que sea contraria a la constitución en cuanto al contenido**. No puede haber tampoco norma alguna que no respete los derechos fundamentales ya que estos están en la constitución.

Entonces, un **¿parlamento puede prohibir o obligar a lo que quieran?** no, **hay un límite**. No podemos legislar lo que queremos aunque tengamos la competencia de legislar en esta materia.

Por lo tanto, hay que comprobar la **norma que estamos viendo**, y la **constitución**.

▼ ¿En las condiciones materiales, **quién determina la validez** en este ámbito?

Y quien determina la validez en este ámbito, es el **Tribunal Constitucional**. Y cuando este tribunal determina una norma como inconstitucional, esta norma pasa a ser inválida.

▼ ¿Qué significa el concepto de **ex tunc**?

Carece del atributo de la validez → esta norma no existirá para el derecho → no generará efectos jurídicos y **ya se considera que la norma nunca ha llegado a generar efectos jurídicos ni que nunca ha llegado a existir en el ordenamiento jurídico**.

Osea que una norma inválida se considera que nunca ha llegado a existir.

Se le llama por el nombre de: ex tunc.

▼ ¿Qué genera el ex tunc y cómo lo soluciona el TC?

Entonces, si se promulga una norma y ha vivido una vida muy corta. Se invalida por el TC y la invalidez produce efectos ex tunc, y entonces se considera que los efectos de esta norma nunca han ocurrido. → y esto **genera una gran inseguridad jurídica**, y por esto el **TC aclara como se resuelve el conflicto. Como mucho se intentará reparar el daño causado con una indemnización.**

La vigencia de las disposiciones normativas

▼ ¿Qué es la vigencia de las disposiciones normativas?

Desde cuando entra en vigor la norma, cuanto tiempo, y en qué territorio. Y quién determina el ámbito personal de vigencia y el temporal, son las propias normas jurídicas. Como también en la validez de las normas.

Es el criterio para determinar a quién va dirigida la norma jurídica, o el plazo temporal durante el cual permanece activa.

Ámbito personal de vigencia

▼ ¿De qué formas podemos averiguar quién es el **sujeto normativo**?

Podemos averiguar quién es el sujeto normativo de dos formas

- **Criterio gentilicio → ius sanguinis:** ese criterio que **atiende a determinados atributos/características de los destinatarios.** Ej: los españoles, los ciudadanos, ... no es por que vivas en un sitio, sino por una característica del sujeto. Hombres y mujeres, trabajadores de un sector determinado,...

El derecho canónico se distribuía siguiendo este criterio.

- **Criterio territorial → ius soli:** a todos aquellos que se encuentren dentro de este territorio. Viene **determinado por un límite geográfico.** Aquí importa el hecho de que residas en un territorio determinado, no tu nacionalidad ni otras características. Sobretodo en el **derecho procesal, o el derecho de propiedad.** También el **derecho penal.**

▼ ¿Dependiendo de qué, el derecho, sigue ambos **criterios**?

Entonces, nuestro derecho sigue ambos criterios **dependiendo de la materia:** en materia de participación política, pueden votar solo los españoles mayores de edad. Una persona con los atributos de nacionalidad española y con más de 18 años.

▼ ¿Qué pasa cuando ambos **criterios se combinan**?

En algunas materias, el criterio es mixto. Ej: elecciones municipales. pueden votar los residentes del municipio y los españoles. Acceder a la nacionalidad: se necesita ser extranjero (criterio gentilicio) pero hay que saber cuál es el país de origen (criterio territorial), ya que dependiendo del país de donde provienes se tardará más o menos.

Ámbito temporal de vigencia

▼ ¿Qué es el **ámbito temporal de vigencia**?

Eso que determina el **plazo de tiempo** durante el cual la norma genera consecuencias jurídicas.

▼ ¿Cuándo nace una **norma** y según qué **criterios** se establece su nacimiento?

Una norma **nace cuando entra en vigor**, y el nacimiento se establece según 2 criterios:

- **Criterio de su aprobación formal:** cuando está aprobada la norma, entra en vigor. Este criterio es propio del derecho anglosajón. Pero en el derecho continental.
- **Criterio de la suficiente publicidad:** la norma entra en vigor cuando se considera que ya tiene suficiente publicidad para que los sujetos normativos la conozcan y la cumplan. Hay una presunción para esto, se presume que los sujetos normativos conocen las normas.
 - **Publicarlo en el BOE (si es de ámbito nacional) o de ámbito territorial DOGC**
 - **Transcurso de tiempo de 20 días - vacatio legis**

La derogación de las normas

▼ **¿Qué es** la derogación de las normas?

Esto es **cuando cesan las normas**.

▼ **¿Cuándo** se produce la derogación?

Siempre se produce por disposición normativa. Son las normas las encargadas de derogar normas. Esto son relaciones internormativas. **Siempre es una norma quien deroga otras normas.**

▼ **¿Qué tipos** de derogaciones se pueden distinguir?

Se puede distinguir:

- **Derogación expresa:** cuando otra norma de igual rango o superior contempla expresamente que otra norma se va a derogar con su entrada en vigor. La otra se deroga porque esta entra en vigor. Al final de la nueva norma se determina la norma que se deroga con la entrada en vigor de esta norma.
- **Derogación tácita o implícita:** omite, no recoge expresamente. Se produce cuando otra norma posterior en el tiempo, de igual o superior rango jerárquico, tiene un contenido incompatible con otra norma, que en consecuencia, quedará derogada. Su contenido es compatible con otra norma que entrará en vigor, pero tiene en su contenido una incompatibilidad con otra norma anterior. Para resolver este conflicto, se derogará la anterior tácitamente. No hace falta que explique qué normas quedarán derogadas. Se entiende que con su entrada en vigor van a quedar derogadas.

▼ **¿Qué pasa si aparece una norma de inferior rango que pretende derogar una de superior rango?**

En ambas, **si es de inferior rango**, en virtud de **jerarquía normativa, no puede haber una norma de inferior rango que su contenido colisione con otra de superior rango**. Por lo tanto la norma inferior queda derogada.

▼ **¿Qué consecuencias** tiene la derogación?

Hemos visto que la invalidez determina actos pasados. **En el caso de la derogación, la norma si que llegó a ser válida, se proyectó en el tiempo pero el hecho de que esta deje de entrar en vigor no afecta los efectos anteriores.** Los **efectos** que produjo **se mantienen**, pero a partir de que se derogue no.

▼ **¿Cómo se llaman los efectos** de la derogación?

Se llaman efectos **ex nunc**.

▼ **¿Qué significa el principio de irretroactividad?**

Principio de irretroactividad: La derogación no genera efectos retroactivos, sino efectos a partir en el momento en que se derogó. Todo lo producido durante una norma se mantiene en el tiempo. El objetivo de esto es evitar la inseguridad jurídica. NO TIENE EFECTOS EN EL PASADO.

▼ ¿Qué qué excepción hay al principio de irretroactividad?

*Hay una excepción al principio de irretroactividad: en el ámbito penal, con la derogación de las normas penales. Si los efectos de la derogación de una norma penal son favorables al reo (preso), tendrán efectos retroactivos. Si un preso tenía que tener una pena de 20 años y ahora hay una nueva norma penal que modifica a los 10 años, si a ese reo se le hubiera condenado en cuanto a la última norma, como se hubiera visto beneficiado, se aplicaría. Entonces estos efectos serán retroactivos. Se proyectarán en el pasado para beneficiar al reo. Si la nueva ley es más grave, no es retroactivo y el reo se quedará con la condena que ya tenía (que es menor a la actual).

Atributos materiales

▼ ¿En qué se basan los atributos materiales?

Hay que asomarse a la realidad para ver si la norma altera el comportamiento de los individuos o no.

Hay que comprobar las consecuencias que tienen las normas en la realidad. Si consiguen los objetivos o no.

La eficacia de las normas

▼ ¿Cuándo una norma es eficaz?

Una norma es eficaz si consigue el propósito para el que fue dictada. Aquí la norma juega al papel de medio para un fin, un objetivo. Qué impacto tiene la norma en la realidad, en la conducta de los destinatarios. Si consigue el objetivo. Para lo cual, **hay que hacer una valoración respecto al caso particular.**

Ej: hay una norma que dice que en las aulas no se fuma. Si no se fuma en las aulas, la norma es eficaz. Ya que se ha conseguido que la gente no fume en las aulas, que es el propósito.

La efectividad de las normas

▼ ¿Qué significa que una norma sea efectiva?

Que sea tenida en cuenta por los operadores jurídicos. Que sea aplicada. Si los jueces, policías,... la tienen en cuenta para sus resoluciones, es efectiva.

Ej: en la puerta de la facultad hay gente que fuma. Si pasa la poli y no dice nada, la norma de no fumar cerca de la uni no es efectiva. O normas de circulación vial que no se sanciona es inefectiva.

▼ ¿Qué diferencia encontramos en que una norma sea eficaz a que sea efectiva?

Aunque una norma se ejecuta, puede no conseguir su propósito. Es diferente que se cumpla una norma a que cumpla su propósito.

▼ ¿Para qué sirven estos 2 adjetivos?

Y estos dos adjetivos **sirven para darnos cuenta de la falta de sentido de algunas normas**, según su eficacia y su efectividad.

Tema 6. Fuentes de producción normativa

Las fuentes del derecho

- ▼ ¿Qué son las fuentes de producción normativa?

Modos de producción normativa. Las normas jurídicas no son solo generadas por los parlamentos. De dónde brotan las normas jurídicas.

- ▼ ¿A qué instancias puede recurrir el juez para fundamentar sentencia?

Estas normas las saca de leyes, pero no solamente. Hay otras instancias a las que puede acudir el juez. Vamos a ver qué instancias son estas.

Las **fuentes** son todos aquellos hechos, **actos o procedimientos susceptibles de producir derecho y normas jurídicas**.

- ▼ ¿En qué documento y en qué artículo están recogidas las fuentes?

Las fuentes están recogidas en el **artículo 1 del CC**.

- ▼ ¿Cuál es el orden que tendrán que seguir los jueces en cuanto a las fuentes? ¿Cómo se llama este orden?

Los jueces tienen que seguir un orden → **orden de prelación de fuentes**. En **primer lugar**, el juez tendrá que acudir a la **ley**. En **defecto de ley**, irá a la **costumbre**. Y en **defecto de ley y costumbre**, a los **principios generales del derecho**.

Los principios generales del derecho inspiran e informan al ordenamiento jurídico. Y el juez va a los principios cuando no hay ley ni costumbre, sin embargo, el juez se inspira en ellos.

Las fuentes del ordenamiento jurídico español

La ley

- ▼ ¿Qué se entiende por ley?

Por ley, se entiende como **todo eso que se nos presenta como disposiciones normativas**. Son normas jurídicas que las encontramos escritas. En forma de disposiciones normativas, de enunciado.

- ▼ ¿Cómo se llama este tipo de fuente?

Esto es una **fuente-acto**. Esto significa que esa norma jurídica nace como consecuencia de un acto muy concreto en el tiempo que es el acto de producir una norma jurídica. El parlamento, ayuntamientos,... La ley es fruto de un acto buscado, pretendido, de crear norma jurídica. Es algo premeditado.

Sería todo eso que veríamos en la pirámide de Kelsen. Reglamentos, decretos leyes o decretos legislativos, tratados internacionales, convenios colectivos, sentencias.

- ▼ ¿Qué características reúnen los ejemplos de la anterior pregunta?

Todos estos ejemplos reúnen unas características: **de todos estos se derivan normas**. Y todas estas normas jurídicas son consecuencia de un acto legislativo concreto, buscado,... No es un

modo espontáneo.

Código civil y Constitución

▼ ¿Por qué el código civil y no la constitución recoge cuales son las fuentes del derecho?

1. Como sabemos, **es la constitución la que debería recogerlo**, señalar cuales son las fuentes del derecho. Todas las normas jurídicas del derecho español derivan de la constitución. Se debería señalar cómo se produce el derecho. Esto es **materia constitucional**.

La explicación de esto es que el **código civil** es una **norma permanente en el tiempo, estable**. El código civil es el mismo desde su aprobación, y desde entonces sigue en vigor. Tiene las virtudes de **estabilidad, permanencia, solidez**. En cambio, la **constitución** ha sido una norma **cambiante** en el tiempo. Y **no era estable**, o lo suficientemente estable como para recoger las fuentes, que son cosas sensibles.

2. En segundo lugar, hay **constituciones formales** (no aplicable) y **sustantivas** (directamente aplicable). Como las **constituciones españolas** de al largo de la historia han sido muchas **formales e inestables**, se ha preferido poner las fuentes en el Código Civil.

Referencia a la Constitución como *norma normarum*

▼ ¿Qué papel juega la Constitución en el tema de las fuentes?

Juega un **doble papel**:

1. Es la **norma normarum** (es la norma de normas). Por que es la piedra sobre la que se levanta todo el edificio del derecho. Es la **primera de las normas del derecho**. Cuando se quiere crear un derecho nuevo, ... Todas las normas derivan de la constitución.

▼ ¿Cómo se puede decir que el Código civil sea más antiguo, pero derive de la Constitución?

Por que en la Constitución se derogan normas. Entonces el Código Civil se mantiene vigente por que es constitucional.

La constitución dice los reglamentos, leyes orgánicas, ... todo deriva de la constitución.

2. **Norma suprema de validez:** determina los **criterios de validez**. No puede haber norma jurídica que no cumpla con esos requisitos de validez. Y por lo tanto también las fuentes del derecho.

El principio de legalidad

▼ ¿En qué artículo de la constitución está recogido?

Está recogido en la constitución → **9.3.**

▼ ¿Qué problema hay entre los principios y la constitución?

Como la mayoría de principios, la constitución **no explica cuál es su significado**, eso lo hace la jurisprudencia y los profesores. La constitución sólo dice que reconoce el **principio de legalidad**, pero no explica lo que es.

▼ ¿Qué 2 acepciones tiene este principio?

Este principio tiene 2 acepciones:

1. **En sentido amplio:** se le llama principio de legalidad, o también se le llama principio de juridicidad. Los tribunales, una de sus funciones es controlar la legalidad de los actos jurídicos o de las normas que hacen los parlamentos o gobiernos. Esta exigencia básica del

estado de derecho que exige que toda la actuación del Estado esté amparada por la ley. **El principio de legalidad se refiere al Imperio de la ley.**

2. **En sentido estricto:** tiene que ver con la **interpretación de las fuentes del derecho**. Regula las relaciones que hay entre normas con rango de ley y normas con rango de reglamento (cuando regula el funcionamiento de un órgano). Se refiere a la **relación entre las normas con rango de ley, y las normas con rango de reglamento**. La normas jurídicas con **rango de ley → tienen fuerza activa**. Y la **ley se impone al reglamento**. Esta materia es materia con reserva de ley. Su regulación está reservada a la ley. Y **una norma con rango de reglamento no podrá nunca regular una materia en la que haya reserva de ley**. Hay materias reservadas a las normas. Por otro lado, **un reglamento nunca puede contradecir a una ley. (La norma inferior no puede contradecir a norma superior)**. Norma con reglamento no puede contradecir a norma con rango de ley.

LA NORMA INFERIOR NO PUEDE CONTRADECIR A NORMA SUPERIOR

La costumbre

- ▼ ¿Qué características tiene la costumbre como modo de hacer normas jurídicas?

La costumbre es un modo **espontáneo, inconsciente**, de hacer normas jurídicas.

- ▼ ¿Qué nombre adquiere la costumbre como tipo de fuente?

Si la ley es la fuente-acto, la costumbre es la **fuente-hecho**. Ya que es un modo de hacer derecho que supone una **práctica continuada en el tiempo por parte de una colectividad**. Es un hacer, una práctica, una costumbre, que da como resultado normas jurídicas.

- ▼ ¿Qué genera practicar determinada costumbre?

Practicar determinado costumbre **genera derecho**.

- ▼ ¿Toda costumbre es jurídica?

Pero **no toda costumbre es costumbre jurídica. Costumbres sociales hay muchas**. No todas esas costumbres sociales son costumbres jurídicas, sólo algunas. Por lo tanto, **toda costumbre jurídica sí que es una costumbre social**.

- ▼ ¿Una costumbre social crea normas?

Una costumbre social que no sea jurídica, **igualmente crea normas**. Igualmente **exige determinados comportamientos**. Pero esas normas a las que obliga una costumbre social no son normas jurídicas, son normas sociales.

- ▼ ¿Qué pasa cuando las normas sociales se convierten en normas jurídicas?

Pero a veces esas normas sociales se convierten en normas jurídicas, y por lo tanto **hay una conversión de la costumbre social a la costumbre jurídica**.

- ▼ ¿De qué es fruto una costumbre social?

Una costumbre social no es fruto de un acto concreto y deliberado, sino que el modo de crear una costumbre social se parece mucho a la hora de crear un lenguaje, **de forma no buscada, se generan nuevos lenguajes y expresiones**. Y con la costumbre jurídica se crea de esa forma. Y por eso se diferencia tanto de ley como fuente del derecho.

Artículo 1.3 CC

- ▼ ¿Qué nos dice el artículo 1.3 CC?

La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

- ▼ ¿Qué características se derivan del artículo anterior?

De aquí pueden derivar características:

- **Independencia:** que la costumbre es una **fuente autónoma del derecho**. Se forma, aparece y se puede aplicar sin necesidad de ley. Sin que la ley participe en su creación y aplicación.
- **Carácter subsidiario:** "en defecto de ley, acudimos a la costumbre". Si no hay ley, a la costumbre. **En segundo lugar**.
- **Necesidad de prueba:** cuando estemos en sede jurisdiccional, las leyes cuando las partes las invocan para defender sus pretensiones, para invocarlas no hace falta demostrar su existencia. No hace falta invocar medios de prueba. Existe en derecho una grandísima presunción. **Iura novit curia**. Los jueces conocen el derecho, la ley. No hace falta demostrar la existencia de una ley. En cambio, cuando las partes invoquen la costumbre deberán demostrar su existencia con medios de prueba. **Iura novit curia → significa "el juez conoce el derecho"**.

Costumbres sociales y costumbres jurídicas

- ▼ ¿Qué rasgos tiene que tener una costumbre social para convertirla en costumbre jurídica?

Comprobando todos los rasgos tiene que tener toda costumbre para ser jurídica:

1. **Publicidad:** tiene que ser una práctica practicada por todos.
2. **Reiteración:** que esa práctica se lleva a cabo de forma reiterada.
3. **Antigüedad:** se exige que haya transcurrido tiempo.
4. **Continuidad:** esa práctica no tiene que haber sido interrumpida durante la historia.
5. **Frecuencia:** tiene que ser una práctica llevada a cabo asiduamente. Con frecuencia.
6. **Uniformidad:** esa práctica tiene que ser uniforme. Idéntica o parecida.
7. **Generalidad:** esa práctica tiene que ser practicada por mucha gente.

- ▼ ¿Son estos elementos suficientes para diferenciar una costumbre social de una jurídica?

Pero, estos elementos **no** son suficientes para diferenciar una costumbre social de una jurídica. Todos **estos elementos son graduales → hace falta especificar más o menos**. La costumbre social y la jurídica tienen todos estos elementos.

- ▼ ¿Para diferenciar estas costumbres, qué se le añade? ¿Qué problema aparece?

Entonces, para diferenciar estas costumbres se le añade **un elemento psicológico → opinio iuris ceu necessitatis**. Significa que el individuo que esté practicando la costumbre jurídica **tenga la creencia que está cumpliendo una norma jurídica**. Es un **elemento emocional** y psicológico. Entonces, en ambas costumbres está la sensación de que debemos cumplir una norma.

- ▼ ¿Cuándo una costumbre es jurídica? ¿Qué tiene que tener la costumbre para ser jurídica?

Cuando esa costumbre se da en un ámbito regulado por el derecho. Cuando en un ámbito regulado por el derecho hay una costumbre, esa será una costumbre jurídica.

- ▼ ¿Cuándo usará la costumbre el juez para dictar sentencia?

Entonces el juez usará la costumbre para dictar sentencia cuando:

- **Sea costumbre jurídica** (esté regulada por el derecho)
- Cuando esa costumbre es **invocada por las partes y probada**
- **Cuando el juez considere que es relevante para el caso**
- **Una vez que haya sido interpretada**

TIPOS DE COSTUMBRE

▼ ¿Qué tipos de costumbre hay?

1. **Costumbre contra legem (ley): costumbre contra ley** → esa costumbre que contradice a la ley, que es contraria a la ley o que incluso hay superioridad de costumbre sobre ley. Esta costumbre está prohibida en las civilizaciones actuales.
2. **Costumbre secundum legem (ley): costumbre según ley** → esa costumbre a la que nos ha remitido a la ley.
3. **Costumbre praeter legem (ley): costumbre en defecto de ley.**

Relaciones entre ley y costumbre

▼ ¿Qué diferencia hay entre la costumbre jurídica y las leyes?

Pero cabe destacar que la costumbre jurídica crea normas jurídicas, pero **son de diferente naturaleza que las leyes.**

▼ ¿Cuál es la utilidad de la costumbre jurídica?

La costumbre jurídica **es una instancia a la que acudir para regular**. Y se dice que para regular todo esto tiene que regularse según lo previsto por la ley. En defecto, si esto no estuviera regulado por la ley, se seguirá lo que dice la ley por el juez del lugar.

La utilidad del costumbre es suplir a la ley en el caso de su ausencia.

▼ ¿En qué casos tiene operatividad la costumbre?

La costumbre tiene una operatividad en 2 casos:

1. **La ley remite a la costumbre.** Estas disposiciones normativas remiten a la costumbre para regular lo que sea. Hay una remisión directa de la ley hacia la costumbre.
2. Cuando es necesario acudir a la costumbre, **para interpretar o dotar de significado a lo que dice una disposición normativa.** Podríamos decir que hay 3 casos en que vamos a la costumbre:
 - a. **Remisión** → **cualquier ley nos lo diga.** La ley nos dice que vayamos a la costumbre.
 - b. **Cuando esa disposición normativa necesita ser interpretada acudiendo a la costumbre.** Ej: un contrato que algunas de sus cláusulas son ambiguas. Se interpretará según lo que sea costumbre en el lugar. Acudir a la costumbre para dotar de sentido a una disposición normativa.
 - c. Vamos a la costumbre **cualquier no haya ley.**

Los principios generales del derecho

▼ ¿Además de estar en 3r lugar, qué función desempeñan los principios generales del derecho?

En defecto de ley y costumbre, los principios generales del derecho. **No por el hecho de estar en 3r lugar, no dejan de inspirar al juez.** A veces son la única herramienta, o a veces acompañan.

Principios generales del derecho

▼ ¿Qué 2 presunciones rigen en el derecho español en cuanto a los principios generales del derecho?

Los principios sirven para cerrar el sistema de fuentes. En el derecho español rigen 2 presunciones:

1. **Prohibición non liquet** → inexcusabilidad por parte de los jueces de dictar sentencia. **Obligatoriamente los jueces deben dictar sentencia.** Y no pueden excusarse en que no hay ley.
2. **Los jueces no pueden crear derecho.** Un juez está obligado a resolver un caso pero no hay ni ley ni costumbre. Entonces el juez no podrá crear ley para resolver el conflicto. Por eso los principios generales son la última instancia que puede usar un juez, son la última frontera. Y en base a los principios se resuelve. **El juez no puede crear la disposición normativa, pero sí que puede interpretar sus palabras según criterios.**

Principios y principios generales del derecho

▼ ¿Qué son los principios explícitos y los principios implícitos del derecho?

- **Principios explícitos:** se recogen en una disposición normativa. **Están escritos.** Se les llaman principios por qué así lo ha elegido el legislador. Ej: principio de autonomía del paciente, de legalidad, de jerarquía normativa, de solidaridad territorial. **Son derechos pero se les llama principios por que así lo ha decidido el legislador.** Es una cuestión retórica, pero **no afecta a su naturaleza ya que son normas jurídicas.**
- **Principios implícitos:** son estos los **principios generales** del derecho. **No están escritos,** entonces **cabe deducirlos** del conjunto del ordenamiento jurídico. Se desprenden. Pero no están escritos. Ej: la propiedad ni se adquiere ni se pierde por violencia o fraude. Eso no está recogido en ninguna disposición normativa. Pero tal y como está configurado el derecho, es un principio que lo inspira. Ej: los pactos deben cumplirse y quién no los cumpla deberá indemnizar. **Pacta sunt servanda.** Ej: nadie puede beneficiarse de un comportamiento ilícito. **Non vis in idem.** Nadie puede ser condenado 2 veces por lo mismo. Ej: **primus intemps potior in iure.** El primero en llegar le corresponde el derecho

Los principios generales como cierre del sistema

▼ ¿Cuáles son las funciones de los principios generales del derecho como cierra del sistema?

- **Funciones: integración y resolución de lagunas jurídicas.**

Requisitos y aplicación judicial de los principios generales del derecho

▼ ¿Cuáles son los requisitos de los principios generales del derecho?

1. El principio general del derecho **no podrá ser contrario ni a la ley ni a la costumbre.**
2. Que sea **susceptible de aplicarlo al caso concreto.**
3. Que el principio **sea efectivamente principio general del derecho.**

▼ ¿Qué es necesario para que el principio sea principio general del derecho?

Y para saber que el principio es principio general del derecho tiene que haber sido reconocido como tal por sentencia del tribunal supremo i así como las leyes no debe probarse su existencia, en el contexto del procedimiento judicial, para ser invocado deben indicarse las sentencias del supremo que lo recogen. Y tengo que señalar la sentencia del supremo que lo recoge.

La jurisprudencia

La jurisprudencia como fuente del derecho

▼ ¿La jurisprudencia es fuente del derecho?

La jurisprudencia sí que es fuente del derecho.

▼ ¿Qué es la jurisprudencia?

¡¡¡sale en examen!!! → Definición: **los criterios de interpretación y aplicación de las normas que guían las decisiones de los jueces.**

▼ ¿Los jueces pueden seguir su criterio personal?

Cada juez no va a seguir su criterio personal, hay un criterio de interpretación que obliga a seguirlo a todos los jueces. **Todos los jueces deben interpretar siguiendo la luz del supremo.**

La creación judicial del derecho

▼ ¿Qué significa la creación judicial del derecho?

El juez, con lo que trabaja, es con una disposición normativa. Y la tiene que interpretar para sacar la norma. Lo tiene que hacer mediante un criterio de interpretación. **Según el criterio de interpretación que se aplique, se va a desprendere de la disposición normativa la norma.**

▼ ¿Por qué la jurisprudencia es fuente del derecho? ¿Qué consecuencia tiene?

La jurisprudencia es fuente del derecho **por que dependiendo del criterio de interpretación (jurisprudencia), se saca una norma u otra.** Por lo tanto, **la sentencia es una norma jurídica.**

El derecho judicial

▼ ¿Qué pueden llegar a ser o a hacer las sentencias?

Las sentencias **obligan o permiten determinado comportamiento.** Y las sentencias **no dejan de ser normas jurídicas producidas por los jueces.**

Hay sentencias que **pueden hacer incluso derogar normas jurídicas. Hay sentencias que modifican normas jurídicas.** Ej: sentencia del tribunal constitucional. Si declara inconstitucional una norma, va a ser modificada. Sentencias con **eficacia erga omnes.**

Tema 7. Interpretación y aplicación jurídica. La hermenéutica jurídica

Texto de Manuel Atienza - derecho como argumentación

21, 24, 25 de Prieto Sanchís.

La interpretación del derecho

▼ ¿Qué significa interpretar?

No hablamos aún de derecho, sino simplemente interpretar.

Interpretar **significa atribución de significado a alguna cosa**. Intento averiguar el significado de una cosa.

▼ ¿Qué se puede interpretar y qué no se puede interpretar?

A lo que podemos dar significado, **solo** lo podemos hacer respecto a **fenómenos culturales o humanos**. De lo contrario, **no vale interpretar hechos que están más allá del hombre**, ya que carece de sentido. Ej: ¿por qué las hojas de los árboles se caen? esto no se puede interpretar, sino que se descubre su causa-efecto. Por lo tanto no se puede interpretar, sólo se interpretan hechos humanos.

▼ ¿Qué se interpreta siempre respecto al derecho?

Respecto al derecho, **siempre se interpreta un texto**. El derecho se expresa siempre a través del **lenguaje**. Casi siempre a través del **lenguaje escrito**. Como el derecho es lenguaje, la interpretación jurídica es siempre una operación lingüística. Sería descubrir qué significan las palabras, qué sentido tienen.

▼ ¿El derecho se puede plasmar en algún otro lenguaje a parte del lenguaje escrito?

Pero el derecho puede no plasmarse en un texto, sino que **puede ser una señal, una voz**. Sigue siendo **lenguaje**, pero **no escrito**.

▼ ¿Qué entendemos por interpretación?

1. **Atribuir significado a las normas**. Clarificar qué quieren decir.
2. **Determinar cual es su ámbito de aplicación**. Cuáles son los actos que la norma está regulando.

▼ ¿Qué es lo que se interpreta, la disposición normativa o la norma?

Pero **lo que se interpreta no es la norma en sí**, sino que **la disposición normativa**. La **norma es el resultado de interpretar esta disposición**. Es su sentido. Y **cuando tenemos la norma, hay que interpretarla también**. Saber **cómo se aplica y cuando**.

La aplicación del derecho

▼ ¿Qué es la aplicación del derecho?

La aplicación del derecho es **resolver un caso mediante esa norma previamente interpretada**. Significa resolver un problema práctico de la realidad mediante el derecho.

▼ ¿Qué es necesario para aplicar derecho?

Pero para aplicar derecho **es necesario previamente haber interpretado**.

▼ ¿En qué texto se distingue la explicación de la justificación?

El derecho como argumentación (Manuel Atienza) → uno de los epígrafes distingue explicación que justificación.

▼ ¿Qué diferencia hay entre la explicación y la justificación?

Explicación: razones por las que he tomado una decisión. **Por qué he hecho esto**.

Justificación: razones en las que se fundamenta esa decisión. Justificar es **ofrecer argumentos para demostrar lo correcto de esa decisión**. El juez justifica una sentencia para

demostrar que está bien hecha. Justificar una sentencia significa motivar una sentencia. Buscar aceptación a una decisión.

▼ ¿Cuál de las dos le pedimos a un juez?

A un juez no **le pedimos** la explicación de su decisión, sino **la justificación**. Y las razones que justifiquen una sentencia tienen que ser siempre **razones jurídicas**. Argumentación siempre **racional** (aquella en la que dos personas pueden ponerse en común). Razones que pueden ser compartidas y comprendidas mediante la razón.

Osea que el juez tiene que resolver el conflicto **únicamente aplicando normas**, mediante derecho, dictando sentencia.

▼ ¿Cómo se yo que el juez a resuelto la sentencia mediante derecho?

Para saber yo que el juez a resuelto la sentencia mediante derecho, **el juez tiene que motivar la sentencia mediante argumentos racionales** para demostrar que ha resuelto correctamente. Y este es un modo de controlar.

▼ ¿Qué hacemos si vemos que el juez no lo ha hecho bien?

Si vemos que el juez no lo ha hecho bien, **recurrirnos**. Y si el juez ha vulnerado algún derecho procesal, también se interpone recurso.

Estructura de las decisiones jurídicas

Antecedentes de hecho

▼ ¿Qué son los antecedentes de hecho?

Lo que ha pasado. Cuál es el problema. Los hechos controvertidos. La cosa que se ha producido.

Fundamentos de derecho

▼ ¿Qué son los fundamentos de derecho?

El **juez fundamenta la sentencia**. Esto es la **motivación**. Por qué el juez ha elegido estas normas y por qué tiene que aplicarse en este caso. **Qué criterio de interpretación he seguido**. Qué **pruebas** he tenido en cuenta, **cómo** lo he interpretado. **Razones racionales**. Y a parte de las normas jurídicas, también se interpretan los **hechos**.

Fallo

▼ ¿Qué es el fallo?

La **declaración del culpable** y la **condena**.

La justificación o motivación

Interna

▼ ¿Cómo funciona la justificación interna?

Funciona **con un razonamiento lógico, asumiendo la validez de las premisas** (normativa + fáctica). La justificación interna es justificar la inferencia que hay entre las premisas fáctica y normativa, la justificación de un razonamiento silogístico.

Si dos premisas son válidas, una frase que contenga ambas premisas también será válida.

Ej: el que asesinare irá 20 años a prisión. Hemos argumentado por qué usar ésta norma jurídica. Concluimos que es válido usar ese artículo. Premisa normativa.

Pepe ha matado a Juan. Hemos demostrado que Pepe ha matado a Juan mediante pruebas.

Pepe irá 20 años a prisión.

Una vez asumida la validez de las dos premisas, habrá una justificación interna.

Externa

- ▼ ¿A grandes rasgos, por qué se caracteriza la justificación externa?

Es la que **suscita controversias**.

- ▼ ¿Qué justificaciones hay que llevar a cabo para justificar externamente una sentencia?

1. **Justificación de la premisa normativa**

2. **Justificación de la premisa fáctica**

- ▼ ¿En qué consiste la justificación de la premisa normativa?

Justificación de la premisa normativa: tiene el juez que decidir qué norma aplicará para resolver el conflicto. La herramienta jurídica. **Qué normas utilizará para resolver. Y por qué** el juez utiliza esta norma y no otra para resolver. El juez, entonces, tendrá que decantarse por una norma. El juez tiene que justificar por qué ha escogido esta norma y no otra, y averiguar su ámbito de aplicación. **Decide la norma, argumenta cómo la ha interpretado. Por qué ha seguido este criterio y no otro.**

Por qué ha decidido tener en cuenta esta norma y no las demás.

- ▼ ¿En qué consiste a grandes rasgos la justificación de la premisa fáctica?

El juez tiene que averiguar qué ha pasado.

- ▼ ¿En qué partes se divide la justificación de la premisa fáctica?

- **Primero: prueba de los hechos: comprobación fáctica de los hechos**
- **Segundo: construcción jurídica de los hechos**

- ▼ ¿En qué consiste la prueba de los hechos?

Primero: prueba de los hechos: comprobación fáctica de los hechos → hay que **comprobar que ha sucedido una cosa**. Hay que sacar **pruebas**. Hoy en día la prueba es de **libre convicción**. Se tiene que convencer al juez que ha pasado una cosa y no otra. Y esto **no equivale a arbitaria convicción**. A lo que equivale la libre convicción es a no prueba tasada como antes. Se deberá **determinar lo que ha pasado y lo que no**.

- ▼ ¿Con qué requisitos funciona el modelo de la libre convicción?

El modelo de la libre convicción funciona con 3 requisitos:

1. **Requisito de la confirmación:** hay una **hipótesis que hay que confirmar**. Hay que demostrar la hipótesis. Y esto se hace **por medios de prueba**. Hay pruebas que lo que permiten es **trazar un nexo causal** que permiten confirmar la hipótesis. Y no es lo mismo detener a uno que lleve diez quilos de coca a uno que lleve una balanza con bolsas de plástico y etiquetas.
2. **Requisito de la no refutación (la acusación no tiene pruebas):** en el derecho civilizado quién tiene la carga de la prueba, **el que tiene que demostrar, es siempre la acusación**. La acusación tiene la carga de probar que el otro es culpable. Nunca es el acusado que tiene que demostrar que es inocente. La acusación no ha podido demostrar de forma convincente que no era culpable el acusado. **Presunción de inocencia**

3. **Hecho o situación: que la hipótesis ni se confirme ni se refute.** La **acusación** provee de **pruebas, la defensa** prevé salir con **contrapruebas**, i el **juez** decide que **no está seguro**. Duda. Pero **no se puede prolongar para siempre**, y se tiene que resolver → *in dubio pro reo*. En caso de duda, a favor del acusado.

▼ ¿En qué consiste la construcción jurídica de los hechos?

Segundo: construcción jurídica de los hechos → lo **complicado** es determinar esto. Hay unos **hechos** que podemos decir que están **en bruto**. Ha habido problemas, actos. Lo primero que tiene que hacer **el juez** es **calificar todos los hechos en bruto y pasarlo por el tamiz del derecho**. Convertirlos en hechos jurídicos, **calificarlos jurídicamente**. Son los **abogados** y la **policía** los que ofrecen **pruebas**. La **fiscalía** también cuando afecta al interés general. Todas estas partes que participan en el proceso ofrecen pruebas para convencerle al juez de una posición.

Entonces **si el juez dice que ha habido asesinato, ha habido asesinato**. Eficacia *erga omnes*.

Métodos de interpretación y argumentos del Código Civil

▼ ¿Qué son los métodos de interpretación?

Los métodos de interpretación son los **argumentos, criterios, modos de interpretar normas jurídicas, disposiciones normativas**. Criterios de interpretar.

▼ ¿Cuál es la función de los métodos de interpretación?

Entonces, **su función** no es guiar la interpretación del juez sino que sirven **para que el juez justifique por qué ha interpretado así esta disposición**.

▼ ¿El Código Civil dice qué se entiende por criterio de interpretación o como llevar a cabo interpretaciones?

El Código Civil **no dice qué se entiende por criterio de interpretación**. Y tampoco dice **cómo se lleva a cabo interpretaciones** de este tipo. Tampoco dice **cuando procede una interpretación u otra**. No hay un "metacriterio" de interpretación (lo hace el juez libremente).

Clases de interpretación

▼ ¿Qué autor distingue la interpretación literal de la interpretación correctora?

Lo interesante (libro - métodos de interpretación) es la interpretación de **Guastini** → dependiendo de cómo interpretemos, la interpretación será literal o correctora.

Entonces, tenemos una disposición normativa y la podemos interpretar de forma literal o correctora.

Literal

▼ ¿Cuándo es literal la interpretación?

La interpretación es literal **cuando interpretamos teniendo en cuenta el sentido ordinario de las palabras**. El **sentido usual** de las palabras. Es una interpretación literal/gramatical/declarativa teniendo en cuenta lo que significan normalmente las palabras. Hay que entenderlo en un sentido de ceñirnos a lo que dicen las palabras literalmente. **Ceñirse al significado de las palabras**

Correctora/expansiva

▼ ¿A qué se refiere la interpretación correctora?

Vamos a "lo que quiso decir" el legislador. Cuál era su **voluntad**, qué quiso. Alteramos el significado literal, por que amplia el supuesto de hecho. El ámbito de aplicación.

▼ ¿Qué tipos de interpretación correctora existen?

- **Expansiva:** le hacemos decir a la norma más de lo que dijo literalmente. Ampliamos el supuesto de hecho.
- **Restrictiva:** reducimos el ámbito de aplicación. Hacemos que la ley diga menos de lo que quiso decir.

Argumentos justificadores de una interpretación literal

Argumento a contrario

▼ ¿En qué consiste el argumento a contrario?

Expresar que **lo que queremos es hacer una interpretación literal**, esto lo interpretamos a contrario. A **contrario de una interpretación extensiva**. A **sensu contrario** → a lo que contradice esta interpretación es a una interpretación extensiva.

Una interpretación literal. **No extendemos**.

Argumentos justificadores de una interpretación correctora expansiva

Analógico (a simili)

▼ ¿En qué supuesto se podría aplicar este argumento?

El juez **necesita encontrar una norma para poder aplicarla y resolver**. Resulta que esa **disposición normativa contempla un supuesto de hecho que no es exactamente como el caso que se tiene que resolver**.

Ej: prohibido entrar con perros al tren. Si queremos entrar con un tigre, puede que la norma incluya también al tigre.

▼ ¿Cómo será un argumento analógico?

Cuando nos encontramos un **supuesto de hecho que no está regulado literalmente por una norma**, pero nos encontramos **otra norma con un supuesto de hecho que guarda suficiente identidad**, con el que comparte fundamento. Entonces lo que puede hacer **el juez es servirse de esta norma para extenderlo**. Aplicarlo por analogía. **Comparten identidad**. El prohibido perros comparten identidad con prohibido tigres.

▼ ¿Qué tipos de analogía existen?

- Si encuentra analogía con una norma, es **analogía legis**.
- En cambio, si se encuentra analogía con un principio legislativo, es **analogía iuris**.

A fortiori (con más razón) (a maiori ad minus) (a minori ad maius)

▼ ¿Qué razonamiento se adopta con el argumento a fortiori?

Com mayor razón o mayor abultamiento. Aquí no hay norma cuyo supuesto de hecho coincida. Pero encontramos otra norma que regula un caso, y el **razonamiento** es → **si la norma que hemos encontrado permite este comportamiento, con mayor razón permite el otro. Y si la prohíbe este comportamiento, con mayor razón prohíbe el otro. Y si obliga este comportamiento, con mayor razón obliga el otro.**

Ej: si la ley prohíbe arrendar una casa, con mayor razón té prohíbe venderla. Porque vender es más que alquilar.

Si la ley prohíbe fumar en espacio abierto, prohíbe fumar en espacio cerrado.

▼ ¿Qué significa a maiori ad minus?

Quién puede lo más, puede lo menos. A maiori ad minus. Si puedes reunirte en espacio cerrado, puedes reunirte en espacio abierto.

▼ ¿Qué significa a minori ad maius?

Si no puedes lo menos, no puedes lo más. A minori ad maius. Si no puedes alquilar, no puedes vender.

Argumentos justificadores de una interpretación restrictiva

A contrario - (igual que la literal)

▼ ¿Por qué se usa el mismo argumento justificador en la interpretación restrictiva y en la interpretación literal?

Reducimos el supuesto de hecho o el ámbito de aplicación que derivaría de una literal.

Reducimos el supuesto de hecho original.

Cuando el legislador prohíbe verter en el río determinadas sustancias concretas, no solo quiere prohibir esa sustancia, sino también todo producto que contamine. **Estamos reduciendo el supuesto de hecho, ya que el juez quiere impedir más.**

▼ ¿Qué viene a decir este argumento?

Lo que viene a decir es → **lo que el legislador dice es porque ha querido decirlo.** Y lo que no dice es por que no ha querido decirlo. Y que si el legislador dijo lo que quería decir.

Por lo tanto el argumento de la interpretación restrictiva es el mismo que el de la interpretación literal.

Por que se está restringiendo la interpretación de la norma solamente se restringe al significado de las palabras. Osea que se está restringiendo la interpretación extensiva. Se reduce al mero significado de la palabra.

Los argumentos del Código Civil

▼ ¿Cuáles son los tipos de argumentos del Código Civil?

Explicados en el texto de Atienza.

- **Literal:** ceñirnos al **significado usual** de las palabras.
- **Sistemática:** a la **luz del conjunto del sistema jurídico.**
- **Histórica:** interpretándolo históricamente. **Teniendo en cuenta lo que significaron esos términos cuando la disposición fue creada.**
- **Sociológica:** cogemos una disposición y la **interpretamos de forma adecuada al contexto social en el que fue aplicado.** A la luz del estado de la sociedad. Hoy en día, matrimonio, ya no hay que entenderlo como esa unión sacramental entre hombre y mujer, sino que ahora es mucho más.
- **Apagógico: reducción al absurdo.** No cabe interpretarlo en este sentido porque el resultado es absurdo.

Y no hay criterios de jerarquía entre criterios. Pero hay uno que **predomina**

- **Teleológico: interpretar la disposición conforme al espíritu de la norma.** Es decir, qué quiso el legislador cuando promulgó esta norma. El objetivo, la pretensión de la norma.

8. El ordenamiento jurídico

Sistema y ordenamiento jurídico

- ▼ ¿Qué dos principios/dogmas rigen en el ordenamiento español?

En el ordenamiento español rigen dos principios/dogmas.

1. **Non liquet → los jueces tienen que dictar sentencia**
2. **Los jueces no pueden crear derecho. El juez no es legislador**

- ▼ ¿Qué tenemos que aceptar para que estos principios se cumplan?

Y para que estos principios se cumplan, solo se pueden dar si aceptamos que:

- Hay que **negar** que hay **lagunas** → **admitir que el ordenamiento jurídico es pleno:**
 - El ordenamiento jurídico dispone siempre de una calificación normativa para cualquier supuesto de hecho. **Que todo supuesto de hecho está jurídicamente calificado.** Que todo está regulado.
 - El ordenamiento jurídico carece de lagunas. **Que no hay vacíos de derecho.** Sólo hay vacíos de derecho cuando hay supuestos de hecho que no reciben calificación jurídica. Cuando el juez no encuentra norma jurídica con la que resolver. **Si un juez no encuentra la norma con la que resolver, nos encontramos ante lagunas.**
- Hay que **aceptar** también la **ficción que todo supuesto de hecho recibe la misma calificación jurídica. No puede darse que un mismo supuesto de hecho reciba distintas calificaciones jurídicas.** Que el derecho regule de manera diferente el mismo supuesto de hecho. No puede ser que asesinar se califique de dos maneras diferentes. Por lo tanto, **el ordenamiento jurídico es coherente.**

La plenitud y el problema de las lagunas

- ▼ ¿Qué es una laguna?

La laguna **es un vacío de derecho.** Un **hecho** de la realidad **no** está **regulado.** Pero el juez tiene que encontrar maneras de resolverla, así que necesita encontrar una norma jurídica que le permita resolver.

Laguna es falta de norma jurídica. Esto significa que el juez ha ido a la ley, a las fuentes de derecho, a la jurisprudencia y no ha encontrado regulación.

- ▼ ¿Qué diferencia hay entre el ámbito penal y el ámbito no penal?

Si estamos en el **ámbito penal** → **norma general excluyente:** todo **lo no expresamente prohibido se considera permitido.** En materia penal hay que trabajar así. No podemos hacer interpretaciones correctoras expansivas en materia penal.

Si estamos en materia **no penal** → **norma general incluyente:** **tomar el supuesto de hecho y argumentarlo.** Si queremos permitir esa conducta o prohibirla. Si queremos hacer una

interpretación literal, expansiva, restrictiva,... Hay que decidir.

La integración de las lagunas

- ▼ ¿Cómo resolvemos el problema de las lagunas?

Es el siguiente caso: **SUPUESTO DE HECHO 1 → NO SABEMOS QUÉ CONSECUENCIA JURÍDICA TIENE**. Entonces **tomamos la norma de otro supuesto de hecho, y extendemos su supuesto de hecho para conseguir que el supuesto de hecho 1 tenga consecuencia jurídica**.

Criterios restrictivos: el argumento a contrario

- ▼ ¿Qué sería un ejemplo de aplicación de criterio restrictivo?

Si un tren prohíbe perros, seguramente también prohíbe leones.

Criterios expansivos: la analogía legis y la analogía iuris

- ▼ ¿Qué sería un ejemplo de aplicación de criterio expansivo?

Si un caso no tiene consecuencia jurídica, pero se amplía un supuesto de hecho para poder incluir este caso y así que el caso tenga consecuencia jurídica.

Otros tipos de lagunas

- ▼ ¿Qué otros tipos de lagunas existen?

- **Ideológicas o de relevancia**
- **Técnicas o de eficacia**

Ideológicas o de relevancia

- ▼ ¿Qué es una laguna ideológica o de relevancia?

Es **aquella en la que el problema no es un vacío de derecho**, sino que **entiende el juez que la norma que regula el supuesto de hecho es inadecuada por que de aplicarse el resultado sería injusto. Hay norma, pero el resultado es injusto**. Ej: hay **normas generales y normas especiales**. Las generales son para todos los empleos, y las especiales para empleos en concreto. Si no hubiera normas especiales, los mineros se jubilarían a los 70 años, y no se podría jubilar ya que sería muy injusto.

No falta norma, la que hay es inadecuada.

Técnicas o de eficacia

- ▼ ¿En qué consiste una laguna técnica o de eficacia?

No es que falte norma en sí, sino que es **la ausencia de norma generalmente inferior que es necesaria para satisfacer lo establecido en otra norma de rango superior**. Hay normas con rango de ley, y otras con rango de reglamentos. Los **reglamentos desarrollan leyes**. Las leyes trazan las líneas, así que faltan reglamentos para que se desarrolle una ley meticulosamente. **Y si no hay reglamento, la ley tiene laguna técnica**.

Como no hay norma especial, se aplica la norma general. De una forma u otra, **hay una laguna no por falta de ley (ya que está la general) sino por falta de ley especial**.

La coherencia y el problema de las antinomias

- ▼ ¿Qué es la antinomia?

La antinomia es que **hay un mismo hecho pero se aplica diferente consecuencia jurídica**. Lo que no puede un ordenamiento jurídico es que un mismo comportamiento tenga misma calificación jurídica.

Dos normas que establecen calificación jurídica diferente respecto a un mismo supuesto de hecho.

Criterios para resolver antinomias

▼ ¿Qué criterios hay para resolver antinomias?

En el caso en que **dos normas que establecen calificación jurídica diferente respecto a un mismo supuesto de hecho.**

- **Jerárquico:** prevalece siempre la norma superior en rango. Y si la norma inferior se contradice, se anula la inferior.
- **Cronológico:** prevalece la norma posterior en el tiempo. Y si se contradice con una norma anterior, queda derogada.
- **De especialidad:** prevalece la norma especial ante un conflicto entre una norma general y otra especial. La general ni queda inválida ni pierda la vigencia, simplemente queda desplazada.

▼ ¿Qué criterios hay para resolver antinomias en caso descentralizado?

SI HAY UN CASO DESCENTRALIZADO

- **Criterio de competencia:** hay una **norma competente que colisiona con una norma incompetente**. Respecto a cualquier cosa que ocurra en Aragón, se invalida la norma no competente (podría ser una norma de Navarra).
- **Criterio de prevalencia:** cuando la **comunidad autónoma tiene competencia exclusiva, y hay conflicto entre la norma comunitaria y la del parlamento central, prevalece la norma autonómica**. Prevalece la del órgano central si la competencia no es exclusiva de la comunidad autónoma.

Práctica 1

Justicia

Texto Atienza

▼ ¿Cuál es la idea básica que inspira el derecho?

Como ya sabemos, la idea básica que inspira el derecho es la idea de justicia. Hablamos metafóricamente. **Idea de justicia**. El derecho está al servicio de la justicia. La idea de justicia guarda una relación muy estrecha con la igualdad, la equidad, la harmonía, proporcionalidad, justa medida,... Da la imagen de la balanza, y expresiones de **dar a cada uno lo que le corresponda**.

Tratar de igual manera a los iguales y tratar de desigual manera a los desiguales. Y lo injusto será lo contrario. Determinados atributos se tienen que tener en cuenta. **Es injusto tratar de desigual manera a los iguales**. O de igual manera a los desiguales.

▼ ¿Qué elementos no hay que tener en cuenta para tratar como iguales a los iguales y a los desiguales como a desiguales?

Hay que tratar diferente a los empleados y a los clientes. Hay elementos que se tienen en cuenta y elementos que no. **No se tiene en cuenta la orientación sexual, la religión.** No se puede tratar de igual manera a los discapacitados y a los capacitados.

▼ ¿Qué dos tipos de justicia hay según Aristóteles?

- Justicia **distributiva**: reparto y distribución de bienes y de males, de premios y de castigos, de derechos y de obligaciones. Para distribuir, **se tiene en cuenta el mérito de los actos llevados a cabo y la necesidad de la persona**. Si no es así, las consecuencias es algo injusto. ¿Una persona que recibe un premio y no ha hecho nada se lo merece? A parte del mérito también se tiene en cuenta la necesidad. Ya que dependiendo de la necesidad de cada persona se le dará una cantidad determinada de esa cosa o no.
- Justicia **correctora**: tiene que ver con las **relaciones de intercambio**. Pueden ser o no de bienes. A su vez esta justicia puede ser:
 - **Comutativa**: las **relaciones de intercambio de bienes** no pueden ser de cualquier manera. Tienen que **mantener un equilibrio**. El valor de una cosa no es su coste. No es el dinero. Pero cuando cambio un bien por dinero, el intercambio tiene que ser más o menos igual. Por eso el derecho, si quieras vender una casa por 1€ no podrás, ya que el precio de mercado no vale eso.
 - **Judicial**: en comparación a la pena. ¿cómo tiene que ser el castigo para que sea justa? **Proporcional con el daño causado**. Si he robado un coche, no castigarás al ladrón con la pena de muerte.

▼ ¿De qué depende el contenido que consideremos justo?

Esto es un criterio formal, pero **el contenido de qué considerar justo** no nos lo da las definiciones de justicia. **Depende del momento histórico, ya que quien lo valora es el individuo, y cuya estimación va variando**.

▼ ¿Qué elementos o valores tendría que tener siempre en cuenta el derecho?

Hoy en día, hay determinados elementos o valores que para regular, el derecho tendría que tener en cuenta siempre. Como ahora el valor **libertad**, el valor **dignidad humana**, el valor **paz social**,... estos valores siempre tienen que tenerse en cuenta.

▼ ¿Qué otros elementos o valores está bien que el derecho los tenga en cuenta pero ponderándolos con los primeros?

Luego hay otros que está bien que el derecho los tenga en cuenta pero ponderándolos con los primeros. Que no entren en conflicto con los primeros. Por ejemplo, **cuestiones médicas, cuestiones económicas, cuestiones técnicas, cuestiones políticas e ideológicas, científicas**. Que se tengan en cuenta, pero que no estén encima de los primeros.

▼ ¿Qué elementos nunca se tienen que tener en cuenta en el derecho si no quiere ser injusto?

- Elementos puramente **religiosos**
- Elementos puramente **mORALES**

Los problemas que genera querer definir justicia desde el punto de vista racional. Averiguarlo científicamente. Los problemas que genera la justicia y todo aquel ideal cuando lo queremos pensar absolutamente.

Esto es de lo que trata el texto. Ya nos avisa de que esto es problemático, y nos avisa diciéndonos que los más grandes ilustres y pensadores de la humanidad han intentado definir qué es justicia y

no lo han conseguido. Por que se sabe que el tipo de preguntas a las que se atreve a dar respuesta la filosofía, es un tipo de pregunta que no puede cerrarse. No es posible cerrar esas preguntas, cerrarlas para siempre de tal modo que no podamos preguntárnoslas más. Ya que el **conocimiento del ser humano es limitado, y no puede comprender lo absoluto.**

Por lo tanto, querer comprender qué es la justicia se puede tratar de responder no mediante a la razón, y esa pregunta siempre va a quedar abierta.

Hay determinadas preguntas que mediante la razón se puede responder: ¿a qué temperatura hiere el agua? ¿a qué temperatura se congela el agua?

Pero determinadas preguntas no se pueden responder cerrando la pregunta para siempre mediante la razón: ¿qué es la muerte? ¿qué hago aquí?

Como seres humanos queremos responderlo pero la razón es limitada y no podemos. Sirve para 2 cosas:

1. Para comprender mejor la pregunta.
2. Puesto que esta pregunta te va acompañar siempre, para relacionarnos mejor con esta pregunta.

Y todo esto sirve para dar sentido a las cosas.

En primer lugar, nos encontramos que son valores subjetivos. Depende de cada persona. Si queremos ordenar la sociedad de la manera más justa posible, no vale decir que lo dejamos para cada cual. Necesitamos objetivar los valores, como ahora el valor justicia. Lo haremos **intentando que los demás lo compartan, y que sean tantos que lo compartan que se convierta en objetivo.**

Con la belleza pasa lo mismo: es subjetivo, pero esto no impide que haya un canon de belleza, que se pueda objetivar qué es lo que es bello. Y este canon ha ido variando.

Y con la justicia se intenta objetivar. Se expresa un montón de reglas y normas. ¿Qué es justo? tratar iguales a los iguales, comportarse justo sería comportarse con los otros de la misma forma que te gustaría que te tratases a ti. Se intenta que sea objetivo. **Que el castigo sea proporcional al daño.** El término medio.

Y todo esto se hace mediante al razón, todo esto se quiere hacer científicamente. Pero hay un problema → no se puede comprender científicamente los fenómenos humanos. Y la razón es un fenómeno humano. Osea que mediante la razón la comprensión de la justicia nunca es total. Ya que una vez expresadas esas leyes o fórmulas, lo siguiente que nos preguntamos es: ¿esto cómo lo valoro? falta el criterio de valoración, ya que no podemos responder algunas preguntas como ¿cómo se si otro es igual a mí? ¿cómo se lo que es justo? ¿qué es la felicidad?

Falta un criterio de valoración que acepte las cuestiones emocionales, de percepción subjetiva, sentimentalmente,... eso nos falta. Se tiene que resolver buscando el equilibrio, la justa medida, la proporcionalidad, la justicia.

Entonces hay factores relativos, y no puede ser que la justicia sea relativa, pero lo es. Que los valores sean relativos no significa que no sean valores, pero cuando se dé un conflicto, tengo que valorar la justicia. Puede ser relativo pero no vale cualquiera.

Como humanos, necesitamos creer que hay una justicia absoluta, y por esto Platón dice que el bien absoluto existe, pero equivale a lo absoluto, a Dios. Platón diviniza al bien, que dice que es Dios. Pero el ser humano no puede comprender lo absoluto porque su razón es finita. ¿Y entonces cómo comprende el hombre lo absoluto? Platón dice que se hace mediante una experiencia mística. Experiencia mística.

Los griegos ya consumían LSD, que sacaban de un bicho del centeno. Y esta era una experiencia mística. **Misterios eleusinos.**

La justicia absoluta, los conocimientos absolutos, el hombre lo quiere conocer. Pero esto es irracional. Es una de las ilusiones eternas del hombre. **Nietzsche → humano demasiado humano:** es todo aquello absoluto. Estos ideales que el hombre ha querido decir que no depende de nosotros.

Por esto no puede haber un juez robot. Es tarea del hombre es ponderar valores. ¿Por que el ser humano quiere valores absolutos? Por que lo que implica el valor relativo es un esfuerzo individual → le exige al individuo una cosa: lo que sea bueno o no y por lo tanto lo que debo hacer o no, depende de que así lo determine yo mismo.

En el oráculo de Delfos había escritas 2 cosas:

- de todo poco
- conócete a ti mismo por ti mismo → lo tienes que hacer por ti mismo.

Y por esto Aristóteles dice que hay esclavos por naturaleza

LOS HOMBRES TENEMOS QUE ELEGIR QUÉ ES LO JUSTO, QUÉ SON TODOS ESTOS VALORES.

Igualdad

- ▼ ¿Qué es la igualdad?

La igualdad es un **valor**.

- ▼ ¿Qué es lo único que puede ser justo o injusto?

Sólo es justo o injusto **lo humano**, no es justo ni injusto lo natural.

- ▼ ¿Los elementos naturales pueden ser iguales?

Respecto a la igualdad ocurre lo mismo. **No podemos decir de ningún elemento natural que sea igual.**

- ▼ ¿De qué 2 elementos se predica la igualdad?

- **¿igual respecto a qué?** En los fenómenos naturales nada es igual. Al margen de los hombres, no existe en la naturaleza cosas iguales. Las gotas de agua que gotean, parecen iguales pero no lo son. Por lo tanto **la igualdad es una cosa humana**. Ninguna persona es igual a otra. Físicamente no existen cosas iguales. Entonces la igualdad la encontramos en la igualdad de derecho. No es nada físico y material, sino jurídica. Es la única valiosa.

- **¿en base a qué?**

- ▼ ¿En cuanto a qué habla Atienza de igualdad?

- **Distribución: todo el mundo paga en la misma relación.** El IVA.
- **Resultado:** lo anterior consigue igualdad o no la consigue. Por que la presión fiscal no es la misma que experimenta el que tiene mucho dinero o el que tiene menos dinero. Entonces no hay igualdad en el resultado. **Entonces queremos encontrar la igualdad en el resultado.**

Por ejemplo el IRPF no es igualitario en cuanto a la distribución, sin embargo el resultado sí lo es. Entonces la presión fiscal es proporcional a la renta de las personas.

Tipos de igualdad

▼ ¿Qué tipos de igualdad hay?

- **Igualdad política:** igual, equitativa, proporcional participación en asuntos públicos o políticos.
Que todo el mundo pueda ser elegido y elector. Se resume en el **sufragio universal**. **Todos los votos valen lo mismo.** Da igual si eres un sabio o no.
- **Igualdad formal: igualdad ante la ley.** Que el derecho trate igual a quienes viven bajo el mismo sistema jurídico. Queremos que la ley sea abstracta, impersonal,...Sin privilegios.
Esta igualdad es la de la concepción liberal. **Se opone a un régimen absoluto, totalitario, el monarca absoluto que dicta leyes arbitrarias.** Mediante leyes, se reparten derechos y obligaciones. Por tanto los liberales defienden el artículo 14 CE, que defiende a las víctimas de discriminación.
Sin embargo, **esta igualdad es insuficiente. Ya que no todos somos iguales, pero respeto a algunas cosas deberíamos ser iguales.** Ya no basta la igualdad formal.

• **Igualdad material: igualdad en la ley.** Lo que se busca es **que en su aplicación, la ley genere casos igualitarios.** El derecho sirve para generar igualdad allí donde no la hay. **Y para combatir la discriminación,** se usa la **discriminación positiva.** Es para igualar situaciones que de origen no lo son. Observando el derecho en la sociedad que hay mucha desigualdad en cuanto a la renta, esto hay que igualarlo en casos concretos para satisfacer algunas desigualdades. Solo se tiene que compensar esas cosas que aparecen en la Constitución com aquello necesario para llevar una vida plena y digna. Hay un consenso en que estudiar en la universidad forma parte de esto, de la atención médica (no toda). ¿Cómo se concreta una medida de discriminación positiva? La finalidad de ir a la Universidad es legítima. Y el medio de la beca es idóneo para nivelar la satisfacción de la necesidad de estudiar. Esta se considera una discriminación, pero está bien vista.

Este tipo de igualdad genera controversias cuando se hace un mal uso. Primero que hay que establecer el concepto de qué son las necesidades, y hasta cuando. La mayoría son para siempre.

Hay gente que no quiere ser partícipe de la discriminación positiva. Y otro que sí que lo quiere.

Libertad

▼ ¿Por qué existe la libertad?

Hay que tener en cuenta una advertencia: lo libre no puede predicarse más allá de lo humano. **La libertad existe porque existe el hombre.** Los fenómenos naturales no son libres. **Un fenómeno natural (todo aquello no humano) no es libre.** No hay nada más allá del ser humano que pueda ser considerado libre. Al igual que no existe la igualdad, la justicia, la seguridad,....

▼ ¿De qué forma hay que entender el concepto de libertad?

Metafísicamente, la libertad no es la capacidad de hacer lo que uno quiera, de obrar sin límites. Eso no es libertad. Hay que entender por libertad la **capacidad de elegir o decidir respecto a lo sobrevenido.** Al encontrarnos frente a posibilidades, **decidir entre esas posibilidades cuando nos las encontramos.** No tener opción de responder sobre algo sobrevenido no sería libertad. **Sería la ausencia de posibilidades la ausencia de libertad.** Y si el hombre es un ser libre es porque tiene infinitas posibilidades.

▼ ¿Qué comporta el tener libertad de tomar decisiones?

Ocurre que cuando uno tiene que tomar decisiones, **lo hace por su cuenta y riesgo**. Esto significa que nadie puede ser libre por otra persona, las elecciones se tienen que hacer por uno mismo. Por su cuenta y riesgo. **Cada persona, por elegir, asume riesgos**. Es arriesgado porque **las consecuencias de estas elecciones se le imputan a uno mismo de forma exclusiva**. Y cuando la decisión tiene efectos poco trascendentes, poco importan las consecuencias. Pero cuanto más trascendentes sean las consecuencias, más grandes serán los riesgos.

▼ ¿Qué provoca en el individuo el hecho de que las decisiones comporten riesgos?

Y al individuo le ocurre algo: **toma conciencia de su libertad, y despierta en él un sentimiento llamado angustia, de miedo**. La libertad genera incomodidad. Porque sólo decidí yo, y si me equivoco sólo se me va imputar a mí.

▼ ¿De qué forma se puede reducir esta angustia?

Por lo tanto, estoy condenado a la libertad. Pero hay maneras de descargar peso y deshacernos de libertad. Es **cambiar libertad a cambio de ganar en seguridad**, viviendo una vida más cómoda,... Me deshago de mi libertad a cambio de seguridad. Como es muy difícil orientarme, prefiero la seguridad a la libertad. Por lo tanto, **si descargo mi libertad y mi responsabilidad en un tercero, puedo tener una vida más cómoda**.

Si uno quiere que las consecuencias de sus actos no se le imputen, uno se puede declarar irresponsable, y descargar su responsabilidad en otro individuo.

▼ ¿Qué acepciones de libertad hay según Atienza?

- Libertad en **sentido político**: Hay que entender que **uno es libre si solo tiene que cumplir la ley que uno mismo se ha dado**. No tiene que cumplir una **ley ajena**, o que no está en mi voluntad. La **ley democrática, yo he participado en su creación**, en tanto que **yo he elegido libremente unos representantes que van a hacer leyes**, y le dotan a la ley un contenido concreto que yo he participado.

Hay democracia directa siempre aplicada ante grupos poco numerosos de personas. Si hay muchas personas, habrá **democracia representativa**.

- Libertad en un **sentido negativo**: Sería la **facultad de hacer algo sin ser obstaculizado por los demás**. Sin que los demás generen resistencia. Si yo tengo libertades, tengo la facultad de que los otros no pueden obstaculizarme para que yo la ejerza. **Todo el mundo genera una esfera de libertad. Al Estado le exigimos que se abstenga de interferir por un lado. Y por el otro, el estado impide a los demás que limiten mis libertades**. Los estados garantizan a los demás que se metan. Es un estado policía. Este tipo de libertad, típicamente es liberal. El **liberalismo**, ve al estado como una instancia potencialmente hostil como una amenaza, ya que tiende a expandirse y a meterse en la vida de la gente. **La libertad está en la abstención del estado**.

- Libertad en un **sentido material o real**: Que el estado no obstaculice, pero si lo dejamos solamente allí, estas esferas de libertad pueden quedar vacías de contenido. Hay que hacer que **el disfrute de libertad sea real y efectivo**. Que la libertad sea real y efectiva. Para dotar de un contenido real, **el estado tiene que aportar algo**. Ahora la actitud del estado es de **intervención**, no de abstención. Por lo tanto se refiere a una intervención **socialista**. El estado tiene que hacer para dotar de contenido la libertad.

J Stuart Mill

▼ ¿Qué necesita el derecho para regular?

Para todo esto, hacen falta criterios. **El derecho lo tiene que hacer basado en unos criterios.** Lo que hace es dirigir el comportamiento de los ciudadanos, pero hacen falta criterios. Cuando el derecho tiene que regular, lo tiene que hacer a base de criterios.

¿debe el derecho regularlo todo?

¿Qué cosas o ámbitos no debe regular el derecho?

¿Habrá que limitar el contenido de las leyes? o no.

El derecho no puede regular todo lo que se da en la conciencia del ser humano. I allí encuentra un límite. ¿Dónde están los límites a la actuación del derecho?

▼ ¿Cómo intenta Mill poner un criterio para saber lo que puede ser conocido por el derecho y lo que no?

Mediante 2 esferas, la **esfera privada** y la **esfera pública**

Construir una perfecta demarcación entre el **interés del individuo** y el **interés de la sociedad**. La libertad de pensamiento y de acción no debe tener otro límite que el perjuicio de los demás. Hacer daño a los demás de forma manifiesta. Esfera de acción en que la sociedad tiene interés de forma externa. **Si no estás perjudicando a los demás de forma manifiesta, eres lo libre que quieras.**

▼ ¿Qué se puede hacer si la gente no hace con su libertad lo más provechoso para sí misma?

Lo que vemos en el día a día es que hay gente que no actúa del modo más provechoso para ellos mismos. **Lo único que podemos hacer por esta gente es advertirles de que lo hacen mal.** Pero no debemos obligarlos ni imponerles nada. Porque esto puede ser otra ilusión. Nadie más que uno mismo sabe que es lo mejor para ellos. Si les obligamos a que vivan de forma diferente estamos atentando en contra de su libertad. No les podemos obligar. El derecho no puede atentar sobre las conductas que afectan al individuo. **No hay que tratar a los adultos como niños pequeños.**

Porqué ese paternalismo por parte del estado?

Práctica 2

Derechos humanos

Se creía que los derechos humanos surgían a partir de la etapa del capitalismo, que hacía falta superar.

No todos tenemos los mismos derechos humanos.

1. El concepto de derechos humanos tiene un carácter muy emotivo. Tenemos que luchar para que no se convierta en ideología, y que siga teniendo el significado que ha tenido hasta ahora.
2. La expresión derechos humanos es ambigua:
 - a. Se puede ver como parte de un ordenamiento legal.
 - b. O simplemente se puede ver como un conjunto de normas morales.
 - c. A veces se queda a mitad de camino entre el derecho y la moral (si algún texto internacional recoge un derecho pero no hace nada para que se cumpla).

Muchas veces se usan los derechos humanos como queja contra el derecho positivo, por el hecho que no contenga ciertos derechos.

Entonces para referirse a derechos que estén en el ordenamiento jurídico, nos referimos con "derechos fundamentales" o "derechos constitucionales", y cuando nos referimos a un ámbito más moral, nos referimos a "derechos humanos".

Entonces, los derechos humanos forman parte de la categoría de los derechos subjetivos. Hay diferentes tipos de derechos subjetivos: algunos que se pueden reclamar ante tribunales, otros que generan obligaciones por parte de los poderes públicos,... otros que juegan un papel en la interpretación,...

Según Hohfeld, cabe hablar de 4 tipos básicos de derechos subjetivos:

1. **Derecho subjetivo en sentido estricto:** implican que el otro polo de la relación alguien tiene un deber o no tiene un derecho. **A tiene el derecho a que B realice X, siempre que B tenga el deber de realizar X.**
2. **Libertad:** implican que el otro polo de la relación alguien tiene un deber o no tiene un derecho. **A tiene frente a B la libertad de realizar X, y B no tiene derecho a exigir a A que efectúe X. El tener un derecho no implica que uno es libre de tenerlo o no.** Ej: que tengamos derecho a una educación no implica que podamos escoger el tener esa educación o no. Normalmente una libertad implica una restricción. Ej: somos libres de ir al cine siempre y cuando paguemos la entrada.
3. **Poder:** derivan de normas constitutivas. **A tiene el poder de producir ciertos efectos respecto a B mediante el acto X si B está sujeto frente a A, y si la actuación jurídica de B se verá afectada por la actuación X.**
4. **Inmunidad:** derivan de normas constitutivas. **A tiene frente a B inmunidad respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, si B es incompetente para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de A.**

Sin embargo, los derechos humanos actuales son un conjunto de todos estos elementos.

Laporta

Debe distinguirse entre el valor que constituye el núcleo de un derecho humano y las técnicas de protección habilitadas para su salvaguarda.

Por otra parte, los **derechos humanos sirven para validar algunos derechos**. Por ejemplo, si una ley va en contra de un derecho fundamental que se encuentra en la constitución, esta ley no será válida. A parte de esto, también **sirven para legitimar leyes** actuales, y para que estén justificadas. Para justificar el ordenamiento jurídico español.

Y por este motivo la expresión "derechos humanos" es bastante **ambigua**.

Y debido a la ambigüedad que esta expresión contiene, este concepto ha supuesto los grandes debates éticos contemporáneos:

- ¿eutanasia?
- ¿derecho a la emigración?
- ¿pena de muerte?
- ¿clonación?
- ...

El concepto y la fundamentación de los derechos humanos no son cuestiones que se puedan separar de manera estricta; la solución de la primera cuestión lleva a plantearse la segunda.

Derecho como argumentación

El texto de derecho como argumentación está muy relacionado con el tema 7.

Vamos a ver el derecho como a un conjunto de argumentos dirigidos a persuadir. Enfoque argumentativista y metodológico. La sentencia es una norma con la que **se prohíbe o se obliga** a alguien a hacer algo. Se resuelve un conflicto.

Para resolver un conflicto, se puede resolver de diversas maneras.

1. La primera posibilidad sería **legislando**, regulando normas jurídicas. Por medio de la creación de normas jurídicas. Ej: prohibir el consumo de drogas, regularlo,... **Puede no ser la mejor manera de resolver un conflicto por ser demasiado restrictiva**. De hecho, no es siempre la mejor manera de resolver el conflicto. Incluso puede no ser constitucional porque se restringen derechos fundamentales.

Ej: ¿un confinamiento es demasiado restrictivo en cuanto a derechos y libertades?

Entonces esta intervención del derecho no suele ser suficiente. Ya que se puede haber regulado de una forma patosa que genere más problemas.

2. Los que interpretan y deducen las normas son los jueces. **El juez, para averiguar la norma, tiene que interpretar. El juez debe hacer el derecho como argumentación**. Motivar su resolución. Se trata de **ofrecer razones**. Y la argumentación la tiene que usar también el fiscal, y el abogado. Es la base del derecho práctico. Y los abogados aportan argumentos para persuadir al juez. Pero hay que destacar que el juez solo puede resolver en base a derecho. El juez, en su resolución lo tiene que hacer en base a razones jurídicas.

IMPORTANTE: en base a derecho no es solo en base a normas concretas, sino también en base a los principios del ordenamiento jurídico. Los argumentos deben tener en cuenta los principios, y por lo tanto, los abogados y fiscales deberían tener grandes **conocimientos filosóficos y culturales** para poder persuadir a las partes.

Explicación y justificación

Es diferente.

Explicar: significa **explicar las razones por las que he llevado a cabo este acto**. El juez: ¿por qué he dictado sentencia? → para tener notoriedad mediática, por ejemplo. O porque me quiero ir a dormir.

Justificar: al juez no se le pregunta que explique las razones por las que ha dictado sentencia. Lo único que se le pregunta es la justificación o motivación de las sentencias. Siempre en base a derecho, teniendo en cuenta la ley. Aporta razones en cuanto a derecho. **Se hace justificar al juez para ver si ha decidido motivado por el derecho. Para comprobar el fundamento jurídico**. Y en el caso que hayamos detectado que algo chirría, las partes pueden recurrir en segunda instancia. Si no se ha dado nada, al menos sé por qué razones el juez ha decidido el qué.

Es requisito del estado de derecho que el juez resuelva según derecho porque el juez está sometido a la ley, **IMPERIO DE LA LEY**. Y esto es una garantía jurisdiccional.

¿Y por qué aceptamos las sentencias judiciales?

Por que los jueces actúan exclusivamente en base a ley. Y esto da legitimidad al sistema judicial.

Y cabe destacar que el juez no es nombrado democráticamente, sino en cuanto a mérito. Por cómo trabaja el juez.

Cómo trabaja el juez mentalmente para llegar a conclusiones

No lo hace siguiendo esa lógica formal, mediante silogismos (argumentos lógicos). Si X ha obrado de manera Y, obtiene el castigo P en tanto todos los que actúen de manera Y recibirán el castigo P.

Así no razonan los jueces → razonan empezando al revés. Empiezan por el final:

- ¿Este tío es culpable? valoración de los hechos. Ej: dependiendo de cómo has matado a la víctima,... determinamos si hay ensañamiento.
- determinado esto, determinamos la sentencia en base a las pruebas que provee la defensa. Interpreto los hechos. Empiezo a vestir la sentencia.

.... pero no hay silogismos ni lógica formal. Nada de premisas, de deducir lógicamente.

Y es por este motivo que determinamos delitos en grado de tentativa.