

TEORIA DEL DERECHO: SEGUNDO PARCIAL

Alba Pinto Alonso, 2011

Tema 14. El deber jurídico

1. Aproximación a partir del uso lingüístico. “Tener el deber de” y “verse obligado a”. El deber como “razón para la acción”. Deber jurídico y deber moral forman parte de un único género de deberes.

1.1 Aproximación a partir del uso lingüístico: “tener el deber de” y “verse obligado a”.

El uso que hacemos de las palabras nos informa acerca de su significado (no en vano, para algunos autores, el significado es el uso).

Hart ha sugerido que para comprender correctamente la naturaleza de los deberes que impone el Derecho y distinguirlos, por ejemplo, de los dictados de una banda mafiosa, es conveniente captar la diferencia que existe cuando usamos la expresión “tener el deber de” y cuando usamos la expresión “verse obligado o forzado a”.

“Verse obligado a”:

1. Se refiere a actuar en contra de lo deseado.
2. Significa no tener más remedio que hacer algo.
3. Es verse empujado a hacer algo, que puede ser bueno o malo, lícito o ilícito.

En cambio, “tener el deber de”:

4. Significa que existe una buena **razón** para hacer algo.
5. Ese algo tiene que ser bueno o lícito bajo algún aspecto.
6. Se puede desear o no.

1.2 Aproximación a la idea de deber jurídico

La primera idea de deber que tenemos es la idea de deber moral. El deber existe cuando hay una razón inexcusable para actuar o no actuar en un determinado sentido. Existen razones tan fuertes en el orden práctico y ético que no se justifica el no seguirlas.

La cuestión que ahora se nos plantea es si el deber jurídico es del mismo tipo que el deber moral:

¿Significa deber en el sentido jurídico lo mismo que deber en sentido moral?

A veces se tiende a pensar que el deber jurídico, como está respaldado por la fuerza, por la coacción, es distinto que el deber moral, que no tiene dicho respaldo, si bien con frecuencia el deber moral está acompañado por la constrictión que supone lo que los sociedad puedan opinar acerca de quien no lo cumple, o por cómo puedan reaccionar.

Para quien reduce el deber jurídico al hecho de la coacción, la diferencia entre deber jurídico y deber moral será que el primero se reduce a un “verse obligado a”.

Ahora bien, ¿no se aplica al Derecho la distinción de Hart entre “tener el deber de” y “verse obligado a”? Cuando se dice que el arrendatario tiene la obligación de pagar la renta todos los meses, ¿se está queriendo decir que el arrendatario se ve obligado a pagar la renta

porque si no va a ser sometido a sanciones o que existen razones para que la conducta de pagar la renta sea inexcusable? Este es el gran problema que se plantea en relación con el deber jurídico.

El deber jurídico es una categoría diferenciada del deber moral, sin embargo, que sea distinto del deber moral no permite reducirlo a la coacción.

Está en el orden de las razones para la acción: que otro tenga un derecho es una razón suficiente para que alguien tenga el deber de satisfacer o respetar ese derecho. Que el Estado imponga ciertos deberes ejerciendo sus potestades (derecho-deber para beneficio de todos) también es una razón para obedecer lo establecido por el Estado. El deber jurídico nace del derecho ajeno, del derecho subjetivo, que será estudiado en el tema siguiente, pero también de la ley (sin necesidad de que exista derecho subjetivo de otra persona).

Los deberes jurídicos no son simples manifestaciones de fuerza, sino también razones para la acción. La razón por la cual alguien debe respetar las leyes o los derechos de los demás no es puramente coactiva, sino un modo de entender las relaciones con los demás que se basa en la dignidad del otro. Cuando las leyes son justas, se tiene el deber de cumplirlas. Por tanto, el deber jurídico consiste en “tener obligación de” y no en “verse obligado a”.

¿Esto quiere decir que es exactamente igual que el deber moral? En cuanto deber sí, pero tiene unas características peculiares que lo hacen distinto del deber moral; siendo deberes del mismo género, en el mismo sentido, sin embargo poseen diferencias específicas.

2. Otras concepciones del deber jurídico. Las negaciones del deber jurídico.

2.1. El fundamento jurídico-positivo del deber en el positivismo jurídico: las exigencias de la seguridad jurídica

Frente al iusnaturalismo, que sitúa por encima de todo valor la justicia, para el iuspositivismo el valor fundamental es la seguridad.

Este valor explica la misma sociedad civil, pues es el vector que guía el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil. En el estado de naturaleza, el hombre es libre pero no está seguro. En la sociedad civil, está seguro, pero a cambio de sacrificar la libertad absoluta de que gozaba en el estado anterior.

Sin seguridad no pueden desarrollarse el resto de los valores: justicia, libertad, igualdad, solidaridad, &c.

No obstante, el fundamento positivista del deber jurídico es de índole formal. La seguridad vale por sí misma, sin necesidad de que implique otros valores.

La prestación del deber no depende de la justicia de la norma, sino de la mera existencia de ésta. Si ha sido correctamente creada por el órgano competente debe ser obedecida. Su límite: que la misma norma genere inseguridad.

2.2. El fundamento empírico-biológico del deber: la ley de la fuerza

Es un fundamento fáctico, no jurídico. El que posee el poder y la fuerza tiene que ser obedecido. Hay varias líneas argumentales para defender esto:

2.2.1. La experiencia histórica demuestra que quien posee la fuerza es obedecido por sus súbditos.

En la historia hay numerosos ejemplos de regímenes políticos basados en la fuerza. En todo caso, es habitual observar cómo cuando la razón no asiste al gobernante, éste acaba recurriendo a la fuerza para imponer sus principios.

2.2.2. La biología nos enseña que la ley de la fuerza rige el funcionamiento de las especies animales.

Esto ya lo afirmaba el sofista Caliclés: lo natural es que el más fuerte domine sobre el más débil, es una ley común a hombres y animales. No obstante, en el caso de los primeros, existe un proceso de racionalización de la fuerza, que se va transformando en derecho.

Así no cabe hablar del mismo grado de fuerza en las sociedades animales y en la humana. Y dentro de las relaciones humanas, el grado de fuerza depende del grado de perfección y estabilidad de las sociedades políticas. V. gr., en una democracia se requiere menos el empleo de la coacción.

2.2.3. Racionalmente es bueno que los más poderosos, fuertes y capaces prevalezcan sobre los menos dotados.

Este argumento ha servido para justificar la esclavitud.

Alcanza un desarrollo en la teoría del derecho de la fuerza (v. gr., Nietzsche y su teoría del superhombre). Esta argumentación se apoya en dos ideas básicas:

Primero: en que supone un beneficio para todos: para los más capaces y para los menos capaces, ya que cada uno cumple con su papel.

Segundo: en que hace prevalecer el interés general de la especie humana frente al de los individuos concretos. La especie humana mejora a través de la selección de sus miembros: Aquí se basan los sistemas políticos racistas, para los cuales el interés de la humanidad en general exigía el sacrificio de las vidas de los individuos y las razas menos dotadas.

2.3. El fundamento psicológico del deber: el reconocimiento de la norma por la conciencia del sujeto

El deber de obediencia surge cuando la conciencia de la persona asume la norma como tal.

Por su carga de subjetivismo, esta tesis recibió numerosas críticas desde el comienzo. La apelación a la conciencia individual hace que la obligatoriedad jurídica dependa de criterios subjetivos y arbitrarios. Con ello se anulan tres principios jurídicos fundamentales: la generalidad de la norma, la certeza del derecho y la seguridad jurídica.

Esto llevó a los sustentadores de esta tesis a modificarla a través de dos nuevas teorías:

1. La teoría del *reconocimiento general* (H. Welzel), que entiende por tal el reconocimiento prestado al ordenamiento jurídico en su conjunto, a sus principios jurídicos fundamentales.

2. La teoría del *reconocimiento indirecto* que entiende por tal el reconocimiento prestado no individualmente, sino por la mayoría del pueblo (G. Jellinek) o por un número de personas representativas y decisorias (E. R. Bierling).

2.4. El fundamento psicológico-sociológico del deber: la adhesión personal y la coacción de las normas

Esta tesis mantiene que el deber jurídico se fundamenta a un tiempo en la coacción de las normas y en la adhesión voluntaria de sus destinatarios.

Pero hay dos maneras distintas de concebir la conexión entre ambos elementos.

Para M. Drath, por ejemplo, existe entre ellos una relación dialéctica, que en la práctica del derecho aparecen como complementarios alternativamente, no conjuntamente. Se puede representar esta idea con dos flechas en la misma dirección, pero en sentidos contrarios. La idea es ésta: a un mayor grado de aceptación de las normas corresponde un menor grado de aplicación de la compulsión y viceversa.

Sin embargo, para otros autores, como G. Jellinek o A. Ross, la relación que se da entre ambos factores es lineal y de refuerzo. La representación sería la de dos flechas en la misma dirección y en el mismo sentido. La idea es que una fuerte coacción genera una extensa práctica jurídica y ésta, por su repetición constante y valor ejemplar, da lugar a una aceptación especial cada vez mayor.

2.5. El fundamento normativista del deber: el deber jurídico como un aspecto de la norma jurídico-positiva

Es el planteamiento, puramente formal, de Kelsen. El deber jurídico, según este planteamiento, es la norma, con relación al sujeto, que prescribe una conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la aplicación de la sanción por el órgano del Estado.

Esto es, si la norma penal ordena la imposición de una sanción a quien comete un homicidio, el deber jurídico está representado por la conducta contraria a la del homicidio, condición de la aplicación de la sanción, es decir, la conducta de respeto a la vida de las personas

3. Los elementos de diferenciación entre deber jurídico y deber moral.

El fundamento

El deber moral se funda de modo inmediato en la norma moral y de modo remoto en las exigencias de la felicidad del ser humano, que son en parte distintas para cada uno y en parte comunes para todos.

El fundamento inmediato del deber jurídico es la norma jurídica o el derecho ajeno, y el fundamento remoto es la justicia, la necesidad de que respetar lo ajeno. Este fundamento remoto es inequívocamente moral.

Una consecuencia de lo anterior es que si el fundamento remoto del derecho es la justicia (una parte de la moral) existe un deber moral de obedecer al derecho, cuando las leyes son justas.

La finalidad

La finalidad de la moral es la perfección y bien de la persona, del sujeto agente (homo bonus).

El deber jurídico tiene como finalidad la buena acción (bonum opus), el perfeccionamiento y bien de la vida social: el bien común y la satisfacción del derecho ajeno.

Esta distinta finalidad condiciona tanto el contenido del deber jurídico y moral, como el modo de obligar.

El contenido

El deber moral obliga a hacer el bien y evitar el mal.

El deber jurídico no impone hacer todo tipo de bien, sino sólo lo justo y no hacer lo injusto: respetar los derechos de los demás y las obligaciones que la ley establezca sobre las personas para obtener el bien común.

Por tanto, el deber jurídico no debe ir más allá de las exigencias del bien común. Tomás de Aquino explica que el Derecho no debe mandar todo lo que la moral manda ni prohibir todo lo que la moral prohíbe, sino sólo lo exigido por el bien común y los derechos de los demás.

El modo de obligar

El deber moral vincula al hombre como persona en el fuero interno de su conciencia, y exige de éste una perfecta adecuación entre la norma moral y los motivos que mueven su conducta (lo que Kant llamó *Moralität*).

Sin embargo, el deber jurídico vincula al hombre en cuanto a miembro de la sociedad y exige el adecuamiento exterior (lo que Kant llama *Legalität*).

La norma jurídica sólo demanda un cumplimiento externo y busca que se realicen las conductas justas, sin entrar en el porqué de la actuación de cada uno. Ello explica dos diferencias importantes entre moral y Derecho:

Primera: La ignorancia y el error tienen relevancia distinta en el campo jurídico y en el moral: si se ignora la norma moral no se está obligado a cumplirla, en cambio la jurídica sí.

Segunda: Cuando los motivos y otras circunstancias en el obrar jurídico se pueden probar, en determinados supuestos son valorados por el Derecho y tenidos en cuenta, pero sólo en ciertos supuestos; en la moral, siempre son relevantes los motivos e intenciones del sujeto que actúa.

Las garantías

El deber moral, en principio, sólo está garantizado por la moral misma: no tiene garantías per se.

El deber jurídico tiene garantías específicas: mecanismos diferentes destinados a hacerlo eficaz, como se verá más adelante. Son mecanismos de diferente tipo: morales, sociales, políticos, y propiamente jurídicos.

4. La fisonomía del deber jurídico. Características.

4.1 Deber jurídico y justicia.

Posibilidad: nadie puede tener el deber de hacer lo imposible.

La imposibilidad puede ser originaria (desde el comienzo) o sobrevenida (surgida después de haber contraído el deber o la obligación).

Sería injusto que se mantenga un deber cuyo cumplimiento se ha vuelto imposible. Todo deber jurídico, para ser válido, ha de ser siempre posible. Esto se expresa en el principio jurídico "*ad impossibilia nemo tenetur*" (nadie está obligado a lo imposible).

Lo anterior tiene una excepción: que la imposibilidad sea imputable al sujeto, que sea culpa suya. Cuando la imposibilidad es imputable, entonces lo que se produce es una transformación del contenido del deber.

Exterioridad: siempre se refiere a un comportamiento externo. Se puede cumplir sin necesidad de ninguna disposición de ánimo interior por parte del sujeto obligado.

Licitud: la prestación en que consiste el deber jurídico tiene que ser lícita. La licitud impone dos exigencias: Que el cumplimiento del deber no de lugar a una injusticia, y que el contenido del deber sea compatible con otros deberes importantes para la vida social.

Igualdad o equivalencia entre débito y prestación:

El deber se cumple cuando lo que se hace es exactamente lo que se debe: ni más ni menos.

Cuando a alguien se le exige algo más o menos de lo debido, existen en el Derecho mecanismos para compensar a quien resulta perjudicado o beneficiado en exceso.

Irrenunciabilidad: No cabe renunciar a él.

En general los derechos sí son renunciables, porque se refieren a lo propio. En cambio, los deberes son irrenunciables porque se refieren a algo ajeno.

Exigibilidad: Como el deber se refiere a lo ajeno, puede ser exigido por el beneficiario de ese deber, ya sea otra persona o el Estado.

Deber jurídico y seguridad jurídica.

Posibilidad: ya se ha hablado de ella. La practicabilidad del Derecho, que es exigencia de la seguridad jurídica, como se vio, obliga a que no se puedan establecer deberes cuyo cumplimiento es imposible desde el principio.

Determinación o determinabilidad: el deber jurídico ha de estar determinado o ser determinable en cuanto a:

Objeto: a qué se está obligado

Sujeto: a quién obliga y frente a quién obliga

Modo: varias formas de obligar: Derecho imperativo o *ius cogens*, que es el que no puede ser obviado por los destinatarios del deber; y Derecho dispositivo o *ius dispositivum*: es el que la ley establece para relaciones privadas, pero sólo para el caso de que los particulares no hayan previsto o acordado otra cosa, en cuyo caso no rige. También en ocasiones varios deberes existen de forma alternativa, conjuntiva o facultativas.

Tiempo: desde cuándo (a quo) y hasta cuándo (ad quem).

Lugar: dónde ha de ser cumplido.

Inexorabilidad:

El deber jurídico vincula y obliga al sujeto con independencia de que éste tenga conocimiento o no de ello. La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento.

Esto no se basa en que todos tengan el deber de conocer todo el derecho. El fundamento es la seguridad jurídica, que exige que los preceptos jurídicos se cumplan con independencia de que la gente los conozca o no. Quienes sí tienen el deber de conocimiento de las normas son los jueces (del ordenamiento jurídico completo) y los funcionarios. Este deber sí es exigible, hasta el punto de que en el derecho rige el principio de que "*iura novit curia*" (el tribunal conoce el derecho: quien acude ante un tribunal no debe probar nada más que la existencia de los hechos, no del Derecho, que es conocido por el juez).

Coercibilidad o protección por un sistema de garantías

La seguridad jurídica exige habilitar mecanismos para que los deberes sean cumplidos efectivamente. Tales mecanismos reciben el nombre de garantías, y pueden ser de diferentes tipos:

garantía social: es principalmente el reconocimiento del deber y su aceptación por parte de los destinatarios.

garantías morales: la moral exige la obediencia al derecho cuando éste es justo.

garantías políticas: son todos los elementos del sistema constitucional y político que facilitan el cumplimiento del derecho.

garantías específicamente jurídicas: aquella persona a quien se debe algo y no se cumple con la deuda tiene todo un sistema de acciones y recursos administrativos y jurisdiccionales para conseguir el cumplimiento efectivo de su derecho. Entre ellas destacan:

- a. *la coercibilidad*: la posibilidad de imponer el cumplimiento de un deber por la fuerza.
- b. *las sanciones*: administrativas y penales.

5. Límites del deber jurídico.

Frente al deber general de respetar y obedecer el Derecho, ante ciertas situaciones ese deber jurídico se debilita, queda en suspenso o simplemente desaparece, es decir, cede la obligatoriedad del Derecho.

Si decimos que el deber jurídico es un deber, no una pura imposición de fuerza, ese deber general de obediencia ha de tener límites.

A veces los deberes se debilitan, se extinguen o permanecen en suspenso. Los límites son de tres tipos: Morales, Jurídicos y Derivados de situaciones fácticas.

Morales: los determinados por el conflicto entre deber jurídico y deber moral.

Este conflicto puede ser de diferentes intensidades, por razones objetivas o dependiendo de las personas. Por eso, ante estas situaciones de conflicto caben diferentes formas de comportamiento:

La objeción de conciencia: es una forma de resistencia pasiva al cumplimiento del deber que persigue ser eximido de cumplirlo en un determinado supuesto. Algunos sistemas jurídicos la admiten para ciertos casos.

La desobediencia civil: es una forma de resistencia pasiva que consiste en desobedecer la ley considerada inmoral y aceptar las sanciones derivadas de la desobediencia, con objeto de mostrar el carácter absurdo o inmoral de la ley, para presionar de ese modo en orden a obtener su derogación. Es un medio político, y ningún ordenamiento jurídico la contempla, aunque moralmente es legítima.

La acción revolucionaria: es una forma de resistencia activa y violenta que pretende derribar por completo el orden jurídico. Ningún ordenamiento la admite como legítima. Sólo estaría moralmente justificada en casos de injusticia radical de todo el sistema político-jurídico.

Jurídicos: límites establecidos por el propio Derecho. Algunos casos:

La dispensa de cumplir una ley hecha a favor de una o varias personas por la autoridad competente ante determinadas circunstancias.

Las leyes meramente penales: no obligan a cumplir lo que establecen necesariamente, sin sólo a soportar la sanción derivada del incumplimiento.

La prescripción: en virtud de ella desaparecen deberes (prescripción negativa o extintiva) o surgen derechos (prescripción positiva), por el mero paso del tiempo.

Colisión de deberes: se da en aquellos casos en que el cumplimiento de un deber jurídico impide cumplir otro deber jurídico.

Derivados de situaciones fácticas: son situaciones en que un deber jurídico pierde eficacia, ya sea temporal o definitiva:

Extinción del deber jurídico por imposibilidad de cumplimiento: los denominados casos fortuitos o de fuerza mayor, siempre que no haya mediado culpa en el obligado.

Suspensión temporal del deber jurídico: en esos casos son lícitas conductas que están prohibidas en general, pero sólo temporalmente. Los ejemplos más típicos son la legítima defensa y el estado de necesidad.

6. Situaciones de deber jurídico: sujeción y obligación.

Tema 15. El derecho subjetivo

1. Idea general. Fenomenología del derecho subjetivo.

En las relaciones jurídicas no sólo hay deberes, sino también derechos. Más precisamente, a todo deber le corresponde en cierto sentido un derecho.

A estas alturas del curso ya hemos empleado la palabra “derecho” en varios sentidos diferentes. Al menos 3:

Ciencia: “El de legalidad es un principio propio del Derecho administrativo”.

Norma: “El Derecho mexicano organiza la jurisdicción distinguiendo entre jueces federales y jueces locales”. Este sentido recibe el nombre de **DERECHO OBJETIVO**

Cierto poder, privilegio o garantía (en el sentido mexicano tradicional): “tengo derecho a faltar 10 veces a clase”. Este sentido recibe el nombre de **DERECHO SUBJETIVO**, porque alude a los derechos de un sujeto.

Excursus terminológicos:

No se trata de usos confusos o equívocos, sino análogos: todas estas realidades se llaman “derecho” en sentidos en parte iguales y en parte diferentes.

El Derecho objetivo suele escribirse con mayúscula, mientras que el subjetivo se escribe siempre con minúsculas.

La expresión “privilegio” es inadecuada para el Derecho actual (salvo el anglosajón).

La expresión “garantía”, muy tradicional en México, es técnicamente defectuosa, pues confunde el derecho y el medio para hacerlo eficaz. Puede emplearse, siempre que no se incurra en esta confusión.

Dentro de los derechos subjetivos, existen a su vez, diferentes significados de la expresión “tener derecho a...”:

Consideremos los siguientes ejemplos:

1. Juan tiene derecho a la educación.
2. Luis tiene derecho a salir del país si lo desea
3. Mariana tiene derecho a vestir una pashmina de color verde

1.1 Idea general: ¿Qué significa “tener un derecho”?

El análisis de Kelsen

Nino, siguiendo a Kelsen y a von Wright, distingue entre diferentes usos y sentidos de la expresión “tener derecho a...”

Tener derecho en el sentido de lo no-prohibido

Ejemplo: “tengo derecho a vestirme como quiera”.

Aquí, lo que se quiere decir con “tener derecho a” es que no existe una norma que prohíbe esa conducta.

Este uso de la palabra derecho significa algo así como permiso, pero al no estar explicitado en una norma, Von Wright lo llama *permiso débil*.

Las diferencias prácticas con los permisos fuertes son muy considerables. Agere licere o “libertad a secas” suele ser llamado también en ocasiones.

“Tener derecho a...” también puede significar una conducta autorizada por una norma.

Von Wright lo llama *permiso fuerte* para aludir a la existencia de normas que autorizan ese determinado comportamiento.

“Tener derecho a...” también puede significar el correlato de una obligación activa.

Ejemplo: “tengo derecho a que me devuelvas lo que te presté”.

En los casos anteriores, el derecho implicaba que alguien puede hacer algo; ahora es más bien que otro debe hacer algo en beneficio de quien tiene el derecho.

“Tener derecho a...” también puede significar el correlato de una obligación pasiva.

Ejemplo: “tengo derecho a dormir tranquilo”.

En este caso, nuevamente existe un deber u obligación por parte de los demás, pero no consiste en hacer o dar algo a quien tiene el derecho, sino en no hacer.

“Tener derecho a...” también puede significar derecho en el sentido de acción procesal o administrativa

Ejemplo: “Contra esa resolución tiene usted derecho a presentar una reclamación en un plazo de veinte días”.

Este sentido de “tener derecho a...” ha sido considerado por algunos, concretamente por Kelsen, como el sentido más preciso de “tener derecho”, porque su definición no depende de la noción de deber jurídico.

Los cuatro anteriores sí dependen de la noción de deber jurídico; éste sólo depende de que la norma establezca cauces para exigir ciertas cosas, pero no de la noción de deber jurídico.

“Tener derecho a...” también puede significar derecho en sentido político.

Ejemplo: “el pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes”.

Este uso de la palabra derecho es similar al anterior en cuanto consiste en una facultad para poner en movimiento la maquinaria judicial

1.2 Idea general: ¿Qué significa “tener un derecho”?

Análisis de W. N. Hohfeld

Todavía más técnicamente ha expuesto el tema Hohfeld, en “Some fundamental legal conceptions”,

Para él, “tener derecho a” puede tener cuatro significados: pretensión, privilegio, potestad, inmunidad.

Pretensión:

Alguien tiene una pretensión frente a otro cuando este último tiene un deber frente a mí. La situación correlativa de la pretensión sería el deber. Quien tiene una pretensión tiene siempre frente a él a alguien que tiene un deber para con él.

La opuesta sería el no-derecho.

Privilegio:

Alguien tiene un privilegio frente a otro cuando este último está en situación correlativa de no-derecho frente a alguien.

Ejemplo: yo tengo el derecho (en el sentido de privilegio) a circular por la calle si nadie tiene derecho de impedirlo.

Lo contrario del privilegio es el deber.

Potestad:

Alguien tiene una potestad frente a otro cuando puede modificar sus relaciones jurídicas.

Ejemplo: el apoderado tiene la potestad de vender los bienes de aquél que lo apoderó.

Lo correlativo es la sujeción: si alguien tiene una potestad jurídica sobre otro, el segundo está en posición de sujeción jurídica.

Lo contrario es la incompetencia.

Inmunidad:

Se tiene inmunidad frente a otro cuando el otro está en situación correlativa de incompetencia.

Ejemplo: se dice que la legislatura del Estado de Nuevo León tiene inmunidad en relación con el Congreso Federal porque éste no tiene competencia para anular sus decisiones.

Lo contrario de la inmunidad es la sujeción.

Lo anterior produce el siguiente cuadro: OJO INSERTAR *

En resumen, los derechos son, pretensiones cuando otro/s tiene/n deberes correlativos; privilegios cuando los demás tienen no-derechos correlativos; potestades cuando hay sujeción correlativa; y inmunidades cuando hay incompetencia correlativa.

1.3 Idea general: recapitulación. Derecho subjetivo y deber jurídico.

De las formas de clasificación de los derechos subjetivos que acaban de exponerse cabe concluir lo siguiente:

La idea de derecho subjetivo evoca casi siempre una referencia al deber jurídico. En la clasificación de Kelsen-Nino, los cuatro primeros usos están relacionados con la idea de deber jurídico: el primero como ausencia de deber, el segundo como deber general de todos de no impedir que el que tiene derecho haga algo, el tercero como deber de alguien de hacer algo en beneficio de quien tiene un derecho, el cuarto como deber de alguien de que no haga algo en relación con quien tiene derecho, el quinto sería el concepto de derecho subjetivo más técnico y más preciso. Cuando Kelsen considera que este concepto de derecho es un concepto autónomo no está queriendo decir que no dependa de nada, sino que depende de la norma. Lo que quiere decir es que no depende de la idea de deber jurídico.

La conexión entre derecho subjetivo y deber jurídico no se da, pues, en todos los casos. Por eso ambos son conceptos jurídicos fundamentales. Si uno fuera reducible al otro, entonces bastaría con definir uno y mostrar al otro como su contrario o su correlativo.

El derecho subjetivo, o la expresión “tener derecho a”, puede significar cosas diferentes entre sí, lo cual da una idea de que se trata de una construcción abstracta: si se unifica todo esto bajo el concepto general de derecho subjetivo es por razones de tipo histórico y que tienen que ver más con la ideología que con supuestas necesidades técnicas.

2. Historia del Derecho subjetivo: La evolución histórica de la noción de derecho subjetivo, desde la ideología a la formulación técnica.

El interés de estudiar la noción de derecho subjetivo en perspectiva histórica radica en que ello permite abordar dos cuestiones que son decisivas para comprender cabalmente esta noción:

En primer lugar, que se trata de un concepto fuertemente marcado desde sus orígenes por factores ideológicos.

En segundo lugar, que su naturaleza jurídica, en qué consiste propiamente, resulta controvertida incluso cuando aparentemente se reduce la impronta del elemento ideológico y se convierte en una noción técnica indiscutida.

SE OMITE ESTA PARTE

La indiferenciación del elemento subjetivo en la Antigüedad romana y en la Edad Media.

El surgimiento del derecho subjetivo en la Baja Edad Media: Guillermo de Ockham.

El sincretismo de la Escolástica española y el derecho subjetivo como cualidad moral en la modernidad jurídica.

El siglo XIX: el derecho subjetivo como categoría técnico-jurídica. Las teorías de la voluntad, del interés y las teorías mixtas

El derecho subjetivo como (un aspecto del) Derecho objetivo en la Teoría pura de Kelsen.

Las negaciones del derecho subjetivo: el realismo jurídico escandinavo. Otras negaciones.

3. Estructura del derecho subjetivo. Sujeto activo. Sujeto pasivo. Objeto. Contenido. Fundamento. Título.

De acuerdo con la tipología de Kelsen sobre qué significa “tener derecho a algo”, podíamos entender el derecho como: lo no prohibido, como autorización expresa, como correlato de una obligación activa, como correlato de una obligación pasiva o como acción procesal. Kelsen considera que el derecho subjetivo en sentido estricto o más propio es el derecho como acción procesal. La idea de acción es la técnicamente más depurada.

¿Por qué? Porque si no existe una tutela de un derecho subjetivo, si el derecho no tiene posibilidades de ser reclamado ante el órgano judicial o administrativo correspondiente, dudosamente se puede decir que un ordenamiento ha consagrado un derecho. Por tanto, en ese sentido, Kelsen tiene razón.

Pero, por otra parte, si a alguien se le reconoce la facultad de ejercitar una acción es porque, al menos en apariencia, alguien tenía un deber que no habría cumplido.

Las cuatro primeras concepciones de derecho subjetivo tienen, pues, alguna relación con la quinta (derecho como acción procesal): las cuatro primeras acepciones hacen referencia a la idea de deber correlativa al derecho y es necesario presuponer alguna de ellas para justificar la quinta. En ese sentido, la postura de Kelsen es insuficiente.

Por otra parte, hay circunstancias en las que el ordenamiento permite ejercitar una acción procesal a quien no es el titular de un derecho

Ejemplos: cuando se actúa como representante de otro; o el tutor o curador, que puede reclamar por los derechos del menor o discapacitado, respectivamente, que no son suyos.

Además, cada vez tiene más peso la llamada “doctrina de los intereses difusos”: o solamente puede accionar ante un tribunal una persona no titular, sino que incluso se puede accionar para exigir la tutela de un derecho o bien que no es de nadie en concreto. Bienes que son de interés más o menos común es posible que cualquier particular tenga legitimación activa para exigir su tutela por la administración de justicia.

Por tanto, derecho y acción no son sólo conceptos diferentes, sino que tampoco son intercambiables.

Todo derecho reclama tener una acción procesal para exigirlo ante la justicia. Y todo derecho reclama una acción procesal, de manera que si un derecho no la tiene, ese derecho está imperfectamente reconocido en el ordenamiento jurídico.

Pero, siendo esto verdad, también lo es que el derecho y la acción no se identifican, porque puede ejercitar una acción quien no es titular del derecho.

El planteamiento kelseniano es, pues, correcto desde cierto punto de vista, pero no lo es en sentido estricto.

Por tanto, en todos los usos del derecho subjetivo de la clasificación de Kelsen el derecho guarda una relación directa o indirecta con la idea de deber.

La excepción sería el primero de los sentidos (lo no prohibido), donde si bien se requiere de la referencia a la idea de deber para definir este uso de la expresión, se define precisamente como la ausencia de deber. Como tampoco hay ningún deber correlativo, es preferible no hablar de derecho subjetivo en este sentido.

La estructura del derecho subjetivo comprende, a la luz de todo lo anterior, los siguientes elementos: Titular o sujeto activo, Obligado o sujeto pasivo, Elemento objetivo u objeto, que algunos prefieren desdoblar en objeto y contenido del derecho subjetivo, y Elemento justificador del derecho subjetivo o fundamento, que a veces aparece desdoblado en fundamento y título.

El *sujeto activo o titular* plantea algunos problemas:

Aparentemente, todo derecho tiene que ser derecho de alguien: la persona, física o moral, individual o colectivamente.

Hay casos problemáticos: por ejemplo, los relacionados con los derechos del concebido no nacido. Puede ser heredero, por ejemplo. Sin embargo, no es aún persona, según el Código civil, pero si llega a nacer tiene derechos desde antes del nacimiento. Esto plantea la cuestión de si cabe hablar de derechos sin sujeto.

En el plano constitucional se trata de una cuestión muy relevante, que se extiende no sólo a este caso, sino también a los denominados derechos humanos de la tercera generación y a los denominados derechos de las generaciones futuras.

El primer problema (derecho a la vida del *nasciturus*) se ha resuelto en algunos ordenamientos mediante la teoría del bien jurídico, que sería no objeto de un derecho subjetivo, sino algo establecido por el Derecho objetivo, por la norma (la vida como bien constitucional).

El segundo problema reside más en el objeto del derecho (bienes indivisibles) que en el sujeto.

El tercer problema se plantea sólo para quienes no aceptan que ciertos deberes morales pueden ser convertidos en deberes jurídicos sin que exista un derecho subjetivo correlativo. Quien no existe ni siquiera *in via*, en camino, no puede tener derechos. El caso es análogo al de los deberes jurídicos para con los animales.

Menores problemas plantea el *sujeto pasivo u obligado*.

Si hay un sujeto activo o titular del derecho tiene que existir un deber de alguien, y por tanto, un sujeto pasivo u obligado.

En ocasiones se ha destacado que los derechos subjetivos en el punto del obligado tienen un carácter eventual: así como hay unos derechos en los que se requiere una determinada prestación por parte de otra persona, hay otros que sólo comportan un poder, una posibilidad de disfrute para el titular sin implicar a ninguna otra persona, por ejemplo el derecho de propiedad, que no obliga a otro sujeto.

En rigor, no parece haber ningún obligado porque se piensa la propiedad sin tener en cuenta que ese derecho nace y vive en el marco de relaciones de su titular con otras personas, en el marco de relaciones sociales. Son sujetos pasivos todos los individuos que tienen que respetar que el titular ejerza las facultades inherentes a la propiedad. Por tanto, también en este caso hay un sujeto pasivo.

El obligado puede ser una sola persona, un grupo indefinido de personas o todas las personas en general. En el caso de todas las personas en general, el deber es siempre negativo o de no hacer, es decir, consiste en abstenerse de algo. La obligación sólo se pone de relieve cuando alguien actúa contra la obligación.

El *objeto* del derecho es el bien sobre el que recae la facultad en que consiste el derecho subjetivo.

A veces, se suele distinguir objeto y contenido del derecho para diferenciar el bien o cosa sobre el que versa el derecho, cosa, que puede ser física (por ejemplo, un coche) o inmaterial (por ejemplo, el honor o la intimidad), el haz de facultades o poderes que el titular tiene sobre el bien. Tanto el objeto como el contenido vendrían a constituir el elemento objetivo del derecho subjetivo.

El *fundamento* es la razón por la cual el sujeto es titular del derecho subjetivo.

Una cosa es el fundamento y otra es el *título*, que es aquello que convierte a alguien en titular de derecho: la ley, u testamento, una escritura pública, un contrato de trabajo, etc.

En rigor, se podría hacer una precisión conceptual mayor:

Hay derechos en los que es posible distinguir entre el título y el fundamento. Por ejemplo, el título que otorga una herencia es el testamento, y el fundamento por el cual se puede ser heredero es la condición de hijo. Pero ser hijo no basta para tener un título. El que da el título es el testamento o en caso de no haberlo, la ley.

Hay derechos en los que no resulta posible esta distinción: son los denominados derechos naturales (buena parte de los derechos humanos).

4. La dimensión dinámica del derecho subjetivo: las condiciones de ejercicio, la extensión y los límites. En particular, el abuso de derecho.

El problema fundamental que se ha de tratar aquí es el de los límites, que puede verse desde varios enfoques: la cuestión de los límites; y las condiciones de ejercicio de los mismos, entre las que suelen mencionarse dos: la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

4.1 ¿Tienen límites los derechos?

Esta cuestión se plantea de manera diferente de acuerdo con la concepción que se tenga del derecho subjetivo. En general puede hablarse de un acuerdo en que los derechos tienen límites el problema es saber cuáles son.

En primer lugar están los límites que pueden denominarse naturales por ser aquellos que derivan de la propia naturaleza del derecho que se trate.

- Ejemplo: la propiedad. Si una persona "a" se convierte en propietaria de un inmueble en virtud de un testamento que le hace propietaria e esa persona "a" pero que a otra "b" la hace usufructuaria, el título determina que la persona "a" tiene la nuda propiedad, pero la "b" tiene el usufructo. Los límites naturales de los derechos son aquellos estipulados en los títulos.

Otros límites vienen determinados por la finalidad para la cual existe un derecho:

Ejemplo: no puedo usar mi derecho a votar a quien quiera utilizándola para obtener dinero a cambio del voto.

Este límite tiene relación con lo que se denomina en Derecho constitucional el contenido esencial de un derecho fundamental. I TC.

Tanto los límites naturales como los derivados del contenido esencial son límites internos. A veces se habla también de límites externos. Los más importantes son la moral, el orden público, los derechos de terceros.

Como se acaba de sugerir, es posible que se produzcan colisiones de derechos, es decir, que al ejercer un derecho determinado se entre en conflicto con el derecho de otras personas.

Esto ha obligado a la ley a establecer reglas para resolver los conflictos entre derechos subjetivos. A veces son reglas genéricas y otras veces concretas. Por ejemplo, el art. 20 del Código civil federal de México:

“Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados”.

Estas reglas suelen consistir en jerarquizar unos derechos sobre otros. Esta jerarquización puede realizarse siguiendo diversos criterios: antigüedad (*prior tempore potior iure*)... Estas reglas no son siempre eficaces, plantean muchos problemas cuando se trata de derechos fundamentales.

Otras veces, el ordenamiento jurídico no establece reglas, sino que protege a quien primero ejercita su derecho.

También se puede resolver la colisión no estableciendo jerarquización, sino distribuyendo, en el caso de las deudas a los acreedores, el patrimonio en partes proporcionales.

Todo lo anterior es ejemplo de límites externos a los derechos (subjetivos), establecidos por el Derecho (objetivo).

El deber de ejercitar los derechos de buena fe es un principio general del Derecho que puede aparecer enunciado explícitamente o no:

Un ejemplo del primer caso es el art 7.1 del Código civil español: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Un ejemplo del segundo es el Código civil federal mexicano, donde se encuentran 61 referencias a la buena fe y unas 50 a la mala fe, lo cual evidencia que también en el caso de México se trata de un principio general de su ordenamiento jurídico, aunque no exista una norma que lo consagre de forma general para todos los casos.

Si un principio jurídico que remite a un estándar: no precisa cuáles son las exigencias de la buena fe.

Significa que el derecho subjetivo se tiene que ejercitar dentro de límites que la conciencia jurídica de la sociedad considera necesarios, aunque no están formulados ni en la ley, ni fijados en la costumbre ni establecidos en los contratos.

Implica que más allá de la buena fe, el ejercicio del derecho se torna antijurídico y da lugar a medios de defensa para el que se ve lesionado en su derecho (exceptio doli).

Los supuestos en los que se puede aplicar la buena fe son muchos. Algunos ejemplos: la prohibición de ir contra los actos propios, el retraso desleal, el abuso de la nulidad por motivos formales, Etc.

4.2 El abuso del derecho

Desde el Derecho romano ha regido un principio que se puede enunciar como “*neminem laedit qui suo iure utitur*” (a nadie daña el que usa de su derecho).

Lo anterior significa que si A ejercita un derecho suyo, y de ese ejercicio sale perjudicado B, A no está cometiendo un acto ilícito, porque el hecho de estar ejercitando su derecho es justificación suficiente.

Sin embargo, desde la Edad Media, aparece la doctrina de los “actos de emulación”, porque se advertía que se podía ejercitar un derecho de mala fe sin utilidad para uno causando daño a un tercero. Estos actos fueron prohibidos, abriéndose la posibilidad de defensa por parte del perjudicado. Esta doctrina plantea dos problemas: Dificultad para probar la mala fe, y en cierto sentido, siempre que se usa un derecho es por algún tipo de beneficio

Por eso, la configuración actual del abuso del derecho se ha hecho de manera objetiva, sin considerar las intenciones.

No se admite ejercer un derecho contra la finalidad por la que ese derecho ha sido concedido o reconocido. No se admite un ejercicio antisocial del derecho. El problema es la determinación de los confines precisos del ejercicio de un derecho. No se pueden fijar reglas preestablecidas, esas conductas no pueden ser determinadas a priori por la ley. Las tiene que determinar la jurisprudencia.

Estamos ante la consagración de un principio jurídico, de una norma abierta.

La doctrina del abuso del derecho puede aparecer tanto en la ley como en la jurisprudencia. Legalmente quedó establecida en el art. 7.2 del Código civil español. En el Derecho mexicano, está por ejemplo en el art. 1833 del Código civil de Jalisco.

En la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha declarado lo siguiente:

“El artículo 1833 del Código Civil establece que cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. Este precepto consagra la teoría del uso abusivo de un derecho, la que entraña una logomaquia, pues el derecho cesa donde comienza el abuso, por lo que no se puede hablar, en rigor lógico, de abuso de derecho. Esta teoría incorrectamente formulada contiene, sin embargo, la idea verdadera de que existe acto abusivo cuando éste es contrario al objeto, al espíritu y a la finalidad de la institución, y el derecho se ejercita simplemente para perjudicar a otro, lo que constituye culpa delictuosa. Así por ejemplo, el propietario que levanta en su terreno una pared desmesurada con el único objeto de oscurecer la casa del vecino, o el litigante que al emplear todos los subterfugios del procedimiento, demora la solución del pleito, cometen un acto abusivo”. (SCJN)

Cabe establecer tres criterios o condiciones para para que se produzca abuso de derecho (TCE): que se use un derecho objetiva o externamente legal, que con ese ejercicio se dañe un interés que no está protegido por una prerrogativa legal, y que pueda establecerse la inmoralidad o antisocialidad del daño, la cual puede ser subjetiva u objetiva: subjetiva cuando

no tiene un fin serio o cuando se pretende dañar el derecho de otro; y objetiva cuando el daño no está causado por una intención de dañar, sino por un exceso del derecho.

Cuando se produce un abuso de derecho, las consecuencias jurídicas son: derecho a indemnización al dañado y derecho a exigir por parte de éste que la autoridad impida que se siga realizando ese ejercicio abusivo de derecho.

Lo anterior obliga a concluir la necesidad de distinguir entre título en virtud del cual alguien tiene un derecho subjetivo; y medida o alcance del derecho.

La medida exacta de un derecho no se puede determinar a priori por completo: a veces sólo en los casos concretos, cuando se da lugar a un litigio, es cuando se fija definitivamente el alcance preciso de un derecho. La determinación última de la medida de los derechos es siempre judicial, en los casos concretos.

Doctrinas como la de los actos de emulación son abstractas, porque no tiene en cuenta la medida. Parten de una concepción del Derecho que se ve solamente desde el individuo, el sujeto de derecho, y no desde la relación social. Sólo desde este último punto de vista se puede entender que los derechos se ejercen con una finalidad específica, y por tanto, están sometidos al bien común, y sus límites precisos se determinarán solamente en los casos y circunstancias particulares.

5. **Recapitulación: el derecho subjetivo, construcción abstracta**

Todo lo anterior permite establecer una conclusión: el derecho subjetivo, tal y como se formula en la ley y/o en la jurisprudencia o en la doctrina no es todavía el derecho en su sentido exacto y preciso. Es un principio para el razonamiento de un juez, pero ha de ser concretado de manera racional el alcance preciso del derecho que alguien tiene.

El abuso de derecho y la buena fe implican que el derecho subjetivo es una doctrina abstracta, puesto que apuntan a que el ejercicio de los derechos no puede ser cualquiera que determine el sujeto titular; no puede ser, por ejemplo, irracional.

Pero si esto se acepta así, se comprende que no se puede a la hora de analizar un derecho sólo ver su título, sino también su alcance concreto, su medida. Y eso sólo es posible concretando al máximo las circunstancias, acercándonos al caso concreto.

6. **Excursus sobre derecho subjetivo y derechos humanos.**

SE OMITE

7. **Otras situaciones de poder jurídico: las potestades.**

En determinadas ocasiones el Derecho objetivo confiere a ciertas personas físicas o morales determinadas facultades o poderes, no para usarlos en beneficio propio, sino porque son imprescindibles para el cumplimiento de deberes u obligaciones jurídicas que tienen dichos sujetos. Estas facultades reciben el nombre de *potestades*.

En el caso anterior estamos ante derechos subjetivos peculiares:

Ciertamente, son situaciones de poder jurídico, constituyen facultades de hacer o de exigir a otros que hagan, den o no hagan algo. En eso coinciden con los derechos subjetivos.

Difieren de ellos en que los titulares de estas facultades no las tienen conferidas ni las pueden ejercitar en beneficio propio, sino en el de un tercero o en el del bien común o interés general.

También difieren de los derechos subjetivos en que no son disponibles libremente por su titular: son derechos y deberes al mismo tiempo.

Ejemplos:

Personas físicas privadas: la patria potestad, la tutela.

Personas morales: las potestades de la administración pública.

Tema 17. La acción humana en el interior del orden jurídico

- Actos y hechos
- Tipología de los actos humanos desde la perspectiva de su relevancia jurídica
- Los actos ilícitos
- La responsabilidad
- La sanción

El Derecho es un orden de la existencia humana. La existencia humana da lugar a actos y hechos que tienen trascendencia jurídica, porque inciden en el orden jurídico, bien afectándole (actos), o bien viéndose afectados por él (hechos). De ahí, la necesidad de estudiar desde el punto de vista de su relevancia jurídica: los hechos relacionados con el hombre y las consecuencias de la acción humana.

| | | | |
|--|----------|------------------|---|
| Hechos jurídicos naturales | | | |
| Hechos jurídicos voluntarios (Actos jurídicos) | Lícitos | Libres | Actos libres cuyos efectos están determinados por el orden jurídico |
| | | | Negocio jurídico |
| | | Debidos | Acto jurídico en sentido estricto |
| | Ilícitos | Ilícitos típicos | Ilícito penal |

| | | | |
|--|--|-------------------|---------------------------|
| | | | Ilícito civil |
| | | | Infracción administrativa |
| | | Ilícitos atípicos | Abuso del Derecho |
| | | | Fraude de ley |
| | | | Desviación de poder |

1. Actos y hechos

Hay un concepto jurídico que engloba todos los acontecimientos que tienen una trascendencia o relevancia jurídica: éstos se denominan “hechos jurídicos en sentido amplio”.

Los hechos jurídicos se dividen en dos:

“Hechos jurídicos naturales” o “hechos jurídicos en sentido estricto”, que son simples sucesos naturales con significación jurídica.

“Hechos jurídicos voluntarios” o “actos jurídicos”, que se refieren a aquellas conductas humanas que producen consecuencias jurídicas.

1.1. Hechos y hechos jurídicos

Así, pues, hay dos sentidos de “hecho jurídico”:

Hecho jurídico *en sentido amplio*: todo hecho, acontecimiento o conducta que tiene *significación jurídica* (o que produce efectos jurídicos), de tal modo que origina, transforma o pone fin a alguna relación o situación jurídica.

Hecho jurídico *en sentido estricto*: fenómenos o acontecimientos *naturales* cuya presencia en la trama de las relaciones jurídicas no se origina en una decisión voluntaria de los sujetos que intervienen en ella:

Hechos jurídicos en sentido estricto [s. e.]

En cuanto *hechos*, son simples acontecimientos que ocurren por efecto de las leyes físicas o biológicas. Llegan a ser *jurídicos* en la medida en que están incorporados a algún esquema o estructura de normatividad jurídica.

Ejemplos: nacimiento, muerte, enfermedad mental, perecimiento de una cosa, parto de un animal, fructificación de una planta.

Son hechos biológicos, pero que implican determinados efectos o consecuencias jurídicas.

Característica de los hechos jurídicos en s. e.: se produce sin que en su aparición haya intervenido la decisión libre y voluntaria de un sujeto.

1.2. Los actos jurídicos

Los actos jurídicos:

Se caracterizan porque su existencia surge de la *decisión humana* (acción realizada por el hombre, controlada por su razón y dependiente de su voluntad).

Son actuaciones o conductas que los individuos realizan de tal modo que provocan la aparición de ciertos efectos sobre el flujo de las relaciones jurídicas. Puede ser una acción positiva (hacer) o negativa (no-hacer). Producen consecuencias jurídicas.

Clasificaciones de los actos jurídicos.

A pesar de que las manifestaciones concretas de los actos jurídicos son ilimitadas, se pueden establecer varias clasificaciones para clarificar el concepto:

1.ª clasificación:

Actos válidos: actos jurídicos normales; aquellos que se ajustan a las exigencias prefijadas en las normas que los regulan; producen los efectos jurídicos que las normas tienen previstos.

Actos nulos: aquellos que adolecen de una carencia radical y absoluta de validez por incumplir algunos de los requisitos esenciales establecidos.

Actos anulables: actos jurídicos que sin ser radicalmente nulos, tienen una validez viciada por el incumplimiento de alguna exigencia no esencial (si no es subsanado el vicio, pueden ser considerados y declarados nulos).

Actos inexistentes: aquellos que no se han producido nunca como tales actos jurídicos.

2.ª clasificación:

Actos lícitos: actos jurídicos conforme con el derecho objetivo, que lo consiente e incluso, en ocasiones, constriñe a su realización.

Actos ilícitos: violación de un deber, específico o genérico de conducta, que también puede concretarse en una abstención. (*Vid. supra* ep. 2).

Aclaraciones:

A la hora de determinar la licitud/ilicitud de un acto: es irrelevante el grado de coincidencia con los objetivos perseguidos por el sujeto. La licitud/ilicitud se determina a través del contraste con el orden jurídico.

Tanto los actos jurídicos lícitos como los ilícitos son igualmente jurídicos (están inscritos en el ámbito de la normatividad jurídica, si bien de manera contrapuesta)

Actos jurídicos lícitos :

Actos libres: acciones discrecionales cuya realización queda a la libre decisión de la persona. Tipos:

1. *Actos libres cuyos efectos están determinados por el ordenamiento jurídico:*

Como es, por ejemplo, el cambio de ciudad de residencia o de vecidad civil: el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídicas en orden a la determinación del lugar en el que puede ejercer ciertos derechos; v. gr., el voto.

2. *Negocio jurídico (supra)*

Actos debidos: acciones que han de realizarse en cumplimiento de un deber jurídico (*supra*)

Negocio jurídico:

Acciones que tienen relevancia en cuanto constituyen manifestaciones de una voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos.

Es la voluntad declarativa de los sujetos la que perfila y constituye en última instancia las respectivas consecuencias jurídicas (dentro de los límites y según las posibilidades que el derecho establece en cada caso).

Los efectos que el derecho asigna a estos actos coincide totalmente con la finalidad perseguida por los sujetos que intervienen en su realización.

Los efectos se derivan de la ley, pero ésta los provoca porque así lo quiere el sujeto y en la medida en que, según se deduce de su declaración, son perseguidos por éste (*ex voluntate*).

Actos debidos → Actos jurídicos en sentido estricto:

Acciones cuyo alcance y consecuencias están señaladas inmediatamente por el ordenamiento. La producción de los efectos jurídicos es obra exclusiva de la ley (*ex lege*).

No es necesario que la voluntad del agente esté dirigida a la producción del resultado jurídico, sino que basta que se refiera a la pura realización del acto.

Cuando el acreedor dirige un requerimiento de pago a un deudor suyo, lo que suele pretender es que le pague su deuda de inmediato. Sin embargo, las normas aplicables a la relación de ambos establecen que ese acto tenga el efecto objetivo de que, a partir de ese momento, el deudor tendrá que pagar, no sólo el principal de la deuda, sino también los intereses por incurrir en "mora".

2. La violación del orden jurídico**2.1. El acto ilícito**

Según se dijo, se trata de la violación de un deber, específico o genérico de conducta, que también puede concretarse en una abstención. La ilicitud consiste en el desvío del itinerario que marca la norma jurídica.

Incorre en el ilícito, tanto el que infringe frontalmente el deber jurídico que le incumbe como quien procede irregularmente en la realización de ese deber o en el ejercicio de un derecho que tiene reconocido.

Las consecuencias del acto ilícito son: la responsabilidad y la sanción.

Tipología:

Ilícito típico: conducta contraria a una regla específica (principio de legalidad)

Ilícito penal: actos y omisiones voluntarios penados por la ley penal (homicidio, robo)

Ilícito civil: comportamiento contrario a las normas civiles (incumplimiento de obligaciones contractuales)

Infracción administrativa: conducta ilegal de un funcionario público o un administrado contra las normas de derecho administrativo, siempre y cuando no constituya un ilícito penal.

Ilícito atípico: conducta contraria no a una regla sino a un principio jurídico. **Abuso de derecho. Fraude de ley. Desviación de poder**

Ilícitos atípicos:

Abuso de derecho:

Toda acción u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realiza, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros (art. 7.2 Cc.).

Fraude de ley

Actos realizados al amparo de un texto de una norma, pero que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él.

La conducta es aparentemente conforme a una norma (llamada “norma de cobertura”), pero produce un resultado contrario a otra norma u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Desviación de poder

Los actos que dicta la Administración pública pueden adolecer de vicios, ser contrarios al ordenamiento jurídico. Uno de los vicios del acto administrativo es el que se conoce con el nombre de desviación de poder, que es un vicio del fin del acto.

La Administración, para la realización del interés público está dotada de una serie de potestades. Pues bien, cuando la Administración usa de esas potestades para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, se produce una desviación de poder.

2.2. La responsabilidad

2.2.1 Según Nino, hay varios sentidos de responsabilidad:

Responsabilidad como **obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel**, etc.

“El padre es responsable por sus hijos”; “el contador es responsable de determinar la cantidad de los réditos”.

Responsabilidad **como factor causal**, indicando que algún acto o fenómeno es causa de algún evento

“Juan fue responsable de que yo llegara tarde”; “las langostas fueron responsables de la pérdida de la cosecha”.

Responsabilidad **como capacidad y como estado mental**: cuando el individuo tiene la posibilidad de dirigir sus actos y comprender el valor ético de aquéllos.

Responsabilidad **como punibilidad o reprochabilidad moral**: el agente es acreedor de una pena o de un reproche moral; es susceptible de ser sancionado

“El juez encontró al homicida responsable”; “Juan es responsable de no haber cumplido una promesa”.

2.2.2 La responsabilidad jurídica

En particular consiste en la atribución a un sujeto de las cargas para terceros derivadas de su acto ilícito.

Clasificaciones:

1.ª) Responsabilidad subjetiva / objetiva

Responsabilidad subjetiva: para que se aplique la sanción se requiere que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta ilícita.

Culpabilidad: un individuo es culpable si podía haber actuado de otro modo (respecto de la acción ilícita realizada) y si podía conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma.

Responsabilidad objetiva: cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico (nunca en D.º penal).

2.ª) Responsabilidad directa / indirecta

Responsabilidad directa: un individuo es responsable en forma directa cuando comete un acto ilícito y se le impone una sanción. (En el D.º penal sólo hay responsabilidad directa.)

Responsabilidad indirecta: cuando un sujeto es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero.

V. gr., la responsabilidad de los padres en relación con los ilícitos civiles de sus hijos menores; o los casos en los que miembros o socios de una sociedad, colectividad o institución, responden por los actos de sus directivos como *responsabilidad colectiva*).

Todos los casos de responsabilidad indirecta lo son también de responsabilidad objetiva.

2.3. La sanción

La finalidad del orden jurídico es ser efectivo (su función última: organizar la convivencia del grupo de un modo pacífico). Pero toda norma puede ser incumplida y muchas se incumplen de hecho. Por ello, el derecho debe arbitrar los medios necesarios para asegurar y garantizar su cumplimiento: las sanciones.

En el ámbito jurídico, la sanción viene a ser primordialmente la consecuencia que la norma establece para el agente del acto ilícito.

La sanción no es un efecto primario de las normas jurídicas. Es importantísimo tener esto claro. Las normas se caracterizan por la imposición de deberes y la correlativa atribución de derechos. Sólo en el caso de que falle esta estructura, se impone la sanción.

La sanción, por tanto, es un efecto derivado y secundario del incumplimiento del deber jurídico.

La sanción no es exclusiva de la normatividad jurídica. Otros sistemas normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, ...) también están respaldados por sanciones. La diferencia está en el *carácter institucional y grado de formalización*: Las sanciones están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza, disponen de órganos específicos de imposición, deben tener publicidad: Qué es lo que se castiga, Cómo se castiga, Quién castiga, De qué forma se castigará, Dónde se castiga.

En cuanto a las clases de sanciones:

1.º) *Atendiendo a las distintas ramas del derecho (las más importantes):*

Sanción penal: Consecuencia jurídica de un delito, establecida por las leyes penales (penas privativas de libertad, penas de inhabilitación, trabajo en beneficio de la comunidad, multas).

Sanción civil: Consecuencia jurídica establecida por las leyes civiles (privaciones de derechos, ejecución forzosa, resarcimiento o reparación de los daños y perjuicios, nulidad de los actos jurídicos).

Sanción administrativa: Mal inflingido por la Administración pública a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal que le es imputable y que no está tipificada penalmente. Ese mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho (revocación de un acto favorable, pérdida de una expectativa o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa).

2.º) *Clasificación de Norberto Bobbio:*

Sanciones negativas: aquellas medidas que tienden a contrarrestar el incumplimiento de una norma jurídica.

Retributivas: las de carácter penal (delitos o faltas), con la consecuente privación de libertades, derechos o bienes de las personas, y las de carácter administrativo (multas).

Reparadoras: se basan en el principio de satisfacción y resarcimiento por un daño causado (se obliga a la parte incumplidora a hacer lo convenido o en su caso indemnizar, de Derecho privado).

Sanciones positivas: aquellas medidas que tienden a través de una acción directa a promover el cumplimiento o la ejecución de la norma.

Retributivas: establecimiento de premios, recompensas, condecoraciones, honores, etc.

Reparadoras: compensaciones de diverso tipo por trabajos, esfuerzos, gastos, etc. (beneficios fiscales a empresas por motivo de contratación de trabajadores bajo ciertas condiciones...).

Tema 16. La norma jurídica.

1. Aproximación histórica: de la ley a la norma.

1.1 La Antigüedad romana: *lex* y *ius*; la ley, acto del magistrado.

El concepto de norma jurídica es el resultado de una abstracción formal. Por ello, no es extraño que en el Derecho antiguo no fuese conocido ni empleado: Grecia: Nomos = convención; Roma: Lex, lo que ahora traducimos como ley. La Antigüedad romana distingue *lex* y *ius*; la ley, acto del magistrado. Etimología discutida de la palabra: de *legere* (leer) o de *ligare* (vincular, atar, ligar).

La vida política y jurídica romana pueden comprenderse en torno a dos conceptos cuyo sentido hoy se confunde: Auctoritas (autoridad): saber socialmente reconocido; con Potestas (potestad): poder socialmente reconocido.

La ley es siempre acto de potestad: es dada por los comicios a petición o propuesta del magistrado (rogatio).

Lex y ius no se identifican: El ius o derecho es la posición justa de una persona o una cosa en el marco de las relaciones jurídicas. La lex es un acto que ordena la vida política, y que sólo en ocasiones tiene relación con el ius. En estos casos puede operar como causa o medida del ius.

1.2 La Edad Media:

1.2.1 Tomás de Aquino.

Tomás de Aquino, el más importante filósofo y teólogo medieval, define la ley como “una ordenación racional dirigida al bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo la comunidad” (*Ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*).

En la definición cabe destacar los siguientes aspectos:

Se trata de una ordenación de la vida comunitaria que tiene por objeto el bien propio de la comunidad, es decir, el bien común. (Por cierto, hablar de bien común supone la existencia de una naturaleza común a todos aquellos seres para quienes un bien es común).

Por ello, no puede tratarse sino de una ordenación racional, es decir, llevada a cabo por la razón, que debe tratar de establecer lo que conviene como bien común a los miembros de la comunidad. Ello implica que no puede ser un mero acto de voluntad.

Asimismo, quien puede hacerla es quien tiene potestad (el que tiene a su cargo la comunidad), y debe hacerlo con ciertas formalidades (promulgación).

Todo lo anterior explica que sean ley en un sentido muy débil, pero no en sentido pleno, las ordenaciones no racionales o no dirigidas al bien común: las leyes denominadas perniciosas (las que causan daños al bien común), las leyes torpes (las inmorales) y la imperitas (las que no aciertan en la determinación de los medios idóneos para un fin que puede ser correcto y deseable).

La ley sigue siendo algo diferente del derecho o *ius*: causa y medida: Tomás de Aquino se refiere a ella en algunos textos como *aliqualis ratio iuris* (una cierta razón del derecho).

1.2.2 El voluntarismo jurídico bajomedieval

Desde el final de la Edad Antigua y hasta la Edad Moderna, la Teología influyó muy fuertemente en los otros saberes: el Derecho, la Filosofía e incluso las ciencias naturales.

En la Baja Edad media (siglos XIV y XV) se consolidó un cambio de orientación en la Teología que habría de tener consecuencias importantes en la teoría de la ley: el voluntarismo.

A diferencia de lo que pensaban los teólogos anteriores, para Duns Escoto (siglo XIII) y, sobre todo, para Guillermo de Ockham (siglo XIV), el principal atributo de Dios no es el Ser, o la Bondad, o la Sabiduría, sino la voluntad y, más concretamente, el poder de esa voluntad, que es absoluto (omnipotencia).

Por otra parte, Okham es nominalista: no cree que existan los universales, las esencias o naturalezas de las cosas, sino que éstas son meros nombres (*flatus vocis*): lo único que hay son individuos. Por ello, la moral no puede consistir, como pensaban los griegos y Tomás de Aquino, en obrar conforme a la propia naturaleza, concretamente en obrar conforme a la razón.

De lo anterior se deriva que para el hombre, el bien no es algo que responda a un criterio racional, sino que consiste en cumplir la voluntad de Dios, en obedecer el mandato divino. Las acciones son buenas o malas porque Dios las manda o las prohíbe respectivamente, y no al revés: no son ordenadas o prohibidas porque sean buenas o malas. Ockham llega a afirmar que sería deber del hombre odiar a Dios si éste se lo ordenase.

En consecuencia, la ley es vista como un mero acto de voluntad, y no ya como un acto racional.

1.3 La síntesis de la Escolástica española: Francisco Suárez.

Se denomina Escolástica Española o Segunda Escolástica a un conjunto de teólogos-filósofos-juristas del siglo XVI y XVII que siguieron el método de la Filosofía medieval renovándola profundamente y aplicándola a los problemas modernos.

Entre los representantes de esta corriente destacan Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, que ejercieron una gran influencia en el pensamiento de toda Europa.

Suárez intenta una solución de síntesis para la teoría de la ley, entre intelectualismo y voluntarismo: La distinción entre precepto y consejo permite advertir que la ley envuelve o implica un acto de voluntad. La Ley es, pues, un acto de voluntad presupuesto un acto de razón. Una voluntad necesariamente dirigida por la razón, y no independiente, como sostuvo Ockham.

Otros autores propondrán lo contrario: la ley es un acto de razón que presupone un acto de voluntad.

A estas teorías se las denomina respectivamente voluntarismo e intelectualismo moderados.

1.4 La aparición del Estado moderno

1.4.1 *El absolutismo de la ley.*

Pero no sólo las ideas, sino también los cambios y transformaciones políticas influyeron en la evolución del concepto de ley y en la aparición del concepto de norma jurídica. Concretamente, hacia el siglo XVI va apareciendo el Estado moderno, el Estado tal y como hoy lo conocemos, al entrar en plena crisis el régimen feudal.

El Estado se estructura en torno a 3 elementos: soberanía, territorialidad y burocratización.

La doctrina de la soberanía hace referencia a un poder que no tiene límites ni es desafiado por poderes externos ni internos. Fue elaborada teóricamente por autores como Jean Bodin (o Bodino) desde el siglo XIV, y Thomas Hobbes (siglos XVI-XVII), que son los fundadores de la ciencia del Derecho público occidental.

El poder soberano se ejerce sobre un territorio. Algunos autores añaden la población como elemento del Estado, pero en rigor, lo determinante es el territorio, pues el poder soberano se ejerce sobre todos los que están en un territorio, formen o no parte del Estado.

Finalmente, un poder que aspira a ser soberano y a decidir eficazmente sobre todos los asuntos públicos, necesita, para ser eficaz, desplegarse mediante una organización burocratizada en todo el territorio (administración, gobierno, ejércitos, diplomacia, etc.).

La soberanía, el poder soberano, se expresa a través de la ley. Pero la ley no era la única fuente del Derecho, ni siquiera necesariamente la superior en el sistema del *ius commune* que rigió en Occidente hasta el siglo XIX. Ello resultaba difícilmente compatible con el principio de soberanía.

1.4.2 La consolidación del legalismo: positivismo y Codificación.

Por eso, se produjo un proceso progresivo de monopolización de la creación del Derecho por el Estado, que comenzó situando a la ley por encima de las restantes fuentes del Derecho y concluyó reduciendo todo el Derecho a la ley y a las otras disposiciones autorizadas por ella. La culminación de este proceso es la Codificación que tuvo lugar en Europa desde finales del XVIII y durante todo el siglo XIX, y posteriormente se extendió a América Latina y al resto del mundo, excepto los países de influencia del Derecho inglés.

Además, el poder soberano necesita delegar competencias de diverso rango en los diversos niveles de la *estructura burocrática del Estado*.

1.4.3 La aparición del concepto de norma jurídica.

Tales competencias también comprenden la de establecer disposiciones que dirijan la conducta en forma obligatoria, es decir, disposiciones de naturaleza análoga a la de ley, pero de rango inferior.

Esto da lugar a que aparezcan disposiciones diferentes de la ley, lo cual obliga a introducir un concepto donde queden comprendidas tanto las leyes como estas otras disposiciones: ese es el concepto de norma jurídica.

Por otra parte, esto da lugar también a la configuración del Derecho como orden estructurado jerárquica y competencialmente, es decir, como ordenamiento o sistema jurídico, aunque ambas expresiones (ordenamiento y sistema), al igual que "norma jurídica" en el sentido expuesto son posteriores ("Norma", por ejemplo, existía en el Derecho canónico medieval, pero con un sentido muy diferente).

2. La naturaleza de la norma jurídica.

La cuestión que tratamos de resolver aquí es en qué consiste una norma jurídica, cuál es su modo de existir específico.

En rigor, lo que debe esclarecerse es la naturaleza general de las normas pues, como se verá al final del tema, lo que las convierte en jurídicas es su pertenencia a un orden jurídico: una costumbre social puede ser parte del Derecho o de los usos sociales; una misma norma puede ser moral o jurídica, o ambas cosas a la vez, si pertenece a un sistema jurídico.

La primera duda que debe despejarse es a qué mundo pertenecen las normas: si es un juicio o un enunciado, es decir, si pertenece al universo de las realidades mentales o al de las lingüísticas.

Aunque la cuestión presenta dificultades desde el punto de vista filosófico, por diversas razones, hoy es casi universal el acuerdo de que las normas son lenguaje, es decir, un tipo de oraciones o enunciados lingüísticos (obviamente, esto no excluye que dichos enunciados hagan referencia a juicios, es decir, a operaciones intelectuales).

Para el jurista resulta en principio más cómodo considerar las normas como enunciados lingüísticos.

¿Qué tipo de enunciados lingüísticos son las normas? La Teoría jurídica actual suele acudir, para enfocar correctamente esta cuestión, a la teoría de los diferentes usos o funciones del lenguaje.

2.1 Los usos o funciones del lenguaje:

Aunque la lingüística y la semiótica diferencian con mayor detalle, para lo que al Derecho interesa, bastará con diferenciar cuatro posibles funciones primarias del lenguaje

1. *Función descriptiva*: tiene por objeto transmitir información.

Ejemplo: “El viernes no hubo clase de teoría del Derecho”.

Los enunciados que se emplean en esta función son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos.

2. *Función directiva o prescriptiva*: tiene por objeto influir en el comportamiento de los demás, mediante órdenes, peticiones, ruegos, consejos, prohibiciones.

Ejemplo: “guarden silencio”.

Que tenga éxito o no el hablante cuando emite enunciados con esta función depende de diversos factores (la autoridad que posea, la existencia de premios o castigos, etc.).

Este tipo de enunciados no son susceptible de ser calificados como verdaderos o falsos.

3. *Función expresiva*: tiene por objeto comunicar sentimientos

Ejemplo: “¡Qué bonita es la música norteña!”

No transmiten tanto cualidades de las cosas como nuestro estado d ánimo respecto de esas realidades. A veces pretenden comunicar ese estado de ánimo e influir en el ajeno.

4. *Función operativa*: Mediante esta función, con el lenguaje no sólo decimos algo, sino que hacemos algo. Es posible “hacer cosas con palabras” (J.L. Austin, How to do things with words).

Ejemplo: “Yo te bautizo”; “abracadabra”; “Prometo que te daré un auto si ganas el sorteo”; “sí, quiero”.

Son expresiones que se emplean en contextos formales, muy frecuentes e importantes en el Derecho, pero también en la religión y en la magia. Muchos actos jurídicamente relevantes consisten en decir algo; mejor, en un decir que es un hacer.

Al adoptar el punto de vista de las funciones del lenguaje, la Teoría del Derecho actual suele coincidir en que el lenguaje de las normas es lenguaje prescriptivo o directivo.

2.2. Principales diferencias entre lenguaje descriptivo y lenguaje directivo o prescriptivo según los diferentes niveles de análisis del lenguaje (Prieto):

1. **Sintácticas (estructurales):** estructura indicativa vs. modo deóntico (mandatos, prohibiciones, permisiones), aunque no hay correspondencia exacta entre modos verbales y funciones o usos del lenguaje (se pueden expresar deberes con verbos en indicativo).
2. **Semánticas** (relativas al significado): Posibilidad de verdad/falsedad vs. imposibilidad. Carácter teórico vs. carácter práctico. La referencia semántica puede ser coincidir en una proposición descriptiva y una norma. Ello explica la diferencia entre las proposiciones jurídicas (que describen el Derecho) y las normas jurídicas, por ejemplo. Cambia el significado, pero no la referencia semántica. Esto se explica distinguiendo, dentro del significado de una expresión, entre sentido y fuerza.
3. **Pragmáticas:** información vs. pretensión de influir en el comportamiento, aunque a veces la forma no lo traduzca con claridad.

En definitiva, el lenguaje de las normas es directivo o prescriptivo, y la conclusión provisional de todo lo anterior es que las normas son enunciados lingüísticos prescriptivos.

2.3 La naturaleza de la norma jurídica: la teoría imperativista

La teoría jurídica clásica afirmaba que la naturaleza de la norma jurídica es la de un imperativo. Es la denominada teoría imperativista de la norma jurídica.

La teoría imperativista de la norma jurídica tiene su primer exponente destacado en John Austin, en el s. XIX, para quien una "ley" (aún no habla de norma) es un mandato general y abstracto: *Mandato* equivale a expresión de un acto de voluntad: un deseo que, en caso de no ser cumplido, alguien se ve expuesto a padecer un mal. *General y abstracto* equivale a que se opone órdenes ocasionales o incidentales, dirigidas a una sola persona.

No obstante, Austin precisa que lo que convierte a una ley en jurídica no es lo anterior, sino su origen: el haber sido dictada por el soberano o por un poder delegado por él.

De acuerdo con el imperativismo, lo que las normas hacen es mandar o prohibir conductas, pero mandar y prohibir son conceptos intercambiables (Capella). *Prohibir* es lo mismo que mandar abstenerse u omitir algo. *Mandar* es lo mismo que prohibir abstenerse u omitir algo.

2.3.1 La naturaleza de la norma jurídica: problemas del imperativismo

Lo anterior plantea varias dificultades, también clásicas en la Teoría del Derecho:

A) *No todos los enunciados prescriptivos serían normas*, pues no toda prescripción responde a un acto de voluntad. Dicho de otro modo: mandato y prescripción no se identifican.

B) Además, hay ciertas disposiciones jurídicas que no mandan ni prohíben, sino que *permiten*: ¿deben éstas ser consideradas normas o no?

C) Hay enunciados en el Derecho que no hacen ni lo uno ni lo otro: *ni ordenan, ni prohíben, ni permiten*. Por ejemplo, los que definen una institución (el matrimonio, o la cámara de diputados, o quiénes son mayores de edad).

D) Entender un *mandato como la expresión de un acto de voluntad* a cuyo incumplimiento se vincula un mal para el destinatario equivale a entender el Derecho como un conjunto de mandatos respaldados por amenazas.

Por una parte, hay normas que no llevan consigo sanciones. Por otra, la norma no simplemente impone una conducta con el respaldo de una amenaza de sanción. Si se limitase a ello, sería imposible diferenciarla de las órdenes generales establecidas por grupos de bandidos.

Por el contrario, las normas jurídicas crean verdaderos deberes, no meras sensaciones de constricción a obrar: no sólo guían la conducta, sino que permiten evaluarla. Son, pues, algo más que meros mandatos; son cierto tipo de razones para la acción, razones para actuar, en ocasiones de forma distinta a como uno actuaría si no existieran como normas. Esta es la crítica de Hart a Austin, seguida por Raz, Nino y otros con diferencias entre ellos.

E) *Entender las normas jurídicas como mandatos*, es decir, como expresión de actos de voluntad hace depender su existencia de la voluntad de un sujeto. ¿Qué sucede cuando este sujeto desaparece o deja de tener el poder normativo? ¿Cómo explicar que esos mandatos sigan conservando vigor?

La resolución de las dificultades anteriores ha hecho a la teoría jurídica desarrollar una doble estrategia: por una parte, distinguir entre diferentes tipos de normas y reformar el imperativismo o abandonarlo; por otra, enfocar algunos de esos problemas no desde la teoría de la norma sino desde la teoría del sistema jurídico u orden jurídico.

2.3.2 Posibles soluciones a los dilemas expuestos

En el plano de la teoría de la norma, la solución a los dilemas expuestos puede consistir en

A) *Distinguir diferentes tipos de normas*: es, por ejemplo, la propuesta de von Wright. En esta línea, algunos autores insisten en que ciertas normas son enunciados performativos o realizativos, dejando el imperativismo reducido a un sector de las normas, pero no a todas. Sobre este punto, véase la filmina siguiente.

B) *Reformar el imperativismo*:

Es la propuesta, por ejemplo, de Olivecrona, quien ofrece una respuesta al problema de la norma como expresión de un mandato o acto de voluntad abandonando el punto de vista del autor y adoptando el del destinatario: la norma es un mandato porque así lo percibe quien se siente obligado por ella: es un “imperativo independiente” de su autor.. Por ello, no importa que no sea posible identificar al autor, o que dicho autor no exista ya, o no haya existido nunca.

Esta posición no resuelve en realidad nada, porque no hay por qué aceptar que existan mandatos sin alguien que los emita y cuya voluntad los sostenga. Esta postura explica o conjetura por qué la gente puede ver la norma como mandato, pero no aclara qué es una norma.

C) *Abandonar el imperativismo.*

Como ya se ha visto, Hart y sus discípulos prefieren considerar la norma como razón para la acción en lugar de como imperativo. Son prescripciones, pero no mandatos en el sentido de Austin.

Antes que ellos, autores como Kelsen, que en algunas de sus obras parece adherirse al imperativismo, optan en otras por entender la norma prescriptiva como un juicio deóntico, de deber ser, no como un mandato vinculado a una voluntad.

Las dos soluciones anteriores no resuelven aún el problema de si todas las normas pueden ser consideradas prescripciones. Hay enunciados en los textos legales, por ejemplo, que no parecen prescribir nada: *los permisos y las definiciones.*

Respecto de las permisiones, al menos los permisos fuertes, en el sentido de von Wright, pueden ser reconducidos a normas de prohibición y, en algunos casos, incluso a normas de obligación positiva.

En cuanto a las definiciones, algunos las consideran normas constitutivas, no prescriptivas; otros simplemente optan por no considerarlas normas, aunque formen parte del Derecho, o de un sistema normativo.

2.3.3 Quienes optan por distinguir diferentes tipos de normas suelen mencionar las siguientes: *permisiones, prescripciones, normas constitutivas, normas técnicas, costumbres, normas morales, normas ideales.*

PERMISIONES: Admiten al menos dos posibles formas

Permisos débiles: comprenden todas aquellas acciones que no están prohibidas ni ordenadas, pero que tampoco están respaldadas por una norma que establezca su expresa autorización. La opinión más razonable es no considerarlas verdaderas normas, pues propiamente no existen: son ausencia de norma, más que norma.

Permisos fuertes: alcanzan a todas aquellas acciones que se encuentran expresamente permitidas por una norma jurídica. Ciertamente no guían la conducta de aquel a quien se le reconoce el permiso, pues éste puede realizar o no la conducta permitida, pero sí guían la conducta de otros, pues crean la obligación de no impedir lo permitido, y en ocasiones incluso la de llevar a cabo alguna prestación en beneficio del destinatario del permiso. Por eso, para muchos son reconducibles a normas prescriptivas.

PRESCRIPCIONES: Son órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeción.

NORMAS CONSTITUTIVAS: Son aquellas que definen o determinan los movimientos correctos en una actividad determinada.

Ejemplo: El Congreso de la república está compuesto por las cámaras de diputados y de senadores; los mexicanos son mayores de edad a los 18 años; el matrimonio es la unión de un varón y una mujer....

NORMAS TÉCNICAS: Establecen condiciones necesarias para alcanzar un determinado fin.

Ejemplo: la compraventa de bienes inmuebles sólo será válida si se realiza mediante escritura pública.

COSTUMBRES O NORMAS CONSUECUDINARIAS: Presentan la peculiaridad de no ser dictadas por autoridad alguna ni son promulgadas mediante símbolos. Definen las formas de vida características de una sociedad, y pueden ser parte del Derecho o no serlo.

NORMAS MORALES: Tienen en común con las anteriores que establecen prescripciones no emanadas de ninguna autoridad, sino de la razón o de la creencia. Difieren de ellas en que no necesariamente son expresión de la vida colectiva o social ni son necesariamente observadas por los miembros de una sociedad.

NORMAS IDEALES: Se refieren al deber ser, a situaciones o estados de cosas valiosas o deseables.

Como se dijo, otra posible vía de solución consiste en sacar algunas de las cuestiones planteadas de la teoría de la norma y trasladarlas a la teoría del orden jurídico o sistema jurídico (Hart, Raz, entre otros):

No todo lo que forma parte de un sistema normativo y, concretamente, de ese tipo de sistema normativo que es el sistema u orden jurídico es una norma. Ciertos elementos, como las definiciones o conceptos, que otros consideran normas constitutivas, no son realmente normas. Poseen normatividad en virtud de las relaciones que se establecen entre ellas y las normas. Lo anterior obliga a distinguir entre disposición jurídica y norma jurídica, como hace Raz. Las normas jurídicas están contenidas en las disposiciones jurídicas, pero no todas las disposiciones jurídicas son normas: hay también definiciones, por ejemplo.

Además, un sistema jurídico mínimamente desarrollado es precisamente una combinación de normas de diferente tipo: normas relativas a la conducta (prescriptivas) y normas relativas a otras normas. Las primeras son denominadas por Hart normas primarias, y las segundas, las normas relativas a otras normas, son normas secundarias.

2.3.4 Distinción de Hart entre normas primarias y secundarias.

A continuación se expondrá con detalle una cuestión que merece una explicación más detallada: la distinción entre normas primarias y secundarias.

Hart explica la necesidad de que el Derecho combine estos dos tipos de reglas argumentando que un orden social en el que sólo existiesen reglas que establecen deberes (mandatos, prohibiciones, permisos) sería defectuoso por las siguientes razones:

Falta de certeza: no dispondríamos de ningún criterio para identificar con seguridad las normas primarias que rigen al grupo social.

El carácter estático de las reglas: no habría mecanismos habilitado para cambiar las reglas: establecer nuevas reglas, eliminar otras o adaptarlas a las cambiantes situaciones que se dan en la vida de un grupo social.

Los mecanismos de control y presión social sería ineficientes: siempre habría casos dudosos en los que no hubiese acuerdo acerca de si una determinada regla ha sido infringida.

Lo anterior explica que además de las reglas que crean deberes existan otras reglas que versan sobre esas reglas, y que tienen por objeto precisamente evitar los anteriores inconvenientes.

Por lo tanto, Hart considera que los sistemas jurídicos contienen también reglas secundarias. Se trata de reglas que confieren poderes o competencias, a diferencia de las primarias, que imponen deberes. Son de tres tipos, cada uno de los cuales tiene por objeto afrontar uno de los 3 problemas o deficiencias que presentaría, a juicio de Hart, un sistema que sólo estuviese formado por reglas que imponen deberes a los miembros del grupo social.

| Defecto | Regla secundaria | Función que cumple |
|--|-------------------------|---|
| Falta de certeza | Regla de reconocimiento | Especifica las condiciones o características que deben tener las normas para ser consideradas como pertenecientes al sistema. |
| Carácter estático | Reglas de cambio | Atribuyen a algunos individuos u órganos la competencia para introducir, modificar o eliminar reglas del sistema, y el procedimiento a seguir. |
| Ineficacia de la presión social difusa | Reglas de adjudicación | Establecen los órganos competentes para determinar con autoridad, si en un caso se ha transgredido una regla primaria, y el procedimiento a seguir. |

¿Poseen las reglas secundarias la misma naturaleza que las primarias?

La respuesta a esta cuestión es complicada. La naturaleza de las reglas secundarias es problemática, especialmente en el caso de la regla de reconocimiento.

Por lo que se refiere a las reglas de cambio y a las reglas de adjudicación, ambas tienen en común que son reglas de competencia. Algunos autores han defendido que, en último extremo, pueden ser reconducidas a reglas con la misma estructura que las reglas primarias. A continuación se analizará esta cuestión

La naturaleza de las reglas de competencia:

Las reglas de competencia responden típicamente a la siguiente estructura:

(1) El órgano O, mediante el procedimiento P, puede (o tiene competencia para) regular la materia M

Lo anterior puede ser expresado en forma de norma prescriptiva (de obligación indirecta), pues cuando se autoriza a un órgano a crear normas, entonces se obliga a los destinatarios de las normas creadas a obedecerlas:

(1a) Si el órgano O, mediante el procedimiento P, regula la materia M mediante estableciendo que debe hacerse p ("Op"), entonces se debe hacer p

Asimismo, pueden ser vistas como normas permisivas, pues permiten el acto de crear normas sobre determinada materia:

(1b) Está permitido que el órgano O, con el procedimiento P, dicte normas sobre la materia M

Finalmente, pueden ser también indirectamente normas constitutivas, al establecer condiciones de pertenencia al sistema (o parte de ellas):

(1c) Si el órgano O, con el procedimiento P, dicta la norma N sobre la materia M, entonces N es válida (pertenece al sistema jurídico)

De todo lo anterior pueden extraerse algunas conclusiones y enfocar correctamente algunas cuestiones:

En primer lugar, parece razonable afirmar que las normas son proposiciones que se expresan a través del lenguaje. No hay inconveniente en considerarlas enunciados lingüísticos.

En su mayoría, estos enunciados en que consisten las normas responden a un uso prescriptivo del lenguaje, es decir, tienen por objeto dirigir la conducta, aunque no todos los enunciados directivos son normas (también existen ruegos, súplicas, exhortaciones, que normalmente no aparecen en el Derecho). Las prescripciones operan obligando a hacer, prohibiendo y permitiendo.

Las normas que obligan a hacer son expresables en forma de prohibición, y las prohibiciones en forma de normas que obligan a hacer. Asimismo, las permisiones son expresables como normas de obligación y/o como prohibiciones, siempre que se trate de permisos fuertes.

No sucede lo mismo con las definiciones o conceptos y, en general, con otros posibles tipos de normas constitutivas.

El hecho de que las normas establezcan obligaciones, prohibiciones y permisos no exige concebirlas como imperativos o mandatos, como pretendía la teoría imperativista. Esta teoría plantea más problemas de los que resuelve, y por tanto, puede ser abandonada.

Las normas, en lugar de imperativos en el sentido de Austin, constituyen más bien un cierto tipo de razones para la acción.

Si algunos de los problemas planteados por el imperativismo se consideran desde la teoría del sistema jurídico y no desde la teoría de las normas, no es preciso abandonar la noción de norma como enunciado prescriptivo.

Por ejemplo, que las definiciones no sean enunciados prescriptivos no obliga a pensarlas como un tipo de normas diferente, sino más bien a considerar que no son normas, sino disposiciones del sistema normativo, del sistema jurídico, que participan de la normatividad por su conexión interna con las disposiciones del sistema que sí son normas.

Lo anterior obliga a distinguir entre normas y disposiciones jurídicas, pero esto es una cuestión que se debe analizar al estudiar la teoría del sistema normativo.

Todo sistema jurídico mínimamente desarrollado ha de contar con normas de conducta o normas primarias y normas sobre normas, o normas secundarias.

Dejando a un lado la regla o norma de reconocimiento, que plantea más problemas, no hay problema en admitir que las restantes normas secundarias (las de cambio y las de adjudicación) son normas de competencia y pueden ser formuladas como normas prescriptivas o permisivas, es decir, como normas que establecen deberes. Por ello, la necesidad de admitir su existencia no obliga a cambiar lo dicho sobre la naturaleza prescriptiva de los enunciados que contienen normas.

Finalmente, otra conclusión que puede anticiparse es que el sistema normativo jurídico no se reduce a ser un conjunto de normas, sino más bien un conjunto de disposiciones alguna de las cuales son normas. Más adelante, al estudiar el sistema jurídico trataremos de mostrar cómo el Derecho tampoco se reduce al sistema jurídico u ordenamiento jurídico.

3. La estructura de la norma jurídica.

La solución tradicional: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

Según esta tesis, la norma jurídica tiene como estructura lógica, como todo enunciado, la unión entre dos términos:

Del mismo modo que las proposiciones o enunciados descriptivos unen un sujeto y un predicado mediante una cópula.

Las normas asocian un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (Kelsen se refiere a ellos como ILÍCITO y SANCIÓN): el supuesto de hecho viene a ser una conducta o un estado de cosas definido en forma más o menos abstracta, y la consecuencia jurídica es lo ordenado por el Derecho si sucede lo descrito en el supuesto de hecho.

Algunas implicaciones del planteamiento tradicional: Este modo de entender la estructura de la norma implica la necesidad de distinguir entre:

Normas completas: aquellas cuya estructura satisface plenamente ese modelo.

Normas incompletas: aquellas donde ese modelo no se satisface completamente, porque sirven para determinar de modo más preciso el alcance de la consecuencia jurídica o del supuesto de hecho, por ejemplo. Larenz considera que las normas incompletas pueden ser de tres tipos:

Aclaratorias: delimitan concretamente un concepto empleado en otras normas o completan su significado para un supuesto completo. Las definiciones o conceptos serían, para este autor, normas jurídicas aclaratorias. Lo que cabe criticar a este planteamiento es que en realidad no son normas, porque no prescriben nada, aunque sean disposiciones jurídicas que participan de la normatividad por su conexión con el resto de las disposiciones del sistema que sí son normas, como ya hemos propuesto.

Restrictivas: señalan excepciones a lo establecido por una norma jurídica más amplia.

Remisivas: son aquellas que no contienen una consecuencia jurídica, sino que remiten a la de otra norma.

Lo común a los tres tipos es que se trata de normas dependientes: su sentido no puede establecerse sin referencia a otras normas.

Al planteamiento tradicional se le pueden hacer varias críticas; al menos las dos siguientes:

Es incompleto y puede ser mejorado siguiendo modelos más complejos, como por ejemplo el de Von Wright, que se expondrá más adelante.

La segunda se refiere a los principios jurídicos: Por una parte, no encajan en la estructura lógica de la norma jurídica completa, pues carecen de un supuesto de hecho explícito y/o de una consecuencia jurídica determinada. Por otra parte, tampoco pueden considerarse normas incompletas o dependientes.

3.1 Los elementos de la norma según Von Wright:

Este autor propone *8 elementos que integrarían la estructura de las normas:* Carácter, Contenido, Condición de aplicación, Autoridad, Sujeto, Ocasión, Promulgación, Sanción.

Los tres primeros serían comunes a todo tipo de normas, mientras que los restantes lo serían de las prescripciones (recuérdese que este autor admite hasta 7 tipos diferentes de normas), y los dos últimos no serían imprescindibles, siendo su función meramente de refuerzo de las normas prescriptivas.

Elementos comunes a toda norma según Von Wright:

Carácter: es la finalidad o propósito que la norma persigue en relación con su objeto o contenido. Desde este punto de vista, la norma puede tener un triple carácter:

mandatos = obligaciones de hacer

prohibiciones = obligaciones de no hacer

permisos = facultan o autorizan tanto para hacer como para omitir

Contenido: es el objeto de la prescripción, aquello que se declara prohibido, ordenado o permitido. Es la acción o actividad que produce algún resultado, que puede ser la aparición o desaparición de algún estado de cosas o su conservación.

Condición de aplicación: comprende todas aquellas circunstancias que han de concurrir para que pueda realizarse el contenido de la norma. En relación con este elemento, cabe distinguir entre *normas categóricas*: las que carecen de condición de aplicación; y *normas hipotéticas*: las que requieren de una condición adicional para ser aplicadas.

Elementos específicos de las prescripciones según Von Wright:

Autoridad: es el agente que produce o emite la norma, que expresa su voluntad a través de una acción normativa. En este punto cabe diferenciar entre normas y mandatos:

El **mandato** es una orden emitida en el marco de una relación personal entre el autor y destinatario.

La **norma en cambio** establece supuestos de hecho en los que puede hallarse cualquiera.

Sujeto normativo: son la persona o personas a quienes se dirige la norma.

Ocasión de aplicación: consiste en las coordenadas de espacio y tiempo en las que resulta aplicable la norma.

Elementos que refuerzan las prescripciones, según Von Wright:

Promulgación: es la formulación de la norma mediante un sistema de símbolos a fin de que los destinatarios la conozcan y la sigan. No la tienen, por ejemplo, las normas consuetudinarias.

Sanción: consiste en la amenaza de un mal que la autoridad puede añadir a la prescripción como garantía de su cumplimiento por parte de los sujetos normativos. Como ya se ha dicho, no está presente de modo necesario en toda norma, ni siquiera en toda norma prescriptiva.

La segunda crítica a la teoría tradicional sobre la estructura de la norma jurídica era la inaplicabilidad de dicha teoría al caso de los principios.

Si tomamos como punto de referencia la distinción entre reglas y principios, se pueden obtener dos conclusiones:

Reglas y principios tienen una diferente estructura lógico-lingüística, aunque desde este punto de vista, su diferencia es de grado, no cualitativa (Aarnio).

La diferencia estructural entre reglas y principios se relaciona con una diferencia más profunda entre ellos, que es el modo como ambos se refieren a los valores jurídicos. Esta cuestión no puede ser objeto de tratamiento detallado ahora. Nos limitaremos, pues, a mencionarla.

4. La existencia de las normas jurídicas: los límites de la teoría de la norma teoría de la norma y teoría del orden jurídico o sistema jurídico.

Lo expuesto a propósito de la naturaleza y de la estructura de las normas jurídicas muestra cómo no hay ningún elemento de las mismas que esté presente en las normas jurídicas y sólo en ellas, es decir, un elemento interno a la norma que permita determinar que esa norma es una norma jurídica.

Por otra parte, tampoco es posible acudir a ningún elemento de la estructura ni de la naturaleza de la norma que nos indique que una norma jurídica existe.

Las dos afirmaciones anteriores han llevado a la Teoría jurídica actual a afirmar que la pregunta sobre si una norma existe o no como norma jurídica no puede ser resuelta desde la teoría de la norma, sino desde la teoría del sistema jurídico.

La respuesta es, pues, la siguiente: una norma es jurídica y existe si pertenece a algún orden jurídico o sistema jurídico.

Acerca de cómo se determina dicha pertenencia ya se ha dicho algo, al hacer referencia a la regla de reconocimiento, pero se añadirán más detalles en el tema siguiente.

16. EL SISTEMA JURÍDICO (I): CARACTERIZACIÓN GENERAL Y ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

1. LA VISIÓN ESTÁTICA DEL SISTEMA JURÍDICO. LA IDEA DE ORDENAMIENTO

Conjunto de normas y ordenamiento

Las normas jurídicas no existen aisladas. El Derecho, entendido como norma, se nos aparece como un *conjunto* de normas. Pero ese conjunto no es un mero agregado, sino que posee cierto orden. La idea de orden o de ordenamiento viene facilitada por la aparición del Estado moderno (*vid. infra*). En efecto, el Estado moderno se organiza de manera jerárquica y burocrática, es decir, se delegan facultades en órganos de distintos niveles.

Ordenamiento y Estado

La relación que guardan esas normas resulta así una relación jerárquica que refleja la relación entre los órganos que las han creado y la delegación de autoridad. A su vez, los distintos tipos de normas se corresponden con los diferentes órganos del Estado. Todo ello da lugar a la idea de ordenamiento jurídico: conjunto de normas jurídicas vigentes en un Estado estructurado conforme al principio de jerarquía.

Idea de sistema jurídico

Relacionado con todo esto está la idea de sistema jurídico. El ordenamiento puede ser visto como un sistema. Las teorías del sistema jurídico permiten distinguir al menos 3 tipos de sistema:

1) El Derecho visto como un sistema orgánico:

Es el caso de Savigny, que sigue el modelo de la Biología. Esto no deja de ser una metáfora con una utilidad muy relativa para entender las relaciones entre las normas jurídicas. El Derecho como sistema estático.

2) El Derecho es visto como un sistema estático:

Un sistema estático es un sistema en el cual las relaciones entre las normas que lo componen se dan en el plano del contenido, donde unas derivan de otras. Es el planteamiento típico del iusnaturalismo racionalista.

V. gr., del deber de amar al prójimo se deriva el de no matarle, el de ayudarle, etc.

El Derecho como sistema dinámico

3) El Derecho es visto como un sistema dinámico:

Se trata de un concepto acuñado por Kelsen en oposición al anterior. Bajo esta perspectiva, la relación entre las normas es jerárquica y sólo indirectamente tendría que ver con el contenido. Propiamente, no hay derivación de unas normas a otras, pero es verdad que el contenido de la norma superior condiciona el de la inferior. Las normas superiores contienen una delegación de autoridad para crear normas inferiores. Así, pues, lo que deriva de las superiores es la competencia y no el contenido.

2. UN ENFOQUE DINÁMICO. DIMENSIÓN ACTIVA Y DIMENSIÓN PASIVA DEL SISTEMA JURÍDICO

Pretensión de sistematicidad

La pretensión de sistematicidad del Derecho es coherente con el Estado moderno, que aspira a monopolizar el poder, y, por tanto, la creación del Derecho en un territorio a través de una estructura jerárquica y burocratizada.

Sin embargo, esta pretensión de sistematicidad debe ser convenientemente rebajada debido a la índole propia del Derecho.

En todo caso, la conceptualización del Derecho como sistema nos obliga a no pensarlo sólo como un *sistema de normas*, sino también como un *sistema de procedimientos*.

Reglas y principios

A este respecto, Alexy ha observado que un sistema compuesto sólo de normas (en el sentido de reglas) es insuficiente, ya que las reglas son normas del tipo todo/nada.

Esto implica que ante una oscuridad o insuficiencia de la ley, el intérprete se ve abocado a la todavía más oscura irracionalidad.

Si en un intento de reducir el ámbito de lo irracional, damos entrada a los principios y adoptamos un modelo de sistema de reglas y principios, cerramos el sistema, pero a cambio, el sistema decae en cuanto a seguridad jurídica, debido a la indeterminación propia de los principios.

Reglas, principios + procedimientos

Es, pues, preciso articular unos procedimientos que permitan superar las lagunas de indeterminación propias de los principios. Alexy propone un sistema de reglas/principios/procedimientos.

Los principios y las normas no regulan por sí mismos su aplicación. Constituyen el costado pasivo del sistema jurídico.

El lado activo está constituido por los procedimientos de aplicación de reglas y principios.

Dimensión institucional del sistema jurídico

[A la misma conclusión se puede llegar a través de Raz, cuando trata de mostrar los tres problemas fundamentales que un sistema de sólo reglas primarias supone (esto se vio en la lección anterior).]

Hay que resaltar que las modernas teorías del Derecho insisten en la dimensión institucional del Derecho: Los procedimientos son lo que está en manos de instituciones u órganos (órganos productores de normas; órganos de adjudicación...). El sistema no es algo estático, sino en continuo movimiento en virtud de esos procedimientos que determinan lo indeterminado y crean, modifican o eliminan normas jurídicas.

En definitiva, el sistema jurídico ha de verse como una combinación de un lado pasivo y otro activo.

Dimensión temporal del sistema jurídico

Esto enlaza con la idea de que el sistema jurídico existe en el tiempo, lo que ha llevado a algunos a distinguir entre:

“Sistema jurídico” y “sistema jurídico momentáneo” (Raz).

“Sistema jurídico” y “orden jurídico” (Alchourrón y Bulygin).

3. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La estructura según Hart

Se ha dicho que el sistema jurídico tiene una dimensión activa. En este punto conviene insistir en la idea de que dicha dimensión tiene una naturaleza procedimental. Con esto se quiere decir que la creación, modificación y eliminación de disposiciones jurídicas tiene un carácter institucional, o sea, está sometido a reglas.

Esto significa, como en su día expuso Hart, que hay dos clases de normas:

Normas que establecen deberes de conducta a sus destinatarios (a éstas las denomina “normas primarias”).

Normas que regulan el funcionamiento de dichos órganos, esto es, les confieren competencias (a éstas las denomina “normas secundarias”).

La estructura según Kelsen. Crítica

Este esquema no coincide con la propuesta de Kelsen, que ya había distinguido entre normas primarias y normas secundarias, pero en un sentido diferente:

Normas primarias: aquellas que imputan una sanción a una conducta (sus destinatarios son los funcionarios encargados de ejecutarla).

Normas secundarias: aquellas que obligan a evitar la conducta sancionada. Se derivan lógicamente de las anteriores y están dirigidas a los individuos que integran una comunidad.

La crítica de Hart a la teoría de Kelsen es la siguiente: Existe un buen número de normas que no imputan sanciones. Junto a las normas que imponen deberes (ya sea a los ciudadanos, ya a los funcionarios), hay otras que tienen la función de conferir potestades o poderes.

En resumen, la estructura del sistema jurídico se compone, de un lado, de normas que imponen deberes y, de otro, de normas que confieren potestades.

4. LA PERTENENCIA DE LAS NORMAS AL ORDENAMIENTO

Pertenencia a un sistema jurídico

Una cuestión que quedó pendiente pendiente en la teoría de la norma es la cuestión de cuándo existe una norma jurídica.

La teoría de la norma jurídica no nos mostró ningún elemento específico que permita *identificar* como jurídica una norma, salvo su pertenencia a un sistema jurídico.

Ahora bien, ¿cómo se determina la pertenencia de las normas al sistema jurídico?: he aquí la cuestión de la validez de las normas jurídicas.

4.1. El concepto de validez antes del positivismo

Concepto clásico de validez

El concepto de validez como pertenencia no es nuevo. Tradicionalmente se ha considerado que una norma jurídica, para ser válida, debe provenir de la autoridad legítima, es decir, del órgano facultado por el sistema jurídico para emitir normas.

Ahora bien, también es tradicional añadir a esta condición formal otra material o sustantiva: la norma jurídica ha de ordenarse al bien común. (*Cfr.* def. de S. Tomás.)

Este concepto clásico no es un concepto positivista porque hace referencia a la justificabilidad de la norma, por lo tanto, a algo que está más allá de ella, a una regla o instancia metapositiva. El criterio de la autoridad legítima hace referencia a su *voluntad*. El del bien común, a su *razón*, y ésta se mide por la realidad de las cosas.

Derecho y ontología jurídica

Esto entraña:

Por un lado, una consideración *crítica* de los actos del poder, por muy legítimo que pueda ser éste. Así cabe hablar de normas dictadas por la autoridad legítima que, por ser extremadamente injustas, no se pueden considerar jurídicas.

Santo Tomás explicaría esto diciendo que si la norma jurídica es una *ratio iuris*, una norma injusta sería una *ratio iniuriae*, es decir, algo conceptualmente incompatible con una norma jurídica.

Radbruch ha retomado esta doctrina clásica y ha afirmado que la injusticia extrema no es derecho.

Por otro lado, en cierta medida cabe hablar de *verdad o falsedad* en relación con algunas normas jurídicas.

El *criterio formal* sólo permite hablar de corrección/incorrección de la norma.

El *criterio sustantivo* introduce una dimensión ontológica que cabe contrastar con la realidad misma.

V. gr., desde este punto de vista se podría afirmar que es *falso* que se deba despojar a los judíos de todos sus bienes.

4.2. Enfoques positivistas de la validez

Visión avalorativa del Derecho

Los conceptos que excluyen esta dimensión ontológica de la norma jurídica se denominan positivistas. Afirman que las normas no son ni verdaderas ni falsas, sólo correctas o incorrectas en función de distintos criterios, ya que no hay un acuerdo en este punto. El criterio de su establecimiento por la autoridad legítima (quizás mejor legitimada) es uno de ellos.

Por lo tanto, podemos distinguir varios criterios exclusivamente formales (que dejan fuera el aspecto sustantivo) para determinar la validez jurídica de las normas:

Criterio territorial

1) Criterio territorial:

Es el criterio más básico para individualizar un sistema jurídico.

Se diría, por ejemplo, que el Derecho español es el que se aplica en el territorio español.

Se entiende que dos normas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando son aplicables en el mismo territorio; y se entiende que pertenecen a distintos sistemas jurídicos cuando son aplicables en distintos territorios.

Criterio territorial. Crítica

Sin embargo, se trata de un argumento circular: El territorio no es un concepto físico, sino jurídico.

Dicho de otra forma: es circular individualizar un cierto Derecho por el territorio donde sus normas se aplican, ya que el territorio se identifica por el sistema jurídico que es aplicable en él.

Es decir, tenemos que distinguir primero un Derecho de otro para poder distinguir un territorio estatal de otro territorio estatal.

Criterio del origen. Crítica

2) Criterio del origen:

Para J. Austin, una norma pertenece a un sistema jurídico si ha sido dictada directamente *por el soberano* o por un legislador cuya competencia derive de otras normas dictadas por el soberano.

Un sistema jurídico se distingue de otro sistema jurídico en función del soberano que directa o indirectamente ha dictado todas las normas que integran ese sistema.

CRÍTICA.— Pero este criterio es paradójico:

Si se sustituye al soberano, aparece un nuevo sistema jurídico, aunque esté integrado por las mismas normas.

Sin embargo, si el soberano rehace todo el sistema jurídico, no habría cambio de sistema.

Criterio de la norma fundamental

3) Criterio de la norma fundamental:

Para Kelsen, lo que distingue las normas jurídicas de otras clases de normas coactivas es que aquéllas han sido establecidas de la manera determinada por la norma jerárquicamente superior.

El sistema jurídico kelseniano tiene, pues, un carácter jerárquico: las normas inferiores basan su validez en las superiores.

V. gr., la validez de una sentencia judicial se basa en la ley que permite al juez dictar sentencias; a su vez, esta ley se basa en la constitución, que permite a determinado órgano (v. gr., el Parlamento) dictar leyes.

¿Y la validez de la constitución?: Según Kelsen existe una “norma fundamental” (*Grundnorm*) que *presupone* que la constitución y, por ende, todo el orden jurídico, es válido. (En su última etapa afirmará que es una ficción.)

Criterio de la norma fundamental. Crítica

La debilidad de esta teoría tiene que ver con este fundamento “presupuesto” o “ficticio” del ordenamiento jurídico. Hay que explicar por qué se presupone o finge que la constitución es válida:

¿Porque el Derecho natural manda obedecer el Derecho positivo?: no, la teoría de Kelsen es antiiusnaturalista.

¿Porque la constitución es democrática?: no, la teoría de Kelsen es formalista: puede haber constituciones totalitarias.

¿Porque de hecho la sociedad y los juristas en particular se *comportan* dando por supuesto o como si las normas jurídicas fueran válidas?: no, según Kelsen la eficacia es sólo una condición necesaria de la validez, pero no una condición suficiente.

Otra crítica

En el fondo, la validez de las normas jurídicas en el esquema kelseniano se basa en buena medida en criterios de eficacia.

En efecto, como hemos dicho, la eficacia no es condición suficiente de la validez de las normas, pero la cadena de validez formal de las normas jurídicas termina en una norma fundamental sustentada en el comportamiento de los operadores jurídicos, que presuponen o fingen la validez de la constitución, lo que es una cuestión de eficacia.

Por otro lado, en el planteamiento de Kelsen, la norma inferior que es contraria a la norma superior sigue siendo válida mientras no es anulada por un órgano *ad hoc* (Kelsen es el gran ideólogo del Tribunal Constitucional), pudiendo resultar que, de hecho, nunca llegue a ser anulada, de tal manera que hay normas válidas por la vía de hecho, al margen de la cadena de validez.

Crit.º de la regla de reconocimiento

4) El criterio de la regla de reconocimiento:

Hart sustituye la norma fundamental por la “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*). La regla de reconocimiento determina cuáles son las normas que se han de admitir como normas del sistema jurídico. Es la norma decisiva para la unidad del sistema jurídico y permite distinguir las normas del sistema jurídico de las normas pertenecientes a otros sistemas normativos.

A su vez, la validez de la regla de reconocimiento se identifica *en* (no *con*) la práctica efectiva de los jueces y funcionarios del sistema. Es la regla que ellos siguen para determinar qué normas pertenecen al sistema.

Crit.º de la regla de reconocimiento. Críticas

Circularidad: los órganos primarios son los órganos *del sistema jurídico*. Es decir, ellos son órganos porque lo determinan las normas jurídicas, pero se supone que son ellos los que las determinan a través de cierta regla.

La regla de reconocimiento no prescribe nada. Más que una regla es un enunciado descriptivo de los criterios que los jueces usan para decidir las cuestiones planteadas ante ellos.

Por otro lado, los jueces no siempre hacen explícitos todos sus criterios, lo que hace muy difícil su formulación.

Crit.º del reconocimiento de los órganos primarios. Crítica

5) Criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios:

Según Raz, no ha de buscarse el elemento unificador del ordenamiento jurídico en una cierta norma maestra, como hacen Kelsen y Hart, sino en los órganos que aplican esas normas a casos particulares. El reconocimiento que ellos hacen es lo decisivo para otorgar una unidad a un grupo de normas y decir que determinada norma pertenece a ese conjunto unitario.

CRÍTICA.— Nuevamente encontramos una *circularidad*:

Son los órganos primarios los que en el ejercicio de su función determinan la pertenencia de las normas al sistema jurídico. Pero he aquí que los órganos primarios son tales órganos primarios, esto es, ejercen su función porque han sido habilitados por las normas del sistema jurídico.

De lo que resulta que para determinar los órganos primarios del sistema es preciso antes determinar qué normas pertenecen al sistema.

4.3. La noción de validez

Recapitulación

Ninguno de los criterios examinados hasta ahora es válido aisladamente, por las dificultades mencionadas. Pero cabe combinarlos.

El comportamiento efectivo de los jueces es muy relevante, ya que ellos tienen la última palabra sobre el derecho aplicable. Pero el derecho que ellos aplican es el derecho establecido por la autoridad legítima. Y el derecho establecido por dicha autoridad descansa en unos valores o principios metapositivos reconocidos racionalmente. Hay, pues, tres elementos en la validez de las normas: racionalidad, positividad y eficacia.

Criterios relacionados

Todo principio, para que valga jurídicamente, tiene que estar positivado, pues en otro caso permanece inaplicable, cuando la función del derecho es ser aplicado.

Esta positivación puede ser realizada tanto por los órganos encargados de producir normas, como por los encargados de aplicarlas.

Por tanto, la intrínseca racionalidad de un principio o valor no son una condición suficiente para su validez.

El derecho positivo dictado por la autoridad legítima que sea radicalmente injusto no es válido jurídicamente. Esto significa que este criterio tampoco basta para colmar el concepto de validez jurídica.

Por último, una norma creada por un órgano de aplicación que no respete el derecho establecido por el órgano de producción o que, respetándolo, sea radicalmente injusta, no puede ser considerada válida. Por lo tanto, este criterio tampoco es válido aisladamente.

4.4. La determinación de la validez en el Derecho actual

Experiencia histórica y neoconstitucionalismo

Por lo tanto, las dimensiones formal, efectiva y justificativa del sistema jurídico no son excluyentes y no conviene desechar ninguna de ellas.

Esto ha ido poniéndose de manifiesto con meridiana claridad a partir de la segunda mitad del siglo XX, a partir de la no tan positiva experiencia del régimen nazi.

El hecho cierto es que, a la luz de dicha experiencia, nuestros sistemas jurídicos han tomado algo de los sistemas estáticos (aquellos donde se da una derivación de contenido, *vid infra*).

Dimensión axiológica y “principal” de las constituciones

Los criterios tradicionalmente positivistas de formalidad y eficacia no son suficientes y deben ser completados.

Una norma jurídica debe adecuarse, además, al conjunto de valores y principios que integran el orden constitucional. En este sentido, se puede hablar, con matices, de las normas infraconstitucionales como derivaciones o concreciones de los principios y valores constitucionales y de los derechos fundamentales.

Importancia del contenido de las normas jurídicas

Esto acerca los modernos sistemas jurídicos al sistema estático propio del iusnaturalismo, donde la relación entre las normas jurídicas no es sólo de orden jerárquico, sino también en cuanto al contenido.

En los modernos sistemas jurídicos, los criterios de validez formales (órgano y procedimiento) no son la última palabra.

Éstos sólo permiten formular un juicio sobre la validez *prima facie* de las normas jurídicas, pero hace falta un examen de contenido por parte de los órganos primarios en relación con el sistema constitucional.

A su vez, dichos sistemas establecen mecanismos para fiscalizar, al menos en parte, la actuación inconstitucional de dichos órganos primarios (Tribunal Constitucional).

Control constitucional de las normas

Ese examen o juicio sobre la validez definitiva de las normas tiene lugar en sede judicial y el criterio son los principios o valores constitucionales. Las normas jurídicas se presumen válidas cuando son producidas conforme a los requisitos formales establecidos.

Pero los modernos sistemas jurídicos constitucionales tienen mecanismos para cuestionar esa validez: *Ya sea en abstracto*: control de constitucionalidad. *Ya sea a la luz de los casos concretos*: cuestión de constitucionalidad.

5. ORDENAMIENTO Y SISTEMA

5.1. La vocación sistemática del ordenamiento jurídico. Los caracteres tradicionales del ordenamiento

Pretensión de sistematicidad del ordenamiento jurídico

Como dijimos arriba, la idea de ordenamiento jurídico tiene que ver con la idea de un Estado que dicta normas a través de distintos órganos que conforman una estructura burocratizada y jerárquica.

El conjunto de normas dictadas por el Estado no están colocadas unas al lado de las otras, sin conexión alguna, meramente yuxtapuestas. Al contrario, las normas jurídicas están *unidas y relacionadas entre sí*. Es más, sólo pueden ser comprendidas si se ponen en armonía y se tienen en cuenta sus recíprocas limitaciones.

Todo ordenamiento jurídico *aspira* en este sentido a ser un sistema, cuyas notas principales son:

Unidad

1) Unidad:

El ordenamiento jurídico forma un todo armónico, que está compuesto de una multitud de normas jurídicas. Esto no implica que todas las normas jurídicas provengan de una sola fuente, pues ya hemos visto que el Estado se organiza burocráticamente.

Además, es posible que el ordenamiento jurídico adopte, reciba o haga suyas normas que tienen un origen social no estatal (v. gr., la costumbre) o incluso metasocial (v. gr., los derechos fundamentales, que son “reconocidos” por la CE).

La pirámide normativa

El hecho de que las normas jurídicas constituyan una unidad ha permitido representar el ordenamiento jurídico en su totalidad como una pirámide normativa (Merkel, Kelsen).

La constitución, que es la norma jerárquicamente superior, ocuparía la cúspide, mientras que la base estaría constituida por las normas de inferior rango.

Esta imagen unitaria del ordenamiento jurídico no es del todo realista y se aviene mal con la representación de un fenómeno cada vez más habitual como es la superposición de ordenamientos jurídicos simultáneamente válidos; v. gr., Derechos estatal, autonómico y comunitario.

Coherencia

2) Coherencia:

La idea de coherencia de un ordenamiento jurídico supone que éste se presenta como una totalidad armónicamente ordenada. Es consecuencia de la unidad.

Se supone que las normas jurídicas guardan entre sí una relación lógica de compatibilidad, que excluye toda posibilidad de contradicción entre ellas. Hay dos modos de coherencia:

2.1) Las normas jurídicas son coherentes en un sentido formal: las normas inferiores son establecidas guardando los requisitos y formalidades exigidos por las normas superiores hasta llegar a la constitución.

2.2) Las normas jurídicas deben ser compatibles en cuanto a su contenido (coherencia material).

Las contradicciones

En la práctica, sin embargo, se dan contradicciones.

Están las *clásicas* contradicciones normativas. Éstas se han intentado salvar a través de diversos expedientes. V. gr., los criterios de *lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior*. Sin embargo, estos criterios pueden entrar en contradicción entre ellos mismos.

Por otro lado, en los sistemas jurídicos modernos, valores y principios desempeñan un papel muy importante. Estos valores y principios presentan exigencias contrapuestas, que hay que ponderar o armonizar. De este modo, la coherencia debe pensarse hoy en día no como la inexistencia de normas incompatibles lógicamente, sino como algo que se alcanza en el proceso de determinación del Derecho.

Plenitud. Lagunas

3) Plenitud:

Decir que un ordenamiento jurídico es completo significa que tiene normas jurídicas para regular *todos los casos* de la vida real presente y que sean susceptibles de regulación jurídica.

Ahora bien, como el carácter de la coherencia, esto expresa más una exigencia que una realidad. Cuando un orden jurídico positivo no dispone de normas para regular todos los casos que la vida real presenta, decimos que tiene fallos normativos, que tiene “lagunas”.

Legalismo y logicismo

Ha habido distintos intentos de establecer métodos para colmar lagunas al margen de la valoración del órgano que ha de aplicar el Derecho:

- Convertir al juez en legislador.
- Norma general de clausura (versiones exclusiva y permisiva).
- Norma general inclusiva (analogía).

Pero o son discutibles o no evitan dicha valoración. En la práctica, las lagunas son resueltas a través de juicios de valor que en modo alguno pueden obtenerse del propio ordenamiento jurídico.

Independencia

4) Independencia:

Cuando se habla de la independencia de un ordenamiento jurídico se hace referencia a que no está sometido a otro ordenamiento jurídico de igual o mayor rango.

Esta idea guarda, desde el punto de vista fáctico, una estrecha relación con el concepto político de soberanía.

Su razón de ser radica, como sugiere Hart, en que en toda Sociedad donde hay Derecho es posible hallar latente, a pesar de la múltiple variedad de formas políticas, un Poder soberano e independiente, que es lo que nos permite pensar que cuenta con un ordenamiento jurídico propio y, en consecuencia, hablar de “su Derecho”.

También nos permite distinguir el Derecho de una Sociedad políticamente organizada de otra similar y a la vez se cierra la puerta a la confusión de un ordenamiento jurídico con otro y a toda posible intromisión de un ordenamiento jurídico en otro.

Historicidad de este carácter

Pero este concepto de la independencia es un concepto relativo, porque está pensando en el ordenamiento jurídico nacional o estatal y, como tal, responde al modelo histórico de Estado nacional.

Ahora bien, este modelo no es el único modelo histórico, ni siquiera el único que existe actualmente.

V. gr., el modelo del Estado federal, el modelo de la federación de Estados o el modelo de las confederaciones o uniones de Estados al estilo de la Unión Europea.

5.2. Problemas de la concepción sistemática del ordenamiento

Teoría del Derecho y sistema jurídico

Los cuatro caracteres anteriores del ordenamiento jurídico que hemos examinado conducen fácilmente a considerarlo como un sistema.

La Teoría del Derecho actual casi da esto por evidente y llega a identificar ordenamiento jurídico y sistema jurídico.

Esto se debe en gran parte a que no es habitual analizar el propio concepto de sistema y preguntarse qué clase de sistema es el que sirve para entender mejor el ordenamiento jurídico como totalidad.

Modelo lógico-deductivo

Habitualmente se presupone que el Derecho encaja bajo un modelo de sistema lógico-deductivo.

Esto se da en los casos en que se describe el ordenamiento jurídico como dependiente de una primera norma o grupo de normas de la cual o de las cuales se deriva un amplísimo

repertorio de normas jurídicas en gradaciones sucesivas mediante delegaciones de autoridad (Kelsen, *vid infra*).

Sobre este modelo hay que decir dos cosas: *

Crítica del modelo lógico-deductivo

1.º) Un sistema de este tipo es por definición un sistema cerrado y concluso tanto en su estructura interna como en su función.

Pero esto es inviable en un orden que no sea puramente lógico y que esencialmente es un orden valorativo de la conducta práctica.

Por eso se ha propuesto hablar de “sistema móvil” o de “sistema abierto”, conceptos ambos que modifican radicalmente el modelo de sistema que comúnmente se utiliza por la Ciencia jurídica.

Segunda crítica al modelo lógico-deductivo

2.º) Este modelo no es enteramente compatible con los modernos sistemas jurídicos constitucionales, como vimos arriba.

Éstos exigen valorar en las decisiones jurídicas concretas si éstas armonizan o no con los valores y principios constitucionales.

5.3. La construcción sistemática, obra de la Ciencia jurídica. El ordenamiento como “sistema” abierto

Ampliación del Tema 9: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL “COMMON LAW”

Desde la Edad Media había allí una tradición de Derecho judicial, el *Common Law*, desarrollado por los jueces y considerado superior al *Statute Law*, o Derecho legislativo, creado por el Parlamento o por la Corona.

El sistema de fuentes inglés era (y es) muy diferente del nuestro, incluyendo al menos las siguientes: COMMON LAW. NATURAL JUSTICE. JUDGE MADE LAW. STATUTE LAW. EQUITY. OTRAS FUENTES (CONVENCIONES, BOOKS OF AUTHORITY).

COMMON LAW:

Derecho no escrito de Inglaterra, Gales y muchos países del Imperio británico, creado por los tribunales del reino y derivado de los antiguos usos. Es judicialista y consuetudinario (no excluye las leyes)

Juez, verdadero creador del derecho (elaboración y desarrollo de principios de anteriores decisiones judiciales importantes). Derecho de reglas (tecnificado y formalismo).

No se desarrollo científicamente, sino por vía de experiencia. La tarea del juez: bucear en la experiencia para definir el derecho. El legislador y el juez tienen que respetar ese derecho.

Gran importancia en la formación del *Rule of Law* (sometimiento del poder al derecho, al common law)

El juez: freno al poder del Rey y del Parlamento en defensa de las libertades de los ingleses

NATURAL JUSTICE:

Fuente más allá de las leyes escritas y que se resume en dos principios del derecho romano:

Nemo iudex in causa sua (nadie puede ser juez de su causa propia)

Audi alteram partem (el juez no puede fallar a favor de un litigante sin oír al otro)

Sentido general del respeto, juego limpio y justicia procesal (*due process*).

JUDGE MADE LAW:

Derecho creado por los jueces a base de sentar precedente.

STATUTE LAW:

Derecho legislativo. Comprende: Parliament Acts (estatutos) y hasta el S. XVII, las leyes de la corona y el consejo.

EQUITY:

Recurso a los principios generales de la moral y el derecho para corregir, suavizar o complementar las soluciones estrictas. Nace para complementar el Common Law (al tecnicarse). No es propiamente una fuente, sino un criterio para aplicar otras fuentes.

OTRAS FUENTES:

Convenciones: usos y costumbres considerados importantes y obligatorios por las personas afectadas.

Books of authority: compendios y tratados que ayudan a comprender el edificio jurídico y guían la interpretación.

Relaciones entre las fuentes.

No siempre está clara la distinción entre unas y otras, aunque sí entre Common Law y Statute Law. La relación entre ellas ha variado a lo largo de la Historia. Tres etapas:

1. Hasta comienzos del siglo XVII: escaso Derecho legislado
2. Desde 1688 hasta 1832: Supremacía del Parlamento.
3. Desde 1832 (Reforma del Parlamento) hasta la actualidad: incremento del Derecho legislado, especialmente desde 1945.

17. EL SISTEMA JURÍDICO II: LA DIMENSIÓN DINÁMICA Y LAS FUENTES DEL DERECHO

1. El lado activo del sistema jurídico. El sistema como conjunto de procedimientos

Lado pasivo del Derecho

Tradicionalmente ha predominado la visión del Derecho como conjunto de normas, es decir, como algo pasivo. Pero esto es olvidar que las propias normas son el resultado de una actividad y que su aplicación también es una actividad. Hay un procedimiento para crear normas. Hay un procedimiento para aplicarlas.

Ambos procedimientos están regidos por normas, pero están mediados por una técnica y unos ideales. Es decir, el Derecho no es sólo normas.

Lado activo del Derecho

Por eso, una caracterización correcta del Derecho que exige tener en cuenta el lado activo o aspecto procedimental del Derecho. Así, pues, además de un conjunto de normas, el Derecho es un conjunto de procedimientos. Examinaremos en este tema el procedimiento de creación del Derecho.

2. Las formas de producción de las normas jurídicas: uso, pacto y decisión

Procedimientos para crear Derecho

Ciertos procedimientos tienen el objetivo de establecer los cauces a través de los que se crea Derecho.

Todos los cauces o procedimientos formales de creación del Derecho se pueden reducir a tres categorías básicas: el uso, el pacto y la decisión.

EL USO

Consiste en la repetición constante de actos por parte de un grupo social, acompañada de la conciencia o sentimiento (*animus*) de su obligatoriedad (*opinio iuris seu necessitatis*).

El Derecho producido a través del uso se nos presenta bajo la forma de costumbre (Derecho consuetudinario). Algunas corrientes han visto en ella la forma más elevada, fundamental, de expresarse y existir el Derecho (Savigny, Ehrlich).

EL PACTO

Supone la existencia de dos o más sujetos, colocados, en un plano de igualdad que buscan la solución de un problema mediante el libre acuerdo de voluntades.

Se extiende desde antiguo a todas las ramas del Derecho (contratos, convenios, tratados internacionales, concordatos...).

Especial significación tiene el ámbito del Derecho constitucional: Derecho público medieval como equilibrio de poderes (monarquías feudal y estamental); Liberalismo doctrinario, que propicia una constitución pactada entre el rey y el pueblo.

LA DECISIÓN

Presupone la existencia de un órgano investido de poder, de autoridad o, en último caso, de capacidad efectiva para determinar lo que es Derecho. En este sentido, la constitución política se configura como el resultado de la decisión soberana del poder constituyente (C. Schmitt).

Según el tipo de constitución política, el órgano de decisión puede estar desempeñado por un solo hombre (monarquía absoluta, autocracia) o por muchos hombres: por la mayoría (democracia).

La decisión que crea el Derecho puede adoptar fundamentalmente dos formas: Una forma general y abstracta: legislación; Una forma individual y concreta: jurisdicción.

3. La noción de “fuentes del Derecho”

Ambigüedad de la expresión

La expresión “fuentes del Derecho” es ambigua. Legaz enumera los siguientes sentidos:

Fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.).

Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.).

Autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo).

Diferentes sentidos de la expresión

Acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.).

Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho.

Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre).

Fundamento de un derecho subjetivo.

NOTA.— El Código civil ha optado por el penúltimo sentido (art. 1.1).

4. Clasificaciones tradicionales de las fuentes del Derecho

Fuentes materiales

La distinción más importante es la que las divide en:

Fuentes materiales del Derecho:

Def.ⁿ— Aquellos factores, fenómenos o acontecimientos, de diferente naturaleza y significación, que contribuyen a determinar y fijar el contenido de la norma jurídica.

Factores que las integran: Factores de significación ideal: Consisten en ideas de carácter político, moral, religioso, económico, etc., que a veces funcionan como utopías y que constituyen auténticas directrices para la acción política y social, informando de modo eficaz el contenido del Derecho

Factores de significación fáctica

Se trata de fenómenos y acontecimientos de carácter muy heterogéneo (*supra*) que influyen, de modo más o menos inmediato, en la determinación del contenido de las normas jurídicas:

Políticos: revoluciones, guerras, terrorismo, elecciones...

Sociales: movimientos demográficos, migratorios, criminalidad, paro, conflictividad social...

Geográficos: alteraciones climatológicas, ecológicas...

Fuentes formales del Derecho:

La seguridad jurídica postula que una norma, para ser jurídicamente válida, se ajuste a una serie de requisitos formales. Destacan dos:

1.º) La norma ha de emanar de un *órgano* con competencia para crear Derecho.

2.º) La norma ha de elaborarse siguiendo el *procedimiento* o algunos de los procedimientos formales previamente establecidos por el ordenamiento jurídico para crear Derecho válido.

5. Las fuentes formales del Derecho como proyección del ordenamiento sobre la aplicación

Un problema político

Determinar las fuentes del Derecho es determinar las normas que se han de aplicar para resolver los problemas de la vida jurídica. Es una decisión crucial.

Ante todo es una decisión y un problema político: Entraña el reconocimiento de un ámbito de poder (poder mandar y poder hacerse obedecer). Por eso, a lo largo de la historia ha habido no pocas tensiones entre los diferentes grupos de poder a la hora de enumerar y jerarquizar las fuentes del Derecho (v. gr., lucha entre ley y costumbre en la Edad Media o a partir de la Revolución francesa).

Un problema social

También es un problema sociológico: Tiene una dimensión de lucha entre diferentes grupos sociales.

V. gr., condiciones generales de la contratación; convenios colectivos.

Habitualmente, el vacío que forma una ley inadecuada tiende a ser llenado por las fuerzas sociales más ágiles y dinámicas, lo mismo que por la Administración.

Fenomenología de las fuentes del Derecho

Las fuentes reales del Derecho han de expresarse a través de las fuentes formales. En este punto, la expresión “fuentes del Derecho” tanto designa a los que pueden ser autor o autores de la norma, como el medio de expresión de ella.

Las más importantes son: ley, jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho y doctrina.

La ley

La palabra “ley” no tiene un significado unívoco. Puede significar:

Aquella regla a que se ajustan los fenómenos naturales y también humanos (v. gr., leyes del mundo físico, leyes de la economía, leyes morales, etc.).

Aquellas normas específicamente jurídicas, tanto positivas, como naturales.

Aquellas normas de Derecho positivo, incluyendo las consuetudinarias.

Aquellas nacidas de la *potestas normandi* del Estado (o de las CC AA).

Aquellas que, por la solemnidad de su confección y por el órgano del que emana, ocupan un lugar primordial dentro del conjunto de disposiciones emanadas del Estado o de las CC AA.(se distinguen de los reglamentos).

Relevancia de la ley en el Derecho actual

Actualmente, la ley sigue gozando de gran predicamento, pues desde finales del s. XVIII ha venido paulatinamente a ser considerada como la expresión de la voluntad popular.

Por otro lado, encarna, como ninguna otra fuente, el valor de seguridad jurídica.

No obstante, a partir de la segunda mitad del s. XX, el legalismo ha entrado en una crisis generalizada, y se reconoce:

El papel primordial de la Constitución, cuyo espíritu ha de encarnarse en las leyes.

El ineludible papel de la jurisprudencia, a la hora de colmar lagunas y salvar las contradicciones.

La existencia de otras clases de criterios judiciales, como los valores o los principios, que no siempre tienen un origen positivo.

La jurisprudencia

De jurisprudencia se habla en un doble sentido.

En sentido amplio, como *prudentia iuris*.

En Derecho romano, definida como *divinarum atque humanarum rerum notitia* o como *iusti atque iniusti scientia*. Puede identificarse con lo que en ocasiones se llama “Ciencia del Derecho”. Este sentido se utiliza modernamente entre alemanes y anglosajones.

En sentido más restringido, en los países latines especialmente, como el conjunto de criterios de interpretación de las normas, costumbres y principios generales del Derecho y de decisión establecidos por el *usus fori* o por los Tribunales de Justicia.

En un sentido todavía más restringido, alude a los mencionados criterios cuando provienen del órgano jurisprudencial al que se atribuye la misión de controlar la aplicación de las leyes y de uniformar en la medida de lo posible los criterios de interpretación.

Relevancia de la jurisprudencia en el Derecho actual

En la actualidad, la jurisprudencia goza de una valoración extraordinaria. Según F. de Castro, por las siguientes razones:

Desengaño y reacción contra el positivismo legalista y dogmático; no todo el Derecho brota de la ley.

Desgana teórica y pérdida de autoridad de los autores.

Descontento político respecto de la actuación del poder legislativo, no sólo por su contenido sino por su imposición estatal y por su inestabilidad y arbitrariedad.

La admiración desmedida hacia el sistema del *common law*, olvidando que el llamado "Derecho del caso", por la inseguridad jurídica que origina, ha originado un aumento creciente y acelerado de la producción legislativa en todos los países del *common law*.

La costumbre

Tradicionalmente ha sido definida como "ley no escrita".

Partidas: "costumbre es derecho o fuero que no es escrito, el cual han usado los hombres luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones porque lo hicieron".

Con carácter general sirve para distinguirla de la ley, que es escrita, pero esto no es suficiente, porque nada impide que las costumbres se fijen por escrito.

Por eso, otros prefieren caracterizarlas por la nota de que en su creación no interviene el Estado.

Esto tampoco basta, porque no son la única fuente en que no interviene el Estado.

Notas distintivas de la costumbre

Así, pues, para caracterizarla hay que combinar varias notas:

Son auténticas normas jurídicas, lo que permite diferenciarlas frente a los meros usos sociales, normas de cortesía, etc. Su origen es siempre extraestatal. Se caracterizan por su forma de producción y de expresión o manifestación.

Relevancia de la costumbre en el Derecho actual

En el Derecho continental, bajo la influencia del legalismo, la costumbre suele estar relegada a un papel secundario. Se entiende asimismo que su validez radica en su reconocimiento por la ley.

Sin embargo, en la medida en que surge directamente de la voluntad popular, la costumbre es la más democrática de las fuentes del Derecho y, en cuanto a legitimidad, en nada desmerece frente a la ley. Esto no impide que, por razones de seguridad jurídica, la costumbre sea debidamente formalizada.

En la actualidad, tiene un cierto peso en los usos negociales y, en particular, en los usos mercantiles.

Los principios generales del Derecho

De origen más reciente, los principios generales del Derecho surgen para hacer frente a los casos de oscuridad o insuficiencia de la ley.

Cód. civ. austríaco de 1811: *“Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decide por la ley en los casos análogos y en los fundamentos de otras leyes semejantes. Si resultare aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduradamente pesadas, según los principios jurídicos naturales.”*

Cód. civ. italiano de 1865: *“Si una controversia no se puede decidir mediante una precisa disposición legal, se recurrirá a las disposiciones que regulan casos semejantes y materias análogas y si el caso es aún dudoso, se decidirá conforme a los principios generales del Derecho.”*

Relevancia de los PGD en el Derecho actual

Los PGD tienen, pues, que ver con la necesidad de acudir a criterios extralegales, tanto para integrar lagunas, como incluso para fijar el verdadero alcance o sentido de una determinada disposición jurídica.

En la actualidad tienen enorme relevancia, por el hecho de que las modernas constituciones expresan en buena parte principios que ha de encarnar el resto del ordenamiento jurídico.

La doctrina

Históricamente, la doctrina ha tenido una gran relevancia como fuente del Derecho, particularmente en los sistemas de Derecho romano.

Sin embargo, desde el comienzo ha venido acompañada de problemas de seguridad jurídica. De ahí, las “leyes de citas”.

En la actualidad no suele estar reconocida como fuente especial y propia de Derecho, si bien, en la práctica, los jueces la tienen en cuenta, aunque sin citarla.

6. Ordenación de las fuentes formales en el Derecho español

Principio de jerarquía normativa y prelación de fuentes

El artículo 1.1 Cc. dice que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (PGD). Se trata de una enumeración, pero también de una jerarquización de las fuentes del Derecho, es decir, un orden de prelación.

No obstante, este orden es relativo: Los PGD tienen, además un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico y, en la medida en que están consagrados en la CE, se sitúan por encima de la ley, ya que ésta ha de ser interpretada de acuerdo a la CE.

Por otro lado, la costumbre no rige en todas las ramas del Derecho por igual. En particular, el Derecho penal está regido por un estricto sentido de legalidad. También es muy discutible la fuerza de la costumbre en el Derecho administrativo y procesal.

Principio de competencia: Derecho estatal y Derecho autonómico

En 1974 (Tít. prel. Cc.), el artículo 1.º destacaba la primacía de la ley como correspondía a un Estado centralista que aspiraba al monopolio de creación de la norma jurídica.

La CE ha variado sustancialmente ese planteamiento. Ya no es el Estado quien tiene ese monopolio, sino que ha pasado en gran medida a las diferentes CC AA en que se ha estructurado.

Sin embargo, sigue siendo de su competencia exclusiva (art. 149.1 CE), la determinación de las fuentes del Derecho, por lo que el art. 1.1 Cc. vale para todo el Estado.

El art. 149.3 CE

Ahora bien, las CC AA pueden dictar sus propias normas jurídicas, sin que se pueda decir con carácter general que éstas están jerárquicamente subordinadas a las estatales. Así, el art. 149.3 CE establece:

“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Las competencias sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.”

7. La ley

8. La jurisprudencia

9. La costumbre

10. Fuentes originadas en actos particulares

11. Algunas reflexiones críticas sobre los límites de lo institucional en el sistema de fuentes

Cambios decisivos en el sistema de fuentes originados por el proceso de constitucionalización e internacionalización del Derecho

La CE no ha afectado la vigencia del art. 1.1 Cc. Ley, costumbre y PGD siguen siendo las fuentes del ordenamiento jurídico en sentido formal. Sin embargo, la CE ha alterado el sistema

de fuentes, que es ahora mucho más complejo. Examinamos a continuación las cuatro consecuencias más relevantes derivadas de la entrada en vigor de la CE.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico

1.ª) Constitucionalización del ordenamiento jurídico

La Constitución, a diferencia de las Leyes Fundamentales, son fuente del Derecho y contienen verdaderas normas jurídicas. Según el art. 9.1 CE, ésta obliga tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos.

Entre sus consecuencias prácticas está que los preceptos y principios constitucionales tienen *efecto derogatorio* y anulan la validez jurídica de cualquier norma jurídica que esté en contradicción con ellos.

Otro aspecto muy importante a tener en cuenta es el valor normativo de las *sentencias del Tribunal Constitucional*. El TC es el encargado de ir concretando el significado de los preceptos y principios constitucionales con sus *interpretaciones*. Además de eso, actúa como *legislador*:

Negativo, cuando declara, invalidándola, la inconstitucionalidad de una ley.

Positivo, cuando señala que una ley sólo es constitucional si se interpreta en un determinado sentido.

Tipología de las leyes y tratados internacionales

2.ª) Cambios en la *tipología de las leyes*. Tras las CE, hay diversas normas con rango legal.

Son las siguiente: leyes orgánicas (art. 81), leyes ordinarias (arts. 87 ss), decretos-leyes (art. 86) y decretos legislativos (arts. 82-85).

3.ª) Pluralidad en lo relativo a los *tratados internacionales*.

A) Tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93):

Requiere ley orgánica (v. gr., L.O. 4/1986 por la que se autoriza la ratificación del Acta Única Europea).

Las Cortes Generales se responsabilizan del cumplimiento de esos tratados o de las resoluciones emanadas de los organismos correspondientes.

Clases de tratados internacionales

B) Tratados que estén en alguno de los supuestos previstos en el art. 94.1: requieren la previa autorización de las Cortes Generales.

C) En los demás supuestos, simplemente el Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de su conclusión (art. 94.2).

En relación con la jerarquía, *nota bene*:

Art. 95.1: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.”

Art. 96.1: “Los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

Crisis del monopolio estatal de fuentes

Hoy en día el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales en la creación del sistema de fuentes está muy relativizado.

Por un lado, hay un fenómeno de *supraestatalidad* normativa, que supone la adopción de reglas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas. Esto es particularmente patente en materia de derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico.

De forma paralela, hay un fenómeno de *infraestatalidad* o ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal; v. gr., el Derecho de las comunidades autónomas, el Derecho sindical, el Derecho propio de las comunidades religiosas, etc.

El “desbordamiento” de las fuentes del Derecho

En general, las fuentes formales del Derecho se han visto “desbordadas” en la actualidad (Pérez Luño).

1) *En el plano axiológico*: jerarquía versus pluralismo.

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes, heredera de iluminismo, se opone hoy la idea de pluralismo.

Éste entraña un área de libertad o de *autodeterminación* interna para las organizaciones sociales. Implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley.

Son manifestaciones suyas los mencionados fenómenos de *intraestatalidad* y *supraestatalidad* normativa, que se han traducido en una progresiva “descodificación”, o sea, en el abandono de las codificaciones formales a favor de leyes especiales y de las denominadas “soft-laws” (v. gr., directivas comunitarias).

Otro ejemplo son las sentencias del Tribunal Constitucional. Se dice por un buen número de constitucionalistas que sus sentencias interpretativas ocupan un lugar superior en la jerarquía normativa.

La “interlegalidad”

La repercusión expansiva del pluralismo jurídico está conduciendo al progresivo abandono del principio de jerarquía normativa en función de lo que se denominan “sistemas de interlegalidad”.

Esto hace referencia a la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos superpuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad.

La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica del actual pluralismo jurídico propio de la postmodernidad. Ésta ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones.

La misma CE reconoce este pluralismo, pese a la proclamación del principio de jerarquía normativa, al reconocer el Derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones españolas.

El “universalismo jurídico”

2) *En el plano sociológico y político* se plantea una tensión entre nacionalismo y universalismo.

Implica una pugna entre los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios, que vienen del iluminismo, frente a la reivindicación de la individualidad, la variedad y la diferencia, propios de la *postmodernidad*.

La *limitación* del sistema de fuentes propio del Estado nacional es patente frente a fenómenos como la dimensión multinacional de las grandes empresas y los procesos económicos, como los requerimientos de la ecología y de los procesos de información y comunicación propios de la sociedad informatizada.

Hay también una corriente que pretende avanzar en lo que se ha denominado *ius commune constitutionale europeum*, que hay quien sólo lo ve como un estadio intermedio hacia un Estado constitucional a nivel planetario que incluya un sistema de fuentes con vocación universalista. Hay mucho avanzado en el proceso de comunicación y unificación de fuentes en lo que a derechos fundamentales se refiere.

La “desformalización”

3) *En el plano metodológico* se ha hablado de una rebelión contra el formalismo.

Desde este punto de vista se aboga por una mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de solución de conflictos sociales.

Tras la II Guerra mundial se produjo una poderosa reacción frente a los dogmas de la sujeción absoluta del juez a la ley positiva y de la concepción mecánica de la aplicación judicial del Derecho.

Esto en un nivel político, poniéndose de relieve las trágicas consecuencias del mantenimiento a ultranza del principio *Gesetz ist Gesetz*.

Y en un nivel teórico, poniéndose de relieve que bajo la pretendida aplicación aséptica de la ley por parte de los jueces se esconde, consciente o inconscientemente, una defensa ideológica de intereses políticos.

Todo ello ha venido a potenciar sobremanera el protagonismo del juez en la elaboración del Derecho. [Se ha llegado a caracterizar la situación jurídica del presente como una suplantación del Derecho legal (*Gesetzesrecht*) por el Derecho judicial (*Richterrecht*).]

Ello ha hecho, como ha señalado Häberle, que en los sistemas normativos actuales la teoría de las fuentes del Derecho pase a ocupar, en el mejor de los casos, un lugar secundario.

El TC también ha contribuido al antiformalismo en diferentes sentencias (v. gr., STC 17/1985; STC 6/1981; STC 28/1982; STC 81/1983).

12. Las grandes familias de los sistemas jurídicos occidentales

El principio de supremacía de la ley

La idea de supremacía de la ley, como sabemos, deriva del desarrollo y consolidación de las formas modernas del Estado, que tiene su culminación en la codificación.

Diversos factores contribuyen a ella, además de los puramente técnicos.

Factores ideológicos: el código deriva del Derecho natural, es fruto de la razón, expresada en la ley, de carácter general y abstracto.

Factores políticos: el código excluye el resto de fuentes, afirmando el poder soberano; contribuye también a la separación de poderes: el soberano legisla, el juez aplica mecánicamente.

El “Common law”

Este principio se hizo característico en poco tiempo de las culturas jurídicas continentales o romano-germánicas, pero no así en los países anglosajones, que han conservado hasta hoy un sistema jurídico basado en el *Common law*.

Aunque las fuentes legales del Derecho tienen una importancia sociológica importante en estos países, la costumbre y el Derecho jurisprudencial han conservado una importancia ideológica y práctica fundamental.

Por ejemplo, en algunos de estos países, las leyes (*statute law*) para ser consideradas como fuentes del Derecho en sentido estricto han de ser aplicadas previamente por los tribunales.

El precedente

El precedente judicial es quizás la fuente del Derecho más característica de los países anglosajones.

En estos sistemas se considera como “precedentes” a los principios jurídicos aplicados con anterioridad para resolver casos análogos al que se ha de resolver.

En este sentido, aunque se habla de creación judicial del Derecho, conviene aclarar que no depende de los jueces y tribunales llamados a resolver un caso seguir un precedente o no; están obligados a hacerlo. No obstante, hay que distinguir entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.

Los jueces y tribunales de los sistemas jurídicos anglosajones no toman decisiones arbitrarias o absolutamente discrecionales. Aunque muchas de esas normas vengan establecidas en precedentes, están tan sometidos a normas jurídicas como los jueces y tribunales de los sistemas romano-germánicos. Los precedentes judiciales en esos países son tan obligatorios como la ley o la costumbre en los países continentales.

18. b EL DESBORDAMIENTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO (A. E. Pérez Luño)

1. Hacia una tipología de las fuentes del Derecho

Las causas del Derecho

Preguntarse por el problema de las fuentes jurídicas equivale a preguntarse: “¿cuáles son las causas que lo producen?” (V. Cathrein)

Si tomamos la tradicional doctrina aristotélica de la causa, podemos preguntarnos por la causa material, formal, eficiente y final del Derecho.

1) En atención a su *causa material*, el Derecho viene entendido como producto de la actividad de determinados factores sociales:

Para F. de Castro, el Derecho en sentido técnico es la “fuerza social con facultad normativa y creadora”.

Una contribución insoslayable dirigida a afirmar la primacía de las fuentes jurídicas materiales se debe a la teoría de la institución (Hariou, Renard, Delos, Romano, Gurvitch).

Causa material

A) Con base en la orientación y los tipos de conductas sociales productoras de Derecho se pueden distinguir:

a) Las fuentes políticas, que hacen referencia a los programas de los partidos políticos o movimientos sociales que consiguen ser aceptados por la comunidad o se imponen a ella.

b) Las fuentes culturales, derivadas de la acción de determinados grupos sociales o de los operadores jurídicos dirigida a garantizar la observancia de reglas surgidas en la experiencia jurídica del pasado (costumbres, precedentes), o del análisis teórico de los fenómenos sociales presentes (doctrina, jurisprudencia), a partir del presupuesto de que el Derecho no constituye sólo la actuación de la voluntad del soberano, sino que debe responder a una necesidad de justicia racionalmente determinada.

Causa material

B) En relación con la situación política en que se realiza la producción del Derecho cabe diferenciar:

a) Las fuentes originarias: fuerzas sociales que actúan creando un nuevo Derecho sin apoyarse en un sistema jurídico preexistente.

b) Las fuentes derivadas: personas o instituciones que producen normas a tenor de lo previsto en un sistema jurídico establecido.

Causa fomal

2) La *causa formal* alude a los distintos modos de exteriorización del Derecho. Cabe distinguir:

A) Fuentes formales de conocimiento jurídico:

Son “aquella manifestación externa, huella o resto constancia escrita, verbal o plástica, que permite a nuestros sentidos captar la existencia —actual o pretérita— de hechos y normas pre-jurídicos, proto-jurídicos, jurídicos, anti-jurídicos y meta-jurídicos y desprender su contenido y trascendencia” (A. Bascuñán).

La fuente jurídica tiene aquí el mismo sentido que en la Historia (M. Réglade)

B) Fuentes formales de interpretación y aplicación del Derecho, que, en función del criterio de validez de cada ordenamiento jurídico, hacen referencia:

a) A las directrices encaminadas a señalar a los órganos encargados de interpretar y aplicar el Derecho cuál es la norma aplicable y su sentido (F. Geny)

b) A los propios órganos encargados de tal misión (J. Chipman Gray).

c) A los tipos de expresión formal de las normas jurídicas admitidas por los distintos sistemas jurídicos (positivismo jurídico).

Causa eficiente

3) Por *causa eficiente* del Derecho se entienden las instancias, facultades o categorías que lo crean y fundamentan:

La razón, La voluntad (divina o humana), La naturaleza humana, El sentimiento jurídico (Savigny: *Volksgeist*), La solidaridad social (Duguit), La institución (Hariou, Romano), El poder de la soberanía popular, La conciencia proletaria, El *Führerprinzip*...

Causa final

4) La causa final de las fuentes se vincula a la seguridad jurídica y a la obediencia al Derecho

Se pretende que ninguna situación susceptible de revestir trascendencia jurídica quede sin respuesta normativa.

Para garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico se establecen un sistema de fuentes y unos medios de integración de lagunas.

La cláusula de seguridad que comporta el sistema de fuentes tiene un precio: exige que el ciudadano devuelva en forma de obediencia al Derecho la certidumbre que éste le confiere en su vida y en su libertad. Esto implica un componente ideológico importante.

2. Las transformaciones actuales del sistema de fuentes jurídicas: sus manifestaciones

Transformaciones sociales

La transformación y la mudanza parecen haberse convertido en los fenómenos distintivos de nuestra época. Su amplitud y profundidad se han dejado sentir en casi todas las esferas de la vida y también el en Derecho. Esta marea transformadora ha alcanzado incluso al ámbito de las fuentes del Derecho. nHay varios fenómenos que reflejan con especial intensidad las repercusiones del cambio.

2.1. Supraestatalidad normativa

Supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de: Explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas.

Destacan dos intentos:

El intento de establecer un nuevo *ius commune*, es decir, un Derecho común que, a semejanza del forjado por las universidades medievales, representa una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del Derecho positivo en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico.

El denominado “Derecho Constitucional Común Europeo”, que se halla integrado por un conjunto de principios constitucionales particulares que resultan comunes a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no.

En general, puede decirse que en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha erosionado y, en ocasiones, se ha llegado a abolir, el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales en la creación del sistema de fuentes del Derecho.

2.2. Infraestatalidad normativa

Al mismo tiempo que lo anterior se ha producido una ampliación de las competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios situados entre el ciudadano y el poder estatal.

Ratione loci, implica el sustancial incremento de las competencias autonómicas de los entes territoriales de carácter federal, regional o municipal.

Ratione personae, implica un acrecentamiento de las atribuciones autonormativas de determinados grupos o colectivos sociales, siendo especialmente importante este fenómeno en el ámbito profesional en lo referente a la actuación de los sindicatos.

Ratione materiae, implica el reconocimiento de regulaciones jurídicas dotadas de un alto grado de especialización, como consecuencia de la complejidad de la vida en las sociedades tecnológicamente avanzadas.

2.3. Hipertrofia legislativa

Alude a un crecimiento sin límites de las normas legales que ha roto el equilibrio entre la producción normativa y la capacidad de aplicación.

Actualmente es imposible para sus destinatarios conocer y cumplir el Derecho en medio de este aluvión normativo. En el ámbito anglosajón se habla de *Legal Pollution* (contaminación legislativa). Incluso el mismo legislador y los juristas tienen problemas para conocer y aplicar el Derecho.

2.4. Hipostenia legislativa

La extensión de la masa legislativa ha comportado un marcado déficit en la intensidad de su eficacia.

Ello se ha traducido en una serie de fenómenos de suplantación de la ley formal por normas reglamentarias, así como de debilitamiento y desconfianza respecto a la legalidad como marco de solución de conflictos sociales. Esto tiene que ver con el Estado social de Derecho, que ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil.

La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza las más de las veces por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo. Las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*).

La mitificación de la ley ha tenido como consecuencia su ulterior desmitificación, en la medida en que se han puesto de relieve las disfunciones del aparato legal para resolver adecuadamente algunas de las cuestiones sociales de mayor importancia.

Se aboga por crear nuevos cauces normativos y nuevas instituciones para que operen de un modo menos formal. Hay una tendencia hacia la *deslegalización*.

En otros países en vías de desarrollo la erosión de la ley se manifiesta a través de fenómenos de normatividad extralegal, que denuncian la incapacidad de esos Estados para atender por cauces jurídicos formales a las necesidades básicas de la sociedad.

3. El desbordamiento de las fuentes del Derecho: sus alternativas

El desbordamiento de las fuentes: planos

En general, las fuentes formales del Derecho se han visto “desbordadas” en la actualidad.

1) *En el plano axiológico: jerarquía versus pluralismo.*

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes, heredera de iluminismo, se opone hoy la idea de pluralismo. Éste entraña un área de libertad o de *autodeterminación* interna para las organizaciones sociales. Implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley.

Son manifestaciones suyas los mencionados fenómenos de intraestatalidad y supraestatalidad normativa, que se han traducido en una progresiva “descodificación”, o sea, en el abandono de las codificaciones formales a favor de leyes especiales y de las denominadas “soft-laws” (v. gr., directivas comunitarias).

Otro ejemplo son las sentencias del Tribunal Constitucional. Se dice por un buen número de constitucionalistas que sus sentencias interpretativas ocupan un lugar superior en la jerarquía normativa.

La “interlegalidad”

La repercusión expansiva del pluralismo jurídico está conduciendo al progresivo abandono del principio de jerarquía normativa en función de lo que se denominan “sistemas de interlegalidad”.

Esto hace referencia a la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos superpuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad.

La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica del actual pluralismo jurídico propio de la postmodernidad. Ésta ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones.

La misma CE reconoce este pluralismo, pese a la proclamación del principio de jerarquía normativa, al reconocer el Derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones españolas.

El “universalismo jurídico”

2) *En el plano sociológico y político se plantea una tensión entre nacionalismo y universalismo.*

Implica una pugna entre los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios, que vienen del iluminismo, frente a la reivindicación de la individualidad, la variedad y la diferencia, propios de la *postmodernidad*.

La *limitación* del sistema de fuentes propio del Estado nacional es patente frente a fenómenos como la dimensión multinacional de las grandes empresas y los procesos económicos, como los requerimientos de la ecología y de los procesos de información y comunicación propios de la sociedad informatizada.

Hay también una corriente que pretende avanzar en lo que se ha denominado *ius commune constitutionale europeum*, que hay quien sólo lo ve como un estadio intermedio hacia un Estado constitucional a nivel planetario que incluya un sistema de fuentes con vocación universalista. Hay mucho avanzado en el proceso de comunicación y unificación de fuentes en lo que a derechos fundamentales se refiere.

La “desformalización”

3) *En el plano metodológico* se ha hablado de una rebelión contra el formalismo.

Desde este punto de vista se aboga por una mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de solución de conflictos sociales.

Tras la II Guerra mundial se produjo una poderosa reacción frente a los dogmas de la sujeción absoluta del juez a la ley positiva y de la concepción mecánica de la aplicación judicial del Derecho.

Esto en un nivel político, poniéndose de relieve las trágicas consecuencias del mantenimiento a ultranza del principio *Gesetz ist Gesetz*.

Y en un nivel teórico, poniéndose de relieve que bajo la pretendida aplicación aséptica de la ley por parte de los jueces se esconde, consciente o inconscientemente, una defensa ideológica de intereses políticos.

Todo ello ha venido a potenciar sobremanera el protagonismo del juez en la elaboración del Derecho. [Se ha llegado a caracterizar la situación jurídica del presente como una suplantación del Derecho legal (*Gesetzesrecht*) por el Derecho judicial (*Richterrecht*).]

Ello ha hecho, como ha señalado Häberle, que en los sistemas normativos actuales la teoría de las fuentes del Derecho pase a ocupar, en el mejor de los casos, un lugar secundario.

El TC también ha contribuido al antiformalismo en diferentes sentencias (v. gr., STC 17/1985; STC 6/1981; STC 28/1982; STC 81/1983).

19. UNA INTRODUCCIÓN AL PROCESO DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO

1. El derecho no está dado completamente en las normas

La ley no basta para resolver unívocamente todos los casos que se plantean. En la ley hay inevitablemente lagunas y contradicciones. Para superarlas hay que recurrir inevitablemente a criterios metalegales. En general, el *normativismo* puede ser desechado.

La norma positiva (constitución, ley...) es ciertamente uno de los elementos que condicionan la aplicación, pero no es el único. La valoración es inevitable y los jueces toman auténticas decisiones no fundadas en la norma. Por eso no se puede considerar meramente el Derecho como un conjunto de normas generales.

Siguiendo a J. Esser, se podría decir que el proceso de aplicación del Derecho debería llamarse más bien de «determinación del derecho».

Éste, el Derecho, es el resultado de un proceso de «concreción» en el que intervienen valoraciones y principios, que se realizan en buena medida en relación con la ley (o norma más en general), pero que son independientes de ella.

La ley (o norma) es sólo *Derecho en potencia* y no es la fuente de calificación jurídica de los valores y principios.

En realidad, los principios se extraen o bien de los fines del ordenamiento, o bien de valores morales o políticos.

No derivan de la norma positiva necesariamente (v. gr., el abuso del derecho) y se aplican por los jueces mucho antes de ser recogidos en la norma (v. gr., noción de domicilio del TC a la luz de la necesidad de proteger la intimidad).

El juez recurre a esas valoraciones y principios al margen de la norma positiva, y si eventualmente los llega a recoger, en todo caso su contenido no está determinado en ella. El sistema jurídico se compone, pues, de *reglas y principios*.

Así, pues, no cabe decir que el Derecho se reduzca a lo que es calificado como tal por las normas jurídicas. Esta tesis solamente se podría mantener a costa de asumir el carácter estático de la noción de ordenamiento jurídico. Pero entonces el ordenamiento jurídico adquiere un sentido distinto que el Derecho, que tiene una indudable dimensión práctica.

2. La solución a los problemas no puede obtenerse mecánicamente. Descripción y crítica del modelo de la subsunción

Hay una tesis positivista según la cual el orden jurídico entendido como un conjunto de normas es aplicado por el juez por medio de una *operación lógica*. Ésta consiste en subsumir los hechos de la realidad en el supuesto de la norma y aplicar la consecuencia jurídica prevista. Aplicar el derecho, por tanto, es realizar una operación lógica, *mecánica, deductiva*, en la que el juez no pone nada suyo, sino que se limita a aplicar la ley. El juez se limita a ser la “boca muerta que pronuncia las palabras de la ley” (Montesquieu).

Esta tesis tiene evidentes vínculos con el *dogma de la separación de poderes*, que concibe la tarea judicial como una tarea meramente aplicativa. (Cfr. Montesquieu.)

Sin embargo, esto requiere dos cosas:

1. Que el ordenamiento jurídico ofrezca una *respuesta unívoca para cada problema* que se pueda plantear.
2. Que *no haya en él contradicciones o ambigüedades* que determinen una elección entre distintas posibilidades.

Por lo tanto, la tesis de la aplicación mecánica parte de otros dos postulados dogmáticos: la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Pues bien, todos estos postulados fueron combatidos por los autores vinculados al Movimiento del derecho libre y a la primera Sociología de la decisión judicial. Han puesto de manifiesto que el Derecho ni es pleno ni coherente, sino que presenta *lagunas* y *contradicciones*. Consecuentemente *no es posible una actividad mecánica*, meramente aplicativa, del juez. Esto es hoy comúnmente aceptado.

3. La solución a los problemas jurídicos precisa poner en correspondencia las normas y los hechos

En el campo de la teoría de la interpretación y aplicación del derecho, la orientación hermenéutica ha venido a sumarse a la impugnación de las visiones mecanicistas, destacando la inevitable presencia del sujeto en todo proceso de comprensión.

La orientación hermenéutica en el campo de los saberes jurídicos se ha venido desarrollando desde los años 60 en el mundo germánico por obra de autores como A. Kaufmann, W. Hassemer, F. Müller, Th. Würtenberger, J. Esser, F. Wieacker, o J. Hruschka, sobre todo a partir de la publicación de *Warheit und Methode*, de H. G. Gadamer.

No obstante, son anteriores a esta obra algunos trabajos de gran importancia publicados por E. Betti, E. Forsthoff, H. Coing, y nuevamente J. Esser.

Incluso aceptando la doctrina de la subsunción como modelo general de la aplicación del derecho, hay al menos tres operaciones que no pueden llevarse a efecto sin el concurso personal –creativo, valorativo– del intérprete:

a) La selección de la norma aplicable, que no está disponible como opción única y exclusiva

(Adviértase que las lagunas más frecuentes, como insiste L. Lombardi, no son aquéllas que surgen por la ausencia de regulación, sino aquéllas otras que emergen ante la inexistencia de una regulación unívoca, es decir, las que derivan de una pluralidad de regulaciones disponibles en condiciones de ser aplicadas al caso.)

b) La equiparación entre supuesto de hecho de la norma, que es siempre general y abstracto, y los hechos del caso, que se presentan como “hechos brutos” y deben transformarse en un enunciado complejo de hechos que permita equipararlos al supuesto de hecho de la norma.

c) La determinación de la consecuencia jurídica, también abstracta y general en algunas de las distintas normas cuyo concurso es preciso para determinar la solución a un caso, y que precisa por ello ser ajustada.

Este –al menos– triple proceso exige un *trabajo de interpretación* que obliga a ver la actividad de aplicación del derecho como una labor que, sin perder su índole cognoscitiva, es también *creativa y valorativa*.

La aplicación del derecho es una labor de enjuiciamiento en la cual el aplicador juzga *desde sí mismo*, desde *su* comprensión de los textos jurídicos y de los valores y principios constitucionales, así como desde *su* comprensión del problema jurídico.

La hermenéutica insiste en que la tarea creativa a que acaba de aludirse no acontece, ni mucho menos, de manera excepcional: No se trata de una operación o serie de operaciones atípicas dentro de las labores judiciales. Incluso en los casos normales y ordinarios, el papel de los jueces no es en absoluto puramente reproductivo:

Necesitan forzosamente hacer siempre algo creativo, toda vez que el silogismo jurídico es posible únicamente bajo dos condiciones: Que la ley, mediante interpretación, esté dispuesta para ser aplicada, y que el caso, mediante construcción, lo esté igualmente para ser subsumido.

En ambas cosas hay siempre algo de recomposición. Y, desde luego, tal aspecto creativo se da también en los casos rutinarios del proceso metódico, aunque pase las más veces inadvertido.

4. La interpretación de la norma y la reconstrucción del caso consiste en una sucesión de juicios condicionados por prejuicios

Lo anterior obliga a ver la actividad de aplicación del derecho como una labor que, sin perder su índole cognoscitiva, es también creativa y valorativa.

Esto contrasta fuertemente con la actitud de los juristas, y de los jueces en particular, que lo suelen negar porque piensan que lo suyo no es medir con su *standard* personal, sino juzgar con objetividad.

Sin embargo, la hermenéutica afirma categóricamente que nuestra comprensión depende de una serie de condiciones trascendentales.

Concretamente, sostiene que una de esas condiciones es el pre-juicio o precomprensión (*Vorverständnis*), la idea previa. Así, pues, no es posible la comprensión de un texto sin precomprensión.

Así, puede leerse en Kaufmann, que sigue básicamente a Gadamer en este punto, lo siguiente: *“Quien desea entender un texto tiene ya una cierta idea de lo que espera encontrar. Al aplicarla, el texto habla de cierto modo, y el sentido que resulta es empleado por el intérprete para formar otra hipótesis de comprensión. Consulta al texto nuevamente, y dicha hipótesis resulta modificada y revisada; y así sucesivamente. Semejante proceso puede ser por su propia naturaleza interminable, aunque de hecho se lo interrumpa llegado cierto punto. Lo que acabo de indicar es el famoso ‘círculo hermenéutico’, es decir, el mutuo reenvío entre significante y cosa significada, entre lenguaje que mienta y realidad mencionada. Comprender un texto es un proceso ambivalente de producción: porque el sujeto, al intervenir en el proceso de comprensión con unas ideas previas, da lugar a que el texto sea otro del que era; pero el texto, a su vez, repercute sobre el sujeto y su modo de entender, de tal manera que, como dice Gadamer, ‘ese entender es a la postre un entenderse a sí mismo’”.*

El proceso recién descrito se proyecta también sobre la aplicación judicial del derecho:

“Lo que al juez viene ‘objetivamente dado’ es una norma legal abstracta junto a un caso amorfo, que aún no son Derecho ni juntos ni cada uno por sí mismo.

Se los puede comparar a una materia prima. Para que puedan surgir de ellos un «supuesto de hecho» y un «hecho típico», necesitan norma y caso ser tratados de manera que muestren su significación.

Mas para ello no basta un acto aislado, sino que es necesario un intercambio cíclico de *vaivén* desde la ley hacia el caso, y viceversa.

Si, de un lado, la adecuación de la ley al caso depende de la forma como se haya entendido previamente el caso, no es posible en contrapartida captar esta significación del caso sin una previa inteligencia de la ley.

Únicamente se podrá hacer el ajuste de uno a otra, mediante subsunción, cuando supuesto de hecho y hecho típico hayan tomado cuerpo en un contacto mutuo que establezca entre ellos una relación de correspondencia.

A todo ello debe, además, añadirse el horizonte del intérprete, que también es parte constitutiva en el proceso hermenéutico.

Concretamente, es en dicho horizonte donde acontece ese proceso y donde, por tanto, se lleva a cabo la peculiar tarea de mediación requerida para poner en correspondencia el hecho bruto y la norma o conjunto de normas que intervienen en la determinación del caso.

En este sentido, también la legislación es fruto de una tarea hermenéutica, consistente esta vez en confrontar principios ético-jurídicos generales con hechos posibles, bajo la mediación del legislador.

Entre los elementos del proceso se genera, a la luz de lo ya señalado, una dinámica que podemos calificar de manera precisa como circular, y que va no sólo de la norma al caso y viceversa, sino del intérprete hacia ambos y viceversa, porque su mediación es *inevitable*.

5. Decisión, interpretación y justificación

Decíamos que había un interés político en que el juez se limitara a aplicar mecánicamente la ley. Sin embargo, pronto se vio que esto era difícil toda vez que la ley presentaba lagunas y contradicciones.

El problema de las lagunas había intentado ser solucionado, antes de la promulgación del Código civil francés, con la institución del *référé legislatif*.

La idea era que el propio órgano legislativo debía resolver todas las dudas que la aplicación de las leyes planteara a los jueces.

Semejante técnica produjo un *notable colapso* en la administración de justicia que la hizo inviable.

También plantea muchos inconvenientes políticos la idea de que el legislador se pronuncie sobre cuestiones particulares que atañen a casos concretos. Por su parte, desde la Ciencia jurídica, algún autor recurrió a la negación lógica de las lagunas.

La idea es que todo ordenamiento jurídico se cierra con una norma implícita (la “norma de clausura”) que establece que todo lo no previsto en él es, según la versión, o *irrelevante* (K. Bergbohm) o *permitido* (H. Kelsen).

Sin embargo, lo primero equivale a no darle ninguna directiva al juez, que tendrá que echar a suertes la decisión. La experiencia muestra lo contrario (norma inclusiva). Lo segundo implica un salto lógico ilegítimo.

Hay que decir que el problema de las lagunas sólo pudo ser solucionado eficazmente a través de la ampliación del sistema de fuentes, introduciendo en él *fuentes subsidiarias*.

Es el caso de los “principios jurídicos naturales” del Código civil austriaco de 1812.

Es el caso también de los “principios generales del Derecho” del Código civil italiano de 1865 (con el precedente del Código albertino de 1837).

Pero esto hizo imprescindible *rehabilitar la función interpretativa de los jueces*, la cual estuvo prohibida, por razones políticas (con el fin de que los jueces no desvirtuaran al interpretarlo el nuevo orden jurídico), en los comienzos de la revolución francesa.

En efecto, interpretar es inevitable, pero *no es una operación lógica* (por eso se prohibió).

Y no es una operación lógica por varias razones:

En primer lugar, no existe un único método de interpretación, sino que existe una *pluralidad metodológica* y las razones que hay para elegir entre los distintos métodos no son de índole técnica, sino políticas y axiológicas (fidelidad al legislador, funcionalidad o adaptabilidad a la vida, seguridad jurídica, etc.).

En segundo lugar, además de haber una pluralidad de métodos entre los que no es dado elegir técnicamente, cabe combinarlos entre sí siguiendo secuencias diferentes. En todo caso, los resultados varían en función del método o combinación de métodos elegido.

En tercer lugar, la hermenéutica ha contribuido a hacer manifiesto que la interpretación es un *acto de comprensión*, por lo que no puede ser objeto de demostración en sentido estricto, sino que, antes bien, se ve afectada por los «pre-juicios» (*Vor-urteile*) del intérprete.

También ha mostrado la hermenéutica, en cuarto lugar, que la interpretación jurídica no es equiparable a una interpretación meramente textual o filológica, sino que tiene que proyectarse sobre un caso real de la vida que *hay que solucionar*.

Lo que en definitiva se quiere poner de manifiesto con todo esto es que son *valoraciones de orden ético y político* las que dan lugar a la elección de uno u otro método de interpretación y de una u otra proposición interpretativa.

Estas valoraciones acaban siendo juicios de valor *sobre el resultado* que se derivaría de la elección en el caso (“metodología de resultados”). Así, pues, el *elemento subjetivo* tiene una presencia inevitable en la interpretación jurídica.

Si ahora tenemos en cuenta que la denominada *Lógica jurídica* y la *Ciencia del Derecho* presuponen necesariamente la interpretación, hay que concluir que *lo subjetivo y lo valorativo atraviesan todo el espectro de la actividad jurídica*.

En consecuencia, no sólo el *legislador* o el *constituyente* adoptan decisiones. Los *órganos jurisdiccionales* son también auténticos órganos decisores y no meros aplicadores de normas generales acordadas por otros órganos. Ahora bien, su decisión no puede ser discrecional.

Como señala R. Alexy, el discurso jurídico opera bajo una serie de condiciones delimitadoras, que enmarcan la discusión y el diálogo jurídicos: La sujeción a la *ley*. La sujeción a los *precedentes*. La sujeción a la *dogmática*. La sujeción a las *reglas procesales*.

Se trata de condiciones necesarias por la amplitud de lo posible discursivamente y por la necesidad de decidir las cuestiones prácticas en tiempo limitado.

Dentro de ese marco institucional, el juez tiene un cierto margen de maniobra, que, a su vez, está limitado por dos factores: La tradición (→ intersubjetividad) y La realidad del objeto interpretado (→ objetividad).