

**BLOQUE 1. CONCEPTO DE DERECHO****I.SISTEMAS NORMATIVOS Y CONCEPTO DE DERECHO.**

El Derecho, según la RAE, es: 14. m. **Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.**

Podemos distinguir tres sistemas normativos: **el social (reglas y obligaciones sociales), el moral (principios y obligaciones morales), y el jurídico (preceptos y obligaciones jurídicas).**

Como el sistema moral influye en los otros dos, podemos distinguir entre **reglas y preceptos:**

	<b>REGLAS</b>	<b>PRECEPTOS [jurídicos]</b>
<b>EN COMÚN</b>	✓ Tienen como función guiar u orientar el comportamiento social de las personas.	
<b>DIFERENCIAS</b>	✓ Orientaciones o prácticas <b>implícitas</b> y <b>anónimas</b> .	✓ <b>Normas explícitas respaldadas por individuos o grupos revestidos de autoridad.</b>
	✓ Inobservancia: <b>no seguir</b> , no tener en cuenta	✓ Inobservancia: acto de <b>trasgresión o desafío</b> frente la autoridad
	✓ <b>Obligación de carácter ritual</b>	✓ <b>Obligación basada en mecanismos de poder</b>

**Las funciones del derecho en orden a corregir las insuficiencias del modelo de reglas son:**

<b>INSUFICIENCIAS DEL MODELO DE LAS REGLAS</b>	<b>LAS FUNCIONES DEL SISTEMA JURÍDICO</b>
✓ Bajos niveles de certeza en las expectativas y falta de seguridad	✓ <b>Asegurar expectativas y dotar de seguridad a ciertos ámbitos de las dinámicas y relaciones sociales</b>
✓ Falta de flexibilidad y resistencia al cambio	✓ <b>Dotar de flexibilidad y asegurar la aceptación de los cambios normativos que demandan las transformaciones sociales</b>
✓ Presión social insuficiente y difusa	✓ <b>Reforzar la presión social frente a determinados comportamientos y establecer un sistema de garantías par corregir excesos o injusticias.</b>

## II. LA CONCEPCION DEL DERECHO COMO UN SISTEMA AUTONOMO Y COMPLEJO DE NORMAS: PRIMARIAS Y SECUNDARAS

El Derecho es un **sistema autónomo** porque **establece intrasistemáticamente, como mecanismos autorreferenciales, tanto los procedimientos para la producción y el reconocimiento de la legitimidad y la pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico como los mecanismos que guían y legitiman la aplicación de las mismas.**

El Derecho **está dotado de una estructura normativa compleja**, debido a la necesidad de adaptarse a una sociedad grande y compleja; sin embargo, en términos de eficacia, es mas adecuado solo el sistema de reglas aplicado a sociedades (si se les puede llamar así) simples.

Lo llamamos complejo, porque coexisten normas primarias y normas secundarias (según L.A HART):

- **Normas primarias. Son aquellas que imponen “deberes”, sean positivos o negativos, a los individuos de una comunidad.** Fundan, en suma, la estructura normativa, estableciendo las obligaciones y cargas a las que debe ajustarse un sujeto para que actúe en el marco legal.
- **Normas secundarias. Son aquellas que otorgan “potestades” (públicas o privadas) a los operadores del Derecho.** De modo tal que, gracias a su participación, las personas adquieren capacidad para crear, modificar, transferir o extinguir efectos contenidos en las normas del primer grupo. Dentro de las normas secundarias tenemos tres tipos:
  - **De reconocimiento.** Se configuran a fin de paliar la falta de certeza respecto de las normas vigentes, otorgando, precisamente, los criterios de validez (existencia) del sistema de referencia. Para ello, permite detectar las características de una norma para saber si pertenece o no al campo del Derecho.
  - **De producción y cambio.** Se configuran para corregir el carácter estático de las normas primarias. Son aquellas normas que establecen cuales son los procedimientos válidos para introducir o modificar normas jurídicas.
  - **De aplicación y/o reforzamiento.** Se configuran con el fin de corregir la penalización difusa (insuficiencia de la presión social, ineficacia coyuntural). Son aquellas normas que otorgan poder sancionatorio (coerción), estableciendo quiénes pueden ejercerlo, como lo deben hacer, y en que marco constitucional.  
**Las normas de reforzamiento imponen castigos coercitivos (código penal), mientras que las normas de aplicación tienen una función de garantía, porque “garantizan” un límite en la aplicación de medidas coercitivas.**

### III. EL MODELO JURIDICO DEL ESTADO DE DERECHO.

#### 1. ESTATISMO Y RACIONALIDAD FORMAL.

**El concepto de derecho como sistema complejo y autónomo de normas (H.L.H. Hart) representa una opción ideológica y supone la consagración del modelo jurídico liberal.**

Este modelo jurídico se caracteriza por:

- **Ser un modelo estatista (el del Estado-nación).** En esta concepción del derecho, sólo cabe hablar de sistema jurídico a partir de la existencia de un tipo de Estado jurídicamente constituido.
- **Ser un modelo jurídico racional-formal.** Simplifica el caudal de complejidad de las relaciones sociales tras la aparente *neutralidad* de las normas jurídicas abstractas y generales, garantizando la *igualdad formal* de los ciudadanos.
- Sus funciones sociales son las características del modelo jurídico liberal.

#### 2. FUNCIONES SOCIALES DEL DERECHO SEGÚN EL MODELO JURIDICO LIBERAL.

- **Orientación derecho del comportamiento social de las personas que forman parte de una comunidad mediante normas prohibitivas reforzadas por sanciones negativas.**
  - El penal es el derecho por excelencia en este modelo jurídico.
  - Dentro de este contexto las funciones sociales (de vigilancia y control, *Estado gendarme*) del derecho se conciben negativamente con la finalidad de asegurar los fundamentos del orden social determinados por las leyes naturales.
- Funciones consistentes en **facilitar patrones de relación jurídica.**
  - Para que los particulares puedan celebrar acuerdos privados (contratos, sociedades, matrimonio, etc.)
  - Con la mínima intervención del Estado (que se limitaría a asegurar las expectativas derivadas de los mismos).
- Funciones encaminadas a **la resolución de disputas y aseguramiento de expectativas de relación social caracterizadas jurídicamente (regulación de la estructura judicial y de los procedimientos para la resolución de conflictos).** Ej: bloquear situaciones de venganza o reacciones personales.

#### 3. COERCIÓN Y LEGITIMIDAD.

- **Derecho represivo** dirigido a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social en el que se da un sistema de **control jurídico punitivo** o conjunto de normas jurídicas que organizan y regulan el ejercicio de la fuerza (estableciendo los límites, los procedimientos y personas competentes en el ejercicio de la fuerza dentro del Estado de derecho).

- Un tipo de derecho basado en **el principio de intervención mínima junto con una ideología garantista basada en el principio de legalidad frente a la arbitrariedad del poder público.**

#### 4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y GARANTÍAS.

En el “Estado de Derecho”, la aceptación de la ley supone la aceptación de las actuaciones de quienes ejercen el poder según la ley. Como consecuencia, el modelo de organización jurídico-político basado en el “imperio de la ley” conlleva el sometimiento de los poderes del Estado y, en particular, de la Administración a un régimen de control a partir de normas jurídicas.

El modelo jurídico del Estado de derecho liberal está llamado a cumplir varias funciones:

- El establecimiento de un ámbito de libertad individual e igualdad formal.
- La configuración de este ámbito de libertad e igualdad como un marco de *autonomía protegida* basado en principios racional-formales tendientes a asegurar el cálculo y la previsión.
- La reformulación de la legitimidad en el ejercicio del poder político a partir del principio de legalidad (imperio de la ley).
- La exaltación del modelo de dominación burocrático (del Estado frente a la dominación autoritaria del Antiguo Régimen) basado en el principio de legalidad.
- El control jurisdiccional de las actuaciones de los órganos del poder,
- Las consecuencias garantistas de la subordinación de los órganos del poder al imperio de la ley y al consiguiente control jurisdiccional (2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) de esa limitación legal.

#### IV. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO: DERECHO REGULATIVO.

##### A) Evolución.

- a. **Años 30.** Se produce una *regulación económica* para corregir la imperfección de las reglas del mercado como consecuencia del crac del 29.
- b. **Años 60.** Se produce una *regulación social*, con fines de protección de la salud y la seguridad, el medio ambiente, salvaguardia frente a otros riesgos tecnológicos y naturales, superación de las discriminaciones en la educación, el empleo, etc.
- c. **Años 80.** Desarrollo del *Estado de Bienestar*, un nuevo tipo de derecho “útil o instrumental”, marcado por la simbiosis del intervencionismo económico y social del “Estado regulativo del bienestar”.

B) Estructura y dinámicas del derecho regulativo.

La evolución reseñada ha puesto en marcha una impresionante maquina burocrática cuyas redes de organización y toma de decisiones se articulan mediante normas jurídica, es decir se produce una “administrativización” del derecho. (Derecho como instrumento social).

El derecho, **deja de tener el aire clásico** de un sistema normativo formal compuesto por reglas cuyo cometido es asegurar negativamente la libertad de los miembros de la comunidad y facilitar los patrones de relación social. Los sistemas jurídicos, por el contrario, **contienen cada vez más y más normas encaminadas a conseguir objetivos y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-publico como instrumentos de implementación y control de las mismas.**

La utilización del derecho como medio para la realización de políticas de intervención y promoción de fines, valores e intereses sociales abre las puertas a una nueva racionalidad político-burocrática, se “coloniza” la sociedad civil y determina el desarrollo de un nuevo tipo de derecho: el derecho útil o regulativo.

Se caracteriza por estar penetrado por criterios de índole material: económicos, políticos, etc. Lo que aumenta la complejidad de su estructura y contenido y paralelamente se traduce en la degradación de los instrumentos normativos.

C) La lógica social del control preventivo.

El Estado actual asume funciones de ingeniería social: en positivo, promoviendo aquellos valores sociales dominantes y, en negativo, actuando sobre los desequilibrios o los “riesgos que pudiera poner en peligro esos valores e intereses o el orden establecido. Surge así, el derecho regulativo.

Sistemas jurídicos de control:

- **Mecanismos penales o sancionadores.** Se “castiga” a los transgresores.
- **Mecanismos de intervención preventiva.** Actúan sobre las propias causas que generan los riesgos sociales.

La utilización del derecho como instrumento para canalizar políticas preventivas de seguridad provoca la ampliación de los márgenes administrativos de actuación y la consiguiente traslación de los mecanismos de control social desde la esfera judicial a la esfera de la administración. Así, se “desjudicializan” y pierden abstracción con pérdida de seguridad jurídica.

## V. CONCEPCIONES FILOSOFICAS DEL DERECHO.

1. El **IUSNATURALISMO** entiende :

- a. Que además y por encima del Derecho positivo (del latín *positus*, “puesto”) existe un **Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos y lugares.**
- b. **Que el Derecho (positivo) sólo es tal si concuerda (al menos, en sus principios fundamentales) con el Derecho natural, es decir, si es justo.** En otro caso no pasa de ser “apariencia del Derecho”, “corrupción de la ley”, etc.

El **iusnaturalismo se propone determinar cuando el derecho positivo se puede considerar justo**, para ello lo hace depender de una instancia superior el Derecho natural o moral. Es decir, un ordenamiento jurídico solo es “Derecho” cuando es *como debe ser* (cuando es justo). Su problema fundamental es que **no es nada fácil determinar qué es “la naturaleza del ser humano”** y que exigencias derivan de ella, por lo que se ha prestado a toda suerte de manipulaciones ideológicas.

Históricamente, con los **SOFISTAS (s. V a.C)** nació la distinción entre **nomos** (el conjunto de leyes y normas convencionales) y **physis** (las leyes y normas ajenas a toda ley o convención). En la Edad Media, de la mano de TOMAS DE AQUINO y de SAN AGUSTIN, surge el **iusnaturalismo teológico**, en el que el Derecho natural coincide con la ley divina, en concreto con la visión cristiana. En la Edad Moderna, aparece el **iusnaturalismo racionalista** (HUGO GROCIO, PUFENDORF) en el que el Derecho natural coincide con axiomas (ideas innatas en DESCARTES) que derivan de la razón humana, mediante la deducción se podían inferir soluciones para los casos concretos. A principios de la Edad Contemporánea, con la Revolución francesa (1789), comienza la Codificación, se produce una **superlegitimación de la ley** (producido por el deseo burgués de establecer su poder y por el avance de la mentalidad científica) que da lugar a **una separación entre derecho y moral** (positivismo jurídico).

Cronología completa.

2. El **IUSPOSITIVISMO** entiende:

- a. Que el Derecho es, simplemente, **el Derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto a fenómenos sociales y variables históricamente.**
- b. Que, en consecuencia, **la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.**

El iuspositivismo se propone convertir **la jurisprudencia en ciencia** (“El juez es la mera boca de la Ley”, Montesquieu). Para ello, toma como objeto de investigación el Derecho positivo tal y como realmente existe (un conjunto de normas de carácter coactivo) y lo estudia al margen de toda consideración valorativa (moral).

Históricamente, el positivismo jurídico tiene su auge en el siglo XIX con la **teoría imperativista** de JOHN AUSTIN. Este autor defiende que el derecho positivo estaría compuesto de unos mandatos abstractos y generales contenidos en las leyes impuesta por los superiores políticos a los inferiores políticos. (normas como mandatos imperativos).

Junto con Austin, KELSEN representó el positivismo puro del derecho (*Teoría pura del derecho*). HART Y MACCORNICK se encuadran en la corriente del positivismo moderado o ético.

H. KELSEN ( )...

H.L.A HART( )

D.WORKIN

### 3. EL REALISMO JURIDICO se caracteriza:

- a. Coincide con el positivismo en la **búsqueda de unos planteamientos científicos capaces de generar un conocimiento objetivo de los fenómenos jurídicos y en la separación entre derecho y moral.**
- b. Frente a la concepción normativista del positivismo, el realismo jurídico considera el Derecho como una **realidad fáctica, es decir, el verdadero Derecho no es el “cosificado” por las leyes sino el derecho realmente aplicado.**

**El interés de la ciencia jurídica debe centrarse en los hechos, esto es, primar la eficacia de las leyes sobre su validez formal.** Lo importante es la decisión jurídica del juez.

Cabe destacar dos corrientes importantes dentro del realismo jurídico: **el realismo jurídico americano (OLIVER W.HOLMES) y el realismo jurídico escandinavo (KARL OLIVECRONA, ALF ROSS).**

### 4. TENSIÓN FORMALISMO-ANTIFORMALISMO.

#### a. El Formalismo. Planteamientos:

- i. **El sistema jurídico es un sistema compuesto por normas y procedimientos de aplicación de las mismas caracterizados por su racionalidad formal** (*racional*, en cuanto que es un sistema diferenciado e independiente de las necesidades económicas y sociopolíticas que determinan su existencia; *formal*, en tanto que creado y aplicado al margen de imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia y de postulados políticos).
- ii. **Las decisiones jurídicas se justifican por estar basadas en el sistema jurídico y por haber seguido un procedimiento formal (casi mecánico).**
- iii. Ha servido como fundamento para desarrollar la presunción de **que el sistema jurídico está compuesto por normas abstractas y generales (estructura formal); y para legitimar la posición de los**

**jueces antes los efectos deslegitimadores que podría tener en la contaminación social y política de la misma.**

Los autores realistas y antiformalistas tienden a presentarse como un movimiento crítico y desenmascarador. Ante el recelo de una decisión jurídica libre, nace una visión iuspositivista conciliadora, **el legalismo**.

**NEIL MACCORMICK ha redefinido el legalismo como la posición jurídico-política de acuerdo con la cual las cuestiones objeto de regulación y controversia legal (casos difíciles) deberían ser conducidas hasta donde fuera posible de acuerdo con las normas abstractas y generales, pero a partir de este límite dependerá de la capacidad subjetiva y hermenéutica del juez.**

**PAC 3.**

*3. No son excluyentes, como se puede observar en mi respuesta 2. En el legalismo. el positivismo moderado se utiliza al principio para los casos fáciles y difíciles (es decir, al ser moderado ya es compatible con valores y por ende, con el iusnaturalismo); pero, en los casos difíciles donde el positivismo moderado nos da varias soluciones entra el factor realista (realismo jurídico) y antiformalista que implica una subjetividad e interpretación por parte del juez.*



## BLOQUE 2. ANÁLISIS NORMATIVO

### I. EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS JURIDICAS.

#### 1. ANÁLISIS DEL SIGNIFICADO Y FUNCIONES O USOS TÍPICOS DEL LENGUAJE

Se puede afrontar el estudio de las normas jurídicas desde diversas perspectivas, nos vamos a centrar en dos extremos, el sociológico u el científico.

- Desde el punto de **vista sociológico, se parte de la función comunicativa de las normas jurídicas como medios de orientación de la conducta social de los individuos**. El análisis de las normas jurídicas gira en torno a los aspectos pragmáticos del lenguaje (la *pragmática* se ocupa de los fenómenos lingüísticos en tanto que actos de habla y estudia el origen, el uso y los efectos que persiguen tales actos lingüísticos).
- Desde el punto de **vista científico o técnico, el jurista se interesa sobre todo por el contenido locutivo de las normas jurídicas. Esto es, la forma sintáctica y el contenido semántico del enunciado normativo**.

Ahora bien, cuando analizamos rigurosamente una norma jurídica no podemos atender solo a un punto de vista, **sino que debemos poner en relación ambos aspectos del significado de las normas jurídicas para realizar un análisis lo mas completo posible**.

El análisis de los actos lingüísticos se complica notablemente cuando se toman en consideración los aspectos pragmáticos del mismo, por lo que vamos a clasificar los usos típicos del lenguaje en tres funciones:

- Función descriptiva del lenguaje.** Se utiliza para referirse a un conjunto plural de usos lingüísticos **que describen hechos o estados de las cosas**. Son enunciados o proposiciones que siempre tienen **un referente empírico mediante el cual podemos verificar su verdad o falsedad**.
- Función expresiva del lenguaje.** Se utiliza para referirse a un conjunto plural de usos lingüísticos que **expresan sentimientos**. No es posible ni suficiente realizar una crítica de los mismos en términos de verdad o falsedad, **es más conveniente hablar de fortuna o eficacia del uso para contrastar hasta qué punto y cómo se realiza la función significativa del mismo, ya sea despertando emociones y sentimientos o modificando sus actitudes**.
- Función directiva del lenguaje.** Se utiliza para referirse a un conjunto plural de usos lingüísticos cuya función consiste **en dirigir u orientar comportamientos** (un cambio de actitud y un movimiento a la acción en un determinado sentido). Existen varias clases: consejos, instrucciones, mandatos, órdenes, etc. Como en el uso expresivo, no se puede criticar los usos directivos del lenguaje con criterios de verdad o falsedad, **se puede criticar según funcione o no el acto lingüístico. (es correcto si se dan unos presupuestos básicos como que el receptor entienda la orden o el consejo)**. También existen otros criterios que no son determinantes en la existencia y en la eficacia pero si suponen un cierto *desvalor* en el uso (inoportuna, refleja cierto autoritarismo...).

## 2. EL USO DEL LENGUAJE PARA FIJAR NORMAS JURIDICAS.

A. **Uso directivo prescriptivo.** El derecho es un sistema normativo compuesto por normas primarias y secundarias que organizan un sistema complejo de orientación coactiva de la conducta y que se caracteriza por generar márgenes importantes de seguridad y flexibilidad. **Las obligaciones jurídicas por lo tanto son explícitas e ineludibles. De modo que, el lenguaje jurídico es directivo y prescriptivo (uso directivo específico), es decir, las normas jurídicas son prescripciones** (se asemejan más a órdenes y mandatos que a consejos, peticiones, etc.

### B. La especificidad del uso prescriptivo del lenguaje.

- i. Las normas jurídicas se diferencian de otros usos prescriptivos del lenguaje por su *contenido o elemento vocativo*, es decir, **por su contenido abstracto y su sujeto pasivo general**
- ii. **La autoridad que emite o respalda y controla el cumplimiento de las obligaciones que establecen las normas jurídicas es una autoridad característica: validez atribuida por una norma de reconocimiento.**
- iii. La autoridad normativa de las prescripciones jurídicas no precisa ser reconocida por todos los sujetos a los que éstas van dirigidas. **Basta con que esa autoridad sea reconocida por el aparato coercitivo que controla su aplicación coactiva.**

## II. ALGUNAS CARACTERISTICAS DEL LENGUAJE LEGAL.

Las normas jurídicas, con independencia de su carácter prescriptivo, buscan ser eficaces **persuadiendo (expresamente)**. Por lo tanto, el uso del lenguaje para formular normas jurídicas es un *uso táctico* que se divide en:

- **Uso emotivo**, cuando, simplemente, se recurre a definiciones y expresiones persuasivas para facilitar la aceptación inmediata de las pautas de comportamientos establecidas en las normas jurídicas. Ej: Definiciones y expresiones persuasivas –"burocracia", "administración" o "servicio público.
- **Uso ideológico**, cuando el uso emotivo del lenguaje apela a elementos de carácter ideológico. Ej: Términos —"libertad", "igualdad", "democracia", etc.— y expresiones —"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho", art. 1.1. CE;

El lenguaje legal también se caracteriza por el alto grado de abstracción del contenido de las mismas y el recurso constante al uso de conceptos indeterminados.

- **Alto grado de abstracción.** Está determinado por el **carácter abstracto y general de la mayoría de las normas jurídicas**. Es necesario porque se establecen para regular un conjunto de hechos típicos (con ciertas características), de una forma general (no a un individuo concreto), y con la **voluntad de perpetuarse en el tiempo.**

- **Uso de conceptos indeterminados.** Su utilización está relacionada en parte con lo anterior, pero también es un **recurso técnico para definir hipótesis normativas básicas.** En sentido estricto, se suele identificar como **conceptos indeterminados aquellos a los que se recurre con el fin de generar un indeterminación voluntaria del contenido normativo que habrá que ser especificado a tenor de las circunstancias del caso concreto.** Cuando tienen un trasunto valorativo (“buena fe”, “moral pública”, etc.) se llaman **estereotipos.**

### III. CRÍTICA DE LAS NORMAS JURIDICAS: VALIDEZ, VIGENCIA, EFICACIA Y VALOR.

La crítica general de las normas jurídicas debe basarse en su función, es decir, se trata de saber si estas son **correctas o incorrectas**, si cumplen correctamente o no su función. **No tiene sentido la crítica en términos de verdad o falsedad por la falta de referente** (en la ciencia el referente es el empírico: “El bolígrafo esta sobre la mesa”; “El bolígrafo que esta sobre la mesa es mío” referente metafísico o imaginario).

Sin embargo, aunque no tengan referente empírico, **los enunciados normativos jurídicos son usos directivos del lenguaje** (se realiza con una intención comunicativa, busca producir unos efectos influyendo en la conducta de los sujetos a quienes se dirige) **y tienen una fuerza significativa específica.**

Podemos adoptar varias perspectivas para la crítica: **validez** (determinar si la norma jurídica tiene fuerza significativa); **vigencia** (si se dan las condiciones para su realización); **eficacia** (si surte efecto, si se realizan los objetivos perseguidos); **valor** (si es justa o injusta).

#### 1. VALIDEZ.

**La fuerza significativa de una norma jurídica, su carácter prescriptivo (obligación) se corresponde con el reconocimiento de la norma como perteneciente al sistema jurídico** (mediante normas secundarias de reconocimiento o producción).

La validez de las normas jurídicas determina su **obligatoriedad en sentido jurídico**, es decir, la obligación de cumplirlas voluntariamente o, alternativamente, la obligación para los órganos competentes de aplicarlas coercitivamente.

Más que un simple criterio de corrección, la validez de una norma jurídica es una condición necesaria de su **existencia.**

El procedimiento a seguir para saber si una norma jurídica es válida es el siguiente:

- Aclarar si la norma tiene el respaldo de la autoridad del sistema jurídico.**

- ii. **Comprobación de que no existe ningún vicio de nulidad** (falta de normas de reconocimiento y producción).
- iii. **Considerar si la norma esta derogada o no.** La derogación pone termino a la validez de la norma jurídica (pierde su fuerza significativa), puede producirse explícitamente o implícitamente, en cuyo caso el jurista deberá buscar la compatibilidad con otras normas de igual o superior rango jerárquico.( **Deber estar vigente para que se considere valida**)

## 2. VIGENCIA.

Una norma jurídica tiene vigencia cuando, además de las circunstancias formales sobre las que descansa el reconocimiento de la validez de una norma dentro del sistema jurídico, se dan todos **los demás requisitos formales necesarios para que la fuerza significativa de esa norma jurídica cobre y mantenga plena relevancia.**

Los requisitos formales son tres:

- i. Los requisitos de **publicidad** que establecen las normas de segundo grado del sistema jurídico que suelen consistir en su publicación o exposición oficial (BOE, BOC autónomas) y en el transcurso de un periodo más o menos amplio de *vacatio legis* (20 días de su publicación).
- ii. Las circunstancias **de espacio y de tiempo** que eventualmente puedan condicionar su vigencia. Son especialmente: las *normas jurídicas retroactivas* (solo aquellas que no restringen o sancionan derechos individuales 9.3CE) que retrotraen la eficacia de la norma jurídica y no su validez; y las normas jurídicas que establecen *un plazo de vigencia* determinado.

## 3. EFICACIA.

La eficacia tiene que ver con **la realización de la fuerza significativa de las normas jurídicas y las condiciones de oportunidad que la afectan.** En consecuencia, la crítica que atiende a la eficacia de las normas jurídicas nos informa sobre las *circunstancias de oportunidad* que hacen que una norma despliegue o no despliegue de hecho su fuerza significativa.

Las circunstancias de oportunidad pueden ser objetivas, sistemáticas o subjetivas:

- **Objetivas.** Una norma jurídica puede ser ineficaz porque determinadas condiciones o circunstancias objetivas de oportunidad hagan irrealizable o superflua la prescripción jurídica que contiene esa norma. Ej: las leyes de excepción (solo se aplican en caso de epidemias, desastres, etc.).
- **Sistemáticas.** Determinadas circunstancias sistemáticas o técnico-jurídicas pueden hacer ineficaces para ciertos casos específicos las

prescripciones de ciertas normas jurídicas de carácter general. Ej. art. 57.1 de la CE, establece una clara discriminación de la mujer en la sucesión a la corona, sin embargo el art.14 de la CE establece el principio de igualdad con carácter general.

- **Subjetivas.**

- La aceptación de la prescripción de la norma jurídica por los sujetos a los que se dirige de forma directa o indirecta.
- La no aceptación de la norma jurídica, el rechazo de su obligatoriedad, y la renuncia a su aplicación coactiva por las autoridades jurídicas competentes puede dar al traste con la eficacia de una norma jurídica.

**Efectividad de la norma jurídica:** eficacia inmediata de la misma medida en términos de cumplimiento y/o aplicación coercitiva. Se distingue entre *eficacia causal* y *eficacia formal*, la primera hace referencia a la efectividad y la segunda se centra exclusivamente en la fuerza significativa de la misma.

**Es tarea propia de la Sociología del derecho o de la Criminología.**

#### 4. VALOR.

Se trata de indagar sobre **cómo se realiza la función significativa de la misma y cuál es el juicio de valor de quien realiza la crítica sobre sus consecuencias.**

La crítica axiológica de las normas jurídicas no tiene un carácter técnico o metodológico en sentido jurídico. En consecuencia, la crítica tiende a basarse en **juicios de valor sin referencia empírica.**

Los resultados de la crítica axiológica se centran en la norma jurídica **es justa o injusta**, pero no solo atendiendo a criterios morales y religiosos sino también a ideológicos y sociales.

**Las críticas de validez y del valor de las normas jurídicas son independientes.** La reducción de la crítica del valor a la crítica de validez es un error de algunas teorías *positivistas del derecho*; asimismo, la reducción contraria es propia de concepciones *iusnaturalistas* del derecho.

En conclusión, la existencia de normas jurídicas validas justas e injustas no **encierra ninguna contradicción dado que una crítica excluye a la otra**, aunque la crítica de la validez tenga una prioridad lógica.

## IV. EL ESQUEMA FORMAL DE LA NORMA JURIDICA.

1. SUPUESTO DE HECHO Y CONSECUENCIA JURÍDICA.

El esquema formal que representa la estructura jurídica en la teoría y la ciencia del derecho tradicional se reduce a la mera imputación de consecuencias jurídicas a unos hechos concretos. Por lo tanto, la norma jurídica está compuesta de dos elementos:

**“Si es A; debe ser B”**

Siendo A el supuesto de hecho y B la consecuencia jurídica.

**La relación entre A y B es una relación lógica, pero no causal**, la realización de A no presupone que vaya a suceder un evento B de manera necesaria (*si se realiza A, deber ser o debe hacerse B*).

Existen dos interpretaciones de la fórmula que acabamos de plantear:

- **El derecho se caracteriza sobre todo por ser un orden coactivo.** Toda norma jurídica independiente existen dos elementos: un *precepto* que establece la obligación de comportarse de una determinada manera y una *sanción* que refuerza coactivamente esa obligación.
- Frente a las varias objeciones que se han hecho a la primera interpretación, se propone **ampliar** los estrechos límites de una concepción basada únicamente en las funciones coactivas del derecho. Por lo tanto, A representaría un *supuesto de hecho abstracto* y B una *calificación o consecuencia jurídica* que nos dice que algo es obligatorio o que algo puede exigirse con fundamento jurídico.

Según la última interpretación:

- **Supuesto de hecho:**
  - Previsión" o "anticipación hipotética" de una realidad futura formulada por medio del lenguaje.
  - Prefiguración conceptual en la que se describen hechos o estados de cosas de manera abstracta y general: "tipos" o "clases" de acciones, hechos o estados de cosas.
  - Los supuestos de hecho de las normas jurídicas se refieren a: acciones humanas, formas de relación intersubjetivas, tipos de acontecimientos o estados de cosas naturales, y a situaciones de estado de carácter personal.
- **Consecuencia jurídica:**
  - Es una previsión conceptual abstracta sobre algo que deberá hacerse, o mejor dicho, sobre como deberán calificarse las acciones hechos o estados de cosas que encajen en el supuesto de hecho de esa norma jurídica.

- Es siempre una previsión conceptual sobre *obligaciones y derechos o facultades* que han de concretarse según las **circunstancias particulares** que están incluidos en el supuesto de hecho abstracto.

## 2. POSTULADOS DEL ESQUEMA NORMATIVO.

La representación simbólica de la norma jurídica mediante la fórmula “supuesto de hecho-consecuencia jurídica”, presupone que las normas jurídicas son **independientes** (con A y B) y **completas** (no se necesita integrar su A y B con otras referencias normativas).

Sin embargo, **esta es una concepción basada en una estructura ideal de una norma jurídica, es una construcción intelectual**. De facto, el jurista es el encargado de reconstruir una norma jurídica ideal para calificar jurídicamente un hecho y fijar sus consecuencias.

Responde a las exigencias teóricas del **método de subsunción**. La finalidad de la labor del jurista es calificar unos determinados hechos brutos para establecer cuáles son sus consecuencias jurídicas (*Si h vale como A, deber ser B*).

Este es un modelo válido para andar por casa, **limitado** por su propia concepción metodológica e insuficiente para analizar los preceptos jurídicos de los textos legales.

## V. PRINCIPIOS Y NORMAS.

Partimos de dos ejemplos:

- [5] La Constitución garantiza... el principio de jerarquía normativa,... (art. 9.3 CE).
- [5.1] Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior (art. 1CC).

**Tesis fuerte:** diferencias en términos de estructura normativa y lógicas, que hace que no puede hablarse de normas en el caso de los primeros (principios).

**Tesis débil:** Los principios son normas con mayor grado de abstracción y generalidad y –en su caso– relevancia político-moral o técnico-jurídica (es decir más básicos o fundamentales).

Atendiendo a su tima en consideración o **aplicación** (es la clave) se ha insistido en otro tipo de diferencias:

- *Dimensión del peso o importancia* que hace que entre principios y normas exista una distinción lógica. (principal)
- **De esta forma, los principios serian normas que contienen mandatos de optimización y se caracterizarían porque pueden ser cumplidos en diversos grados, mientras que las normas en sentido estricto exigirían un cumplimiento pleno y solo pueden ser cumplidas o incumplidas.**
- **Dworkin consideraba que los derechos fundamentales actuaban como principios contenidos en normas jurídicas y se podían cumplir en diversos grados, se podían “ponderar”.**

Sin embargo, los planteamientos teóricos incurren en **varios errores**: la simplificación excesiva del concepto de principios, ya que si lo anterior es cierto en algún tipo de principios no lo es en todos (en el caso de la optimización y en la tesis, hacen caso omiso a las transformaciones del derecho y funciones en relación con fines, objetivos y valores sociales).

## VI. TIPOLOGÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Existen varias clasificaciones o distinciones:

### 1. Principios sistemáticos y principios extra-sistemáticos.

- *Sistemáticos.* Los principios cuyo valor normativo es objeto de reconocimiento por una o varias normas del ordenamiento jurídico.
- *Extra-sist.* Principios morales, políticos, etc., de gran relevancia en una comunidad jurídica- política pero carentes de validez jurídica.

### 2. Principios explícitos y principios implícitos.

- *Explícitos.* Están formulados explícitamente en uno o diversos preceptos del ordenamiento jurídico.
- *Implícitos.* Se extraen del ordenamiento jurídico, están presentes en un conjunto más o menos amplio de los preceptos del mismo y que para ser eficaces precisan de un reconocimiento o identificación por parte del



Tribunal Constitucional (p. constitucionales) o el T Supremo (p. generales del derecho).

### 3. Principios normativos y directrices.

- *Normativos en sentido estricto.* Establecen, con independencia de su alto nivel de “genericidad”, razones para la acción o para la decisión jurídica en términos disyuntivos (se identifican con la concepción liberal de la formulación de derechos y libertades como prohibiciones o normas negativas) Ej: art 14 CE
- *Directrices o normas pragmáticas.* Establece la obligación de perseguir un fin, pero sin decir nada de los medios para alcanzarlo ni de los mecanismos jurídicos para exigir su cumplimiento y eficacia. Se corresponden con el “mandato de optimización” Ej : art 9,2 CE

## BLOQUE III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

### I. CULTURAS JURIDICAS Y MODOS DE PRODUCCION NORMATIVA.

En la terminología habitual de los juristas, los modos de producción normativa de un determinado sistema jurídico se denominan **fuentes del derecho (Son hechos o procedimientos reconocidos dentro de un sistema jurídico como válidos para fijar o establecer normas jurídicas, es decir, que “crean” derecho).**

La **estructura del sistema** de fuentes del derecho vienen determinada por la existencia de un conjunto más o menos amplio de normas de segundo grado para determinar cuáles son los procedimientos válidos para formular o reconocer normas jurídicas.

Al fin y al cabo, las fuentes del derecho son **mecanismos sociológicos de legitimación**, procedimientos aceptados como válidos para modificar o crear normas dentro de una comunidad.

Los sistemas jurídicos se pueden agrupar en dos grandes familias jurídicas:

- La familia romano-germánica o continental.** Se basan en la supremacía de la ley como fuente del derecho (superlegitimación).
- La familia de la Common Law anglosajona.** Derechos jurisprudenciales en donde la costumbre tiene una gran importancia, la fuente del derecho principal es el precedente judicial.

#### 1. LA COSTUMBRE JURIDICA

Las costumbres —jurídicas— son fuente del derecho en nuestro ordenamiento (art. 1 CC).

1.3 CC: “La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria, a la moral o al orden publico y que resulte probada”:

**Nos referimos a un tipo particular de costumbres que prescriben reglas de conducta jurídicamente relevantes.**

**Norma jurídica consuetudinaria.** Requisitos para que una práctica social sea tenida como norma por los órganos que aplican el derecho:

- **Repetición uniforme y generalizada de una conducta**
- **Aceptación de la costumbre como algo obligatorio.**

En el derecho continental, tiene que estar reconocida por la ley.

## 2. LA LEY

### A. EL PARADIGMA LEGAL DEL DERECHO.

**La ley es un derecho “creado”, frente a la costumbre que es “hallado”.** El derecho legal es obligatorio, escrito, explícito, se considera racional y perfecto, con soluciones precisas y ciertas para cualquier caso sobre el que haya que tomarse una decisión jurídica.

**El hecho de ser una obligación de decidida, creada por un acto de voluntad singular o colectiva** es la característica fundamental de los preceptos establecidos mediante leyes. Ya que el carácter escrito no es suficiente en sentido moderno.

- **Corpus iuris (recopilación justiniana del derecho romano)** es definido cuando se recupera en el S-XII de *ratio scripta*, un *donum Dei* (hallado).
- **El derecho propio de los reyes pre moderno**, considerado como un mero ejercicio del *ius dicere* (derecho a decidir).

### Paradigma legal moderno.

- Con la consolidación de las formas modernas del Estado, el derecho pasa a ser considerado como producto del poder, el *ius positum*, el derecho puesto o positivo, emana de una voluntad soberana particular y el texto de la ley aparece como algo creado y no como algo hallado, descubierto o revelado.

### B. LEYES EN SENTIDO ABSTRACTO Y EN AMPLIO.

**Ley en sentido estricto.** La ley es una norma elaborada por el Parlamento (poder legislativo) por el procedimiento formalmente previsto.

**Ley en sentido amplio.** Engloba la ley en sentido estricto y las disposiciones generales o reglamentos que emanan de los órganos administrativos con potestad reglamentaria.

**Disposiciones generales o reglamentos:** normas jurídicas más concretas, dentro del marco general establecido por las leyes en sentido estricto. Los reglamentos deben adaptarse en todo caso a los márgenes que establecen las leyes en sentido estricto a las que

desarrollan o concretan. Tienen un rango inferior a las leyes emanadas de los órganos del poder legislativo, a las que no pueden contradecir.

### 3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

**Los principios generales del derecho son fuente formal del derecho en nuestro sistema jurídico (art. 1 CC).**

**1.4 CC. “Los principios generales del derecho se aplicaran en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del sistema jurídico”.**

Tipología de los principios generales del derecho:

- Principios susceptibles de extraerse de una norma o de un conjunto definido de normas.
- Principios extraídos de la totalidad de las normas que configuran una parte del ordenamiento jurídico.
- Principios susceptibles de ser inferidos a partir de la naturaleza de una relación o institución jurídica.
- Principios ínsitos en las convenciones morales e ideológicas más arraigadas dentro de una sociedad, cuando han sido reflejadas o han encontrado acomodo en algún texto legal y en particular en los textos constitucionales (fuente legal o constitucional).

### 4. LA JURISPRUDENCIA (P.JUDICIAL).

Sistemas jurídicos basados en el "**Common Law**":

Aunque las fuentes legales del derecho tienen una importancia sociológica importante, la costumbre y el derecho jurisprudencial siguen siendo las fuentes por excelencia en estos sistemas jurídicos.

El precedente judicial es la fuente más característica de este tipo de sistemas jurídicos. Precedente judicial: **Principios jurídicos aplicados con anterioridad para resolver casos análogos al que se ha de resolver.**

Son *vinculantes*: tan obligatorios como la ley o la costumbre en los países continentales.

La razón sobre la que se apoya la decisión judicial, la *ratio decidendi*, solo puede fundamentarse en el sistema español en las fuentes del derecho (ley, costumbre, pgenerales del derecho), la jurisprudencia es parte de los *obiter dicta* o argumentos adicionales.

## II. FUENTES LEGALES EN SENTIDO ESTRICTO.

El paradigma legal del derecho situó la ley en el lugar central del sistema jurídico, un concepto de ley relativamente simple, basado en el modelo de la codificación y la legislación parlamentaria. Como mucho se distinguía entre leyes en sentido estricto y leyes en sentido amplio.

Desdibujamiento del paradigma tradicional: (mayor complejidad)

- Mayor cantidad y diversificación creciente de las fuentes legales del derecho.
- Mayor peso de las fuentes del derecho de origen supraestatales – integración en la Unión Europea.
- Procesos de autogobierno y/o descentralización.
- Degradación formal de los instrumentos normativos del derecho regulativo.

**Fuentes legales en sentido estricto (estatales): Constitución, ley ordinaria, ley orgánica, Decreto-ley, Decreto-legislativo.**

A. La Constitución

- **La Constitución es fuente del derecho, en consecuencia, obliga tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos.**
- **Constitucionalidad del ordenamiento jurídico:** Todos los poderes, incluidos los poderes legislativos, deben someterse, deben actuar dentro del marco que establecen las normas y los principios constitucionales. Como consecuencia, la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico anulan la validez de cualquier norma jurídica que esté en contradicción con los mismos.
- **Los preceptos y principios constitucionales** (tienen máximo rango y producen los mismos efectos que las demás normas, aunque la efectividad de algunos dependen de su desarrollo legislativo posterior como en el art 39) **pueden ser alegados y aplicados generalmente por los jueces y tribunales, dejando a salvo las excepciones que la misma Constitución contempla** (art. 53.3 CE, como ejemplo).

B. Ley Ordinaria y Ley Orgánica.

- La categoría de ley ordinaria es la categoría general el tipo básico de ley.
- Las **leyes orgánicas (art. 81 CE) son aquellas “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Se exige un porcentaje de acuerdo superior al de las leyes ordinarias: la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final de conjunto (art. 81.2. CE).**
- No existen diferencias de grado o jerarquía entre las leyes ordinarias y las leyes orgánicas, **la prevalencia de las segundas depende del principio de competencia.**

C. Decreto Ley

- Decretos-leyes (**art. 86 CE**), son producidas por el Gobierno, tienen rango o valor de ley.
- En supuestos excepcionales y limitados.
- Además de exigirse el requisito la "extraordinaria y urgente necesidad", se suelen establecer límites muy precisos. Además, el art. 86.2 establece un plazo perentorio para la revisión parlamentaria de los mismos (30 días).

D. Decreto legislativo

- Decretos legislativos (**arts. 82-85**), son producidos por el Gobierno, tienen rango de ley.
- No deben ser confundidos con los Decretos-leyes.
- En los decretos legislativos son las Cortes Generales “delegan” en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley: (**leyes de delegación**)
  - mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados.
  - mediante una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno sólo (art. 82 CE).

Rango inferior a la ley (en el sistema de fuentes): **Reglamentos**

Disposición de carácter general dictada por el Gobierno en virtud de la potestad que le atribuye el **art 97 CE** y que tiene por misión esencial garantizar la ejecución de la ley.

La potestad reglamentaria corresponde al Gobierno, a través de los órganos que lo integran: el Consejo de Ministros o los Ministros. También, en virtud de los EEAA, los Consejeros o Gobiernos de las CCAA pueden ejercer la potestad reglamentaria en el ámbito de sus respectivas competencias.

Podemos distinguir:

**a) Real Decreto:** disposiciones aprobadas por el Presidente del Gobierno o por el Consejo de Ministros y expedido por el rey. Cuando sean los Presidentes o los Gobiernos de CCAA se conoce por Decreto.

**b) Orden (Ministerial o de Consejería):** disposiciones aprobadas por los demás órganos que integran el Gobierno.

Los reglamentos se someten al principio de jerarquía y al de legalidad, de tal forma que ningún reglamento puede vulnerar otro de jerarquía superior así como ningún reglamento puede vulnerar la ley.

Corresponde su control a la jurisdicción ordinaria (art. 106 CE). En caso de comprobar la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento, en virtud del principio de jerarquía normativa, los jueces y tribunales deben inaplicarlo (art. 6 LOPJ).

FUENTES DE ORIGEN SUPRAESTATAL. Derecho internacional o tema 10 pág. 14,15 constitucional.

PRODUCCION LEGISLATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTONÓMICAS: pág. 16 tema 10 constitucional.

## III. FUENTES CONTROVERTIDAS.

1) Las decisiones judiciales y la jurisprudencia 2) Los reglamentos y actos administrativos (La producción de normas al margen de la organización estatal, particulares).

### 1) Las decisiones judiciales y la jurisprudencia.

**La jurisprudencia no es fuente del derecho en el ordenamiento jurídico español.** En toda sentencia judicial hay que diferenciar dos partes: el *fallo*, la decisión judicial propiamente dicha; la *ratio decidendi*, la interpretación de las fuentes jurídicas sobre las que se basa la decisión. Solo puede formar parte de la *obiter dicta* o argumentación adicional (y también como argumento hermenéutico).

Según el art. 1.6 del CC. la jurisprudencia es la "doctrina que de un modo reiterado" establecen ciertos tribunales "al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"

El **artículo 1.1 y 1.6 del CC** excluyen la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho en sentido formal, como norma abstracta y general. La jurisprudencia no crea normas jurídicas abstractas y generales que vinculen obligatoriamente a esos órganos o a otros órganos de la Administración de justicia.

De otro modo chocaría con lo dispuesto en el art. 12.3 de la LOPJ en el que, con la finalidad de preservar la independencia funcional de jueces y magistrados, se impide a cualquier juez o tribunal "dictar instrucciones de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

### 2). Reglamentos y actos administrativos.

Nadie discute que los **reglamentos contienen normas jurídicas –abstractas y generales**. Aunque es un tema largamente discutido, puede sostenerse que los **actos administrativos, o mejor dicho, las decisiones que contengan los actos administrativos también han de ser consideradas normas jurídicas –son normas jurídicas particulares y concretas**.

Tienen que estar de acuerdo con ciertos requisitos y dentro del marco regulativo general.

Además de ese marco general regulativo suele existir una **norma de reconocimiento explícita que determina su validez y las respectivas normas de producción que establecen los requisitos necesarios para su consideración como tales**.

Ejemplo: El art. 1091 del CC establece que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor literal de los mismos" y el art. 1261 CC, entre otras normas de producción más o menos generales, determina que "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes.- 2º Objeto cierto que sea materia del contrato.- 3º Causa de la obligación que se establezca". La existencia de éstas y otras normas de segundo grado determina que los preceptos jurídicos que se producen al amparo de las mismas sean vinculantes, esto es, que sean tenidos por obligaciones jurídicas y pueda acudir ante las instancias judiciales y administrativas competentes para reclamar su aplicación coercitiva.

## VI. LA ESTRUCTURA SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

## 1. LA CONCEPCIÓN SISTEMÁTICA

a. Orígenes

La concepción sistemática del ordenamiento jurídico es una concepción científica, es una construcción intelectual que viene ligada al propio desarrollo de la ciencia jurídica.

Ni el **derecho romano**, ni la **ciencia jurídica medieval** permiten vislumbrar una concepción sistemática del ordenamiento jurídico. Son derechos casuísticos. Puede hablarse de cierto *sistema externo*, es decir, de un sistema didáctico o dogmático de la ciencia jurídica.

La *concepción interna de sistema* (que proyecta las cualidades sistemáticas a la propia producción legislativa y a la deducción lógica de soluciones a partir del conjunto de normas abstractas y generales del ordenamiento jurídico) no se da hasta el **“Derecho natural racionalista o moderno”**. El racionalismo, en el ámbito del derecho, es un intento de aplicar el método matemático a los problemas jurídicos. Se reduce todo el derecho romano y la jurisprudencia medieval a unos cuantos axiomas o principios básicos del *derecho natural*, que permitiría mediante un juego lógico-deductivo resolver cualquier caso hipotético que se presentase (plenitud y coherencia).

b. Concepción estática y dinámica del sistema jurídico**-Concepción estática. Friedrich K. von Savigny. Jurisprudencia de conceptos (siglo XIX).**

- La construcción sistemática busca el desarrollo de la unidad a partir de la variedad.
- Sistema jurídico como *sistema de contenidos*, es decir, como un sistema conceptual.
- El “derecho” es algo más que la suma de las normas jurídicas existentes (holismo). Hay un derecho abstracto, profundo, racional que vive en la *conciencia* del pueblo.
- El jurista científico busca la expresión de esa totalidad ideal a través de la *“construcción”*. (1. Investigar la esencia de las instituciones jurídicas-propiedad, posesión, etc.-:2. Integrar las instituciones jurídicas en un cuerpo más amplio: la *totalidad* del ordenamiento jurídico, descubriendo los principios comunes a las instituciones que configuran el ordenamiento jurídico).
- La concepción del sistema jurídico en la jurisprudencia de conceptos es una concepción estática que postula la búsqueda de los principios que articulan profundamente, sistemáticamente, los contenidos normativos del ordenamiento jurídico.

**-Concepción dinámica. Hans KELSEN. Escuela jurídica vienesa.**

- El ordenamiento jurídico es un sistema de actos normativos o preceptos escalonados gradual o jerárquicamente que configuran un conjunto unitario y sistemático de normas.
- El ordenamiento es una de *“Pirámide Normativa”* una construcción escalonada de normas en cuyo vértice hay una norma hipotética

fundamental y cuya base estaría formada por normas concretas e individuales.

- El ordenamiento jurídico se estructura sistemáticamente a partir de su propia *unidad lógica*. La unidad sistemática se contempla como una unidad formal que se construye a partir de las cadenas de validez en cascada que legitiman la producción normativa en los diferentes niveles del sistema.

c. Concepción sistemática y racionalidad del legislador: Coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

La concepción sistemática del ordenamiento jurídico ha desempeñado un papel decisivo en la configuración del postulado de la racionalidad del legislador, una especie de *imagen mito-lógica*.

El legislador omnisciente y perfecto, los preceptos que se derivan de su voluntad suprema configuran un todo pleno y coherente (un ordenamiento normativo con soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso).

Esta concepción se ha ido transformando a los largo del s.XIX y XX. Quizá los juristas no creen en la racionalidad *de facto* del legislador, pero actúan como si el legislador fuese racional (siguiendo un *principio cuasi-hipotético*).

La concepción sistemática y la racionalidad del legislador tienen como consecuencia:

**-Dogma de la coherencia.** El ordenamiento jurídico es coherente: (no hay contradicción)

- Técnica y semántica, del uso técnico y las palabras de la ley.
- Científica o dogmática
- Consistencia sistemática (*estática*: concepción de la ley como expresión de una lógica de voluntad coherente; *dinámica*: el ordenamiento jurídico como una estructura de normas coherentes).

**-Dogma de la plenitud.** El ordenamiento jurídico es pleno, no tiene *lagunas*. El juez debe proceder como si el ordenamiento jurídico fuese completo, limitándose a buscar la solución al caso en el ordenamiento jurídico (sin crear derecho).

## 2. ESTRUCTURA SISTEMÁTICA Y UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

### a) Fundamentaciones teóricas de la unidad del ordenamiento jurídico

Si existe una enorme cantidad de normas jurídicas vigentes y asumimos la complejidad formal del conjunto de las mismas, ¿Dónde descansa la unidad del ordenamiento jurídico?

**-Concepción estática. F. C Von SAVIGNY.** La unidad del ordenamiento se compara con la unidad de un "organismo". El OJ se concibe como una *totalidad orgánica*.

**-Concepción dinámica.** Se adaptan mejor al concepto de derecho actual. La unidad del OJ estaría estrechamente relacionada con la producción y los criterios de pertenencia al mismo.

**A) JOHN AUSTIN.** Ordenamiento jurídico: conjunto de disposiciones legales dadas por *un* legislador. La unidad la determina el origen o la fuente última de las normas jurídicas. Esta fuente última se corresponde con el



*poder soberano* que actúa como legislador originario del que emanan como fuente última todas las normas del OJ.

**B) HANS KELSEN.** La unidad del ordenamiento jurídico descansa sobre la *norma hipotética fundamental o norma hipotética básica*. Descansa sobre el fundamento supremo unitario de la validez de las normas del OJ.

**C) H.L.A HART.** La explicación de Kelsen es buena pero presenta la dificultad de la norma hipotética fundamental. HART sustituye esta norma jurídica por un concepto nuevo, *la norma de reconocimiento*. No es un mero postulado teórico, es una norma positiva o una consuetudinaria seguida por las instancias que aplican el derecho. La norma de reconocimiento tiene una función individualizadora al establecer cuáles son las normas del OJ y, al mismo tiempo, definir el ámbito de su validez distinguiendo el OJ de otros con los que pueda estar relacionado. Aunque considera que es *única*, acepta que ésta puede reconocer varias fuentes independientes.

b) Cadenas de validez

Cuando hablamos de unidad del OJ nos referimos en última instancia a una **estructura unitaria de normas de reconocimiento y normas de producción a partir de las que se establece cuáles son las normas que pertenecer al OJ (existencia) y cual es su rango u orden de prevalencia.**

Así, una norma jurídica sería *válida formalmente* si ha sido creada por el órgano competente y según los procedimientos establecidos por las normas que autorizan su producción; es *válida materialmente* si la regulación que establece respeta los límites normativos y el contenido de las normas que autorizan su creación.

Las cadenas de validez de un ordenamiento jurídico tienen su origen en la *norma básica del mismo*, que en nuestro caso es la Constitución española de 1978. Con frecuencia las cadenas de validez son extraordinariamente complejas y se articulan sobre la base de normas de reconocimiento y de producción contenidas en varios y muy diferentes textos con valor normativo, aunque en última instancia tienen su origen en algún precepto constitucional.

c) Los principios de jerarquía y competencia normativa

Las cadenas de validez son el resultado de la conjunción de varios principios, de entre los que pueden destacarse dos:

- **El principio de jerarquía normativa** – gradación jerárquica
- **El principio de competencia** – reserva o reparto de competencias.

En virtud del juego de estos dos principios es posible establecer la prevalencia de una norma jurídica sobre otra.

## BLOQUE IV. LA DECISIÓN JURÍDICA

### I. EL METODO JURÍDICO TRADICIONAL

#### 1. Los postulados fundamentales del método lógico-deductivo:

- A. **Carácter exegético de la labor técnica del jurista.** La labor técnica del jurista consiste en interpretar textos legales para especificar y concretar su significado. El jurista no crea derecho, se limita a aclarar o especificar cuál es la solución jurídica que estaría prevista de antemano en una norma jurídica abstracta y general.
- B. **La aplicación del derecho como un procedimiento de subsunción.** Especificar el significado abstracto y general de una norma jurídica a tenor de los hechos del caso concreto sobre el que se ha de tomar la decisión. Mediante un *silogismo práctico* en el cual la premisa mayor es siempre una norma abstracta y general y la premisa menor los hechos concretos fijados por el juez; la conclusión se produciría automáticamente del juego lógico de ambas premisas.
- C. **El ideal de seguridad jurídica.** Se basa en el ideal de certeza del método lógico-deductivo. El método deductivo hace presumir que el significado de la ley es claro y ofrece siempre soluciones consistentes para cualquier caso sobre el que hubiera tomarse una decisión jurídica, sin que el intérprete cree derecho, sin que se añada nada nuevo al significado de la ley.

#### 2. Postulados hermenéuticos del método lógico-deductivo: Culturas del libro.

Los rasgos hermenéuticos de la metodología jurídica tradicional se han desarrollado a partir del modelo de las **culturas del libro y, en particular, a imagen y semejanza de la hermenéutica teológica.**

**Los libros de la cultura jurídica:** *El paradigma del Corpus iuris, El derecho natural racionalista, la Codificación.*

**Los rasgos propios heredados de las culturas de libro son:**

- A. **La centralidad del texto.** La sacralidad del texto, la consideración del texto como un libro sagrado, libro que contiene todas las verdades y que es por definición perfecto. El intérprete no puede introducir ni eliminar nada del texto. La ciencia jurídica actual esta vinculada al texto y a la interpretación dogmática del mismo.

**Evolución:**

- 1. **Edad Media.** El Doctor que glosa o comenta el texto, realiza una exégesis del *Corpus iuris civilis* a través de la actividad hermenéutica. Busca hacerse con el significado, pero con una gran fidelidad al texto (término "letrado": letra dado), solo quien mediante un camino determinado, dominando las reglas de la exégesis, será capaz de emitir interpretaciones válidas.
- 2. **Derecho natural racionalista.** Se resume todo el *Corpus iuris civilis* y sus comentarios en unos principios o axiomas fundamentales, a partir de los cuales mediante deducción se desarrollan los tratados de Derecho

natural racionalista y el marco metodológico que permite explicar como se resuelven los casos. El racionalismo aporta el orden sistemático y la racionalidad formal del Código que hace posible la abstracción, la igualdad formal ante la ley: también la idea de que todo esta previsto en el texto de la ley.

3. **Codificación.** El punto culminante del proceso. La fe en la letra escrita y el ideal de seguridad convierten a las Constituciones y los Códigos en un punto de no retorno. Se cierra el paso al Derecho Natural y a la equidad como medios de heterointegración (métodos de interpretación “externos” del ordenamiento jurídico). La idea es que todo esta en el Código, se produce la superlegitimación de la ley.

Toda esta ideología culminará en la segunda mitad del s.XIX con la Escuela de la Exégesis francesa: “*¡Todo está en el Código!*”.

- B. **La racionalidad del legislador.** Se hace trascender la objetividad de la interpretación más allá de la superficie textual, ligándola a la voluntad de un legislador racional. El racionalismo, desplaza la idea de un legislador antropomórfico (persona) por la fe en una entidad, en un sistema conceptual simplificado capaz de asegurar la coherencia y la plenitud del sistema jurídico. **Entre los atributos del legislador racional caben destacar:** competencia lingüística; actúa de forma lógica, no crea normas que lleven a soluciones absurdas; usa los instrumentos normativos adecuados y es epistemológicamente racional, es decir, tiene competencia técnica (conoce) para legislar sobre todos los ámbitos en los que interviene. (omnisciente y perfecto).
- C. **La autoridad del intérprete.** En los sistemas jurídicos modernos saber y poder se complementan en un sistema integrado de legitimación científica y legitimación burocrática, el experto competente.
- D. **La certeza hermenéutica.**
  - i. Tesis fuerte. Postulado de la existencia de una única solución correcta para cada caso.(Kelsen)
  - ii. Tesis débil. Apuestan por la mejor solución posible, intentan maximizar las expectativas de certeza de la decisión jurídica. (Dworkin, Maccormick...)
- E. **Saber dogmático.** La ciencia jurídica, como todas las culturas del libro, se ha ido configurando como un saber dogmático, cerrado en si mismo, un saber propio de expertos. La configuración de la ciencia jurídica como un orden dogmático tiene una importante función reguladora o de control de las interpretaciones aceptables dentro de un sistema jurídico. La existencia de un saber dogmático permite corregir el texto, pero sin que parezca que se está modificando.

## II. METODO LOGICO-DEDUCTIVO Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS

Dados los postulados reseñados, la metodología deductiva de la concepción tradicional concibe la aplicación del derecho como una labor puramente exegética que se realizaría mediante un procedimiento de subsunción de los hechos sobre los que hay que decidir en una de las normas abstractas y generales del sistema jurídico.

Procedimiento:

1. **Cuestión de hecho.** Reconstruir el caso y las circunstancias más significativas del mismo como una cuestión de hecho, como un problema relacionado exclusivamente con la comprobación fáctica de unos hechos (es fácil). No deben involucrarse en modo alguno cuestiones jurídicas (normas, etc.).

**Crítica:** La reconstrucción de los hechos es una tarea difícil, los hechos pueden ser controvertidos, las versiones de las partes enfrentadas suelen ser muy diferentes, por lo que no solo es importante fijar los hechos sino probarlos.

2. **Cuestiones de derecho.** Se busca la norma jurídica aplicable al caso y se concreta hermenéuticamente si significado a tenor del caso concreto.

**Crítica:** La premisa mayor del silogismo práctico no viene dada de una vez por todas en el sistema jurídica, al no existir en la practica normas jurídicas completas e independientes, se ha de construir la premisa mayor a partir de “trozos” de textos legales. Además, puede ocurrir que existan dudas sobre cuales son las normas jurídicas aplicables.

3. **Decisión jurídica.** Razonamiento encaminado a subsumir los hechos que se han fijado y probado en la norma jurídica para obtener la consecuencia jurídica.

**Crítica:** 1) *El supuesto de hecho* es un tipo abstracto y general, un modelo que prefigura tipos de acciones, acontecimientos o estados de las cosas; mientras que los hechos reconstruidos se refieren a un caso individual que ha tenido lugar en la realidad. 2) La *consecuencia jurídica* de la norma también presenta carácter abstracto, habrá que concretarse a tenor del caso.

## III. CRÍTICAS AL MODELO LÓGICO-DEDUCTIVO.

### Movimientos antiformalistas europeos:

- *Jurisprudencia pragmática:* R. v. Ihering,
- Libre investigación científica del Derecho: F. Géný.
- *Movimiento de derecho libre:* E. Erlich., H. U. Kantorowicz., E. Fuchs.
- *Jurisprudencia de intereses:* Ph. Heck
- *Critical legal studies*

### El realismo jurídico:

- *Americano:* O. W. Holmes. K. Llewellyn. J. Frank
- *Escandinavo:* Olivercrona, Alf Ross.

Críticas en común:

1. **La atención teórica se desplaza de los libros hacia el “derecho vivo”, el “derecho en acción”, a la decisión jurídica.**

2. Se reconoce la necesidad de tener en cuenta **factores externos** (técnicos o axiológicos).
3. **Crisis de los fundamentos mito-lógicos de la concepción tradicional:** el dogma de la plenitud del OJ, la presunción de la existencia de una voluntad racional tras el texto de la ley, la intervención meramente técnica (lógica) del intérprete en la aplicación de la ley, etc. Son rechazadas como ficciones.

### OTRAS CRÍTICAS

#### A. **Tensión abstracto-concreto:**

- a. El intérprete no sólo interpreta normas jurídicas, también interpreta los hechos al reconstruirlos conceptualmente.
- b. La aplicación del derecho representa un continuo ir y venir desde los hechos a la norma y viceversa.

#### B. Existencia de **un margen de discrecionalidad** en la aplicación del derecho.

Según H. L. A HART, el margen de discrecionalidad jurídica es *un precio mínimo que hay que pagar por el uso del lenguaje para fijar y hacer explícitas las normas jurídicas*.

HART habló de la “textura abierta del derecho” para destacar la irreductible indeterminación del lenguaje legal y el subsiguiente margen de apreciación a la hora de fijar su significado.

### IV. CASOS FACILES, DIFICILES Y FUNDAMENTALES.

- **Casos fáciles o rutinarios:** Son aquellos que encajan en los *núcleos de certeza* de la norma jurídica y que en consecuencia su resolución no plantea especiales dificultades de tipo técnico- jurídico.
- **Casos difíciles.** Son aquellos en que la resolución del caso plantea varias soluciones posibles igualmente válidas. Según DWORKIN:
  - *Dudosos.* Razones exclusivamente técnicas (lagunas, ambigüedades lingüísticas, etc).
  - *Fundamentales.* Razones de índole moral, política, etc. (afectan a los derechos fundamentales, que Dworkin considera como principios).

La **decisión final**, en los casos difíciles, integraría las decisiones parciales previas en una decisión definitiva, mediante la cual se elige una solución como la mas correcta dentro del haz de posibilidades que determinan las decisiones precedentes. Los márgenes de esta decisión final habrán ido estrechándose en virtud de decisiones previas, pero en los casos difíciles nos encontraríamos ante la tesis de *de un salto no deductivo* que integraría los problemas previos y los márgenes de incertidumbre propios de la decisión final. Sin embargo, **la decisión no tiene por qué ser anómica o arbitraria, suele estar basada en argumentos adicionales (obiter dicta) de carácter lógico o valorativos.**

### 1. Justificación *sensu stricto* como punto de partida

Los fundamentos del método deductivo llevan a ignorar las circunstancias que provocan la existencia de problemas a la hora de tomar la decisión pertinente. En este sentido, las últimas versiones de las tesis positivistas que promueven un margen de discrecionalidad insoslayable en la decisión jurídica quizá no sea un mal punto de partida.

- i. Niegan que pueda afirmarse que una solución es absolutamente cierta, aunque **garantizan un mínimo de seguridad**: las decisiones no puede oponerse a la norma o normas que se aplican, tiene que estar al menos en la zona de penumbra.
- ii. Se prescinde de las “falsas seguridades” y se acepta que el fundamento último de la decisión (en los casos difíciles, sobre todo en los fundamentales) **descansa en criterios adicionales, no jurídicos**: estándares valorativos, sociales, políticos, etc.
- iii. Eso no quiere decir que la decisión sea arbitraria, ya que la decisión esta predeterminada en buena medida, especialmente, por la exigencia **de motivación fundada y racional** que alcanza a todos sus aspectos.

2. Justificación *sensu largo* (lógica de la argumentación que incluiría las formas de razonamiento a las que en su sentido amplio podemos referirnos como formas racionales).

-Argumentos racionales en sentido estricto=arguments adicionales=sensu largo

-Caso difícil:

#### JUSTIFICACIÓN DE (D<sub>i</sub>): "h" A<sub>h</sub> + A<sub>n</sub> + A<sub>i</sub> + A<sub>d</sub> D

H<sub>1</sub> ..... H<sub>n</sub> } **A<sub>H</sub>** = H<sub>i</sub>

1 ..... N<sub>n</sub> } **A<sub>N</sub>** = N<sub>i</sub>

I<sub>1</sub> ..... I<sub>n</sub> } **A<sub>I</sub>** = I<sub>i</sub>

D<sub>1</sub> ..... D<sub>n</sub> } **A<sub>D</sub>** = D<sub>i</sub>

- ✓ **A**: Argumentos racionales.
- ✓ **A<sub>H</sub>**: Argumentos fácticos: construcción de los hechos, pruebas, argumentos persuasivos, etc..
- ✓ **A<sub>N</sub>**: Argumentos metodológicos: prevalencia, fuentes, interpretación armonizadora o derogatoria, etc.
- ✓ **A<sub>I</sub>**: Argumentos metodológicos: criterios y argumentos hermenéuticos.
- ✓ **A<sub>D</sub>**: Criterios y argumentos adicionales

-Caso fundamental:

#### JUSTIFICACIÓN DE (D<sub>i</sub>): "h" A<sub>j</sub> + A<sub>m</sub> + A<sub>p</sub> D

- ✓ **A**: Argumentos racionales.
- ✓ **A<sub>j</sub>**: Argumentos técnico-jurídicos: fácticos, metodológicos, etc.
- ✓ **A<sub>m</sub>**: Argumentos morales.
- ✓ **A<sub>p</sub>**: Argumentos políticos.
- ✓ **A<sub>x</sub>**: Otros argumentos.

## V. MOTIVACION DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

Los ordenamientos jurídicos modernos establecen tajantemente la obligación de motivar las decisiones judiciales. **Art. 120.3 de la CE**: obligación de motivar las sentencias judiciales: **Art. 248 LOPJ**: Sentencias, autos y, en algún cas providencias.

Finalidad:

- Sumisión de los poderes públicos a la ley (9.2 CE).
- Principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (9.3 CE).

**Control de la legalidad**: la mayoría de los recursos interpuestos, salvo los de apreciación de los elementos de prueba, descansan en la infracción de la norma legal aplicable o de la interpretación de los tribunales (se puede presentar recurso porque un tribunal se ha saltado su línea jurisprudencial, aunque como en el oj español la jurisprudencia no es fuente del derecho, el juez puede hacerlo siempre que sea motivado).

ESTRUCTURA:

La estructura de la motivación de las decisiones judiciales en nuestro sistema jurídico esta estrechamente determinada por los principios básicos del sistema de aplicación judicial de la ley, **un sistema basado en el principio de legalidad, la supremacía de la ley como fuente del derecho y el método lógico deductivo.**

- 1) **Motivación fáctica**: Argumentos que recogen información y pruebas sobre los hechos del caso. (*fundamentos de hecho*)
- 2) **Motivación legal mínima**. Conjunto de motivos en los que se argumenta sobre la legislación aplicable y las precisiones necesarias sobre su significado y la oportunidad sobre su aplicación. (*fundamentos de derecho no "contaminados" por los hechos*)
- 3) **Motivación legal concreta**. (*fundamentos de derecho si contaminados*)
  - a. Motivos que dan cuenta de la calificación jurídica de los hechos, esto es, la determinación de cuál es el supuesto de hecho en el que encaja la reconstrucción de los hechos del caso y su consecuente valoración jurídica
  - b. Determinación de las consecuencias jurídicas concretas o aplicación de la consecuencia jurídica abstracta de la norma aplicable al caso.
- 4) **Motivación complementaria** o argumentos racionales en sentido estricto. Razonamientos y estimaciones del juez o tribunal necesarios para completar-axiológica o racionalmente- el sentido literal del texto, subsanar una laguna, etc. Todavía hoy, este tipo de motivos, basados en el sentido común, criterios económicos, valorativos y otros, no suelen considerarse con fuerza suficiente para legitimar la decisión judicial, por lo que suelen aducirse como complementos o se enmascaran como motivos legales. De ahí que, a veces, aun siendo la autentica razón del fallo, aparezcan minusvalorados o tiendan a pasarse por alto.

## VI. REGLAS Y CRITERIOS HERMENÉUTICOS

El jurista al especificar el significado de la ley realiza siempre una actividad hermenéutica y, obviamente, lo hace de acuerdo con los criterios y las reglas de interpretación de la *cultura jurídica* en la que se inserta.

Los criterios y reglas de interpretación pueden ser:

- Implícitas (las presupone y respeta en todo momento)
- Explícitas –en los supuestos en los que puedan suscitarse controversias

Tienen un **fundamento convencional** –aceptación dentro de una cultura jurídica.

Criterios formulados explícitamente por el legislador mediante preceptos legales; *definiciones legales* (imponen un interpretación de un término jurídico); reglas de interpretación recogidas en textos legales –art- 3.1. Cód civil.

## 4 APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO III

### -Artículo 3.1 del Título preliminar del Código civil:

*“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.*

- **Criterio gramatical**
- **Criterio "contextual" –criterio sistemático**
- **Criterio histórico.**
- **Criterio sociológico.**
- **Criterio teleológico** –en la interpretación de las normas jurídicas se debe atender "fundamentalmente" a su espíritu y finalidad.

Son los criterios hermenéuticos básicos de nuestro sistema jurídico, los principales criterios establecidos por la jurisprudencia y la doctrina.

#### A. Criterio gramatical

ORGANISMO EMISOR: TS Sentencia nº 1224/1993. FECHA: 28/05/93  
PONENTE: Conde-Pumpido Ferreiro.

*“Como todo elemento agravatorio tal circunstancia debe interpretarse en sentido propio y no extensivo por lo que, si el verbo rector utilizado es el de "facilitar", habrá que averiguar si tal término ha de ser aplicado en su primera acepción del Diccionario de hacer fácil o posible una cosa o, por el contrario, debe serlo en la segunda de proporcionar o entregar algo”.*

#### B. Criterio "contextual" o sistemático

**S.T.C.** 5/1983, de 4 de febrero (B.J.C., 23), fto. jco. 3:

*“La interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos, que es el que ahora interesa, ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno*



*valorándolo en relación con los demás: es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”.*

**TC** FECHA: 22/03/91 PONENTE: Gimeno Sendra

*..... En efecto, de la puesta en relación del art. 22 con el art. 23, claramente se deduce que el derecho del consumidor a recibir una información veraz sobre las características del objeto y correlativa obligación del vendedor de suministrarla no constituyen derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, sino que, antes bien, dichos derechos y obligaciones han de ser mediante medidas administrativas, tales como los . Desde dicha interpretación sistemática claramente se infiere, pues, ...*

**TS** FECHA: 26/11/90 PONENTE: Fuentes Lojo.

*.... Aunque el precepto ha suscitado serias dudas respecto de su campo de aplicación, resulta, sin embargo, perfectamente viable darle una trascendencia general atendiendo a su sedes materiae: figura en el Tít. IV, de la L. de Demarcación cuya rúbrica es: "De las Disposiciones de orden procesal para la efectividad de la planta judicial" y así las cosas cabe pensar que implica una regulación ordinaria para surtir efectos en tanto se dicte la nueva ley procesal. Más concretamente,*

### C. Criterio histórico

FECHA:6/03/45 ORGANISMO EMISOR: **TS Sala Civil** PONENTE: José Castán Tobeñas

*“siendo de tener en cuenta, (...), los siguientes antecedentes históricos y doctrinales, de gran interés para interpretar adecuadamente la norma que, en términos harto lacónicos establece el artículo 1.056, apartado primero, del Código Civil: 1.º Que el Derecho romano, ... 2.º Que en el derecho histórico de Castilla ... 3.º Que si bien los escritores más autorizados y seguidos, en el Derecho anterior al Código Civil, ... 4.º Que fue el Código francés, seguido en este punto por muchos otros de los modernos europeos y americanos, el que, con caracteres de novedad, perfiló... 5.º Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico ... “.*

**TC** FECHA: 13/02/96 PONENTE: Ruiz Vadillo.

*Cuarto: En esencia, y sin perjuicio de un análisis más detallado de los argumentos empleados, el TS sostiene que la Odontología se ha concebido históricamente en España como una profesión distinta de la Medicina, aunque ciertamente muy relacionada con la misma, tanto que a partir de la OM 25 Feb. 1948 se suprimió la antigua profesión de ... En esta misma línea, la Ley de Especialidades Médicas de 20 Jul. 1955, incluyó la Estomatología entre las citadas especialidades, por lo que ... Con estos antecedentes, y a la vista del contenido del art. 1 Ley de 1955... ...el RD 127/1984, no alteró, ni menos aún restringió, el marco del ejercicio profesional de los profesionales que se dedicaban a la Estomatología o incluso de aquellos que se encontraban realizando los estudios de Medicina con la intención futura de ejercer esa profesión...*

**D. Criterio sociológico** FECHA: 5/11/84 ORGANISMO EMISOR: **TS Sala Civil**  
 PONENTE: Fernández Martín Granizo.

*Los hijos demandan a sus padres para obtener alimentos consistentes sobre todo en pago de estudios. Se concede por la sentencia de segunda instancia los alimentos solicitados, aunque los hijos son ya mayores de edad. La hija solicitante se encuentra inscrita en demanda de empleo desde el año anterior a la interposición de la demanda y tiene pedido trabajo en centros privados de enseñanza desde hace dos años sin obtener trabajo, y en cuanto al hijo, por necesitar permanecer con motivo de sus estudios universitarios gran parte del año en Madrid, es obvio que precisa una mayor atención alimenticia. Ambos hijos perciben de la madre los auxilios necesarios para la subsistencia, y el padre -que es el recurrente- pretende reconducir la obligación de alimentos sobre la madre, que vive fundamentalmente de la pensión que le pasa el recurrente. Para que cese la obligación citada, la hija precisaría el ejercicio de una profesión, oficio o industria, no bastando una mera capacidad subjetiva; y la interpretación del art. 155-2º C.C. ha de hacerse, como establece el art. 3-2º C.C., atendiendo a la realidad social actual, es decir, habida cuenta de las dificultades que para el ejercicio de cualesquiera profesión u oficio se presentan hoy.*

**E. Criterio teleológico**

ORGANISMO EMISOR: **TS** Sentencia nº 1224/1993. FECHA: 28/05/93  
 PONENTE: Conde-Pumpido Ferreiro.

*Dilema que ha de resolverse acudiendo al "telos" de la ley, conforme al que debe ser interpretado el concepto de "facilitar", según ha expresado ya alguna sentencia de esta Sala (así, la de 25-3-93). Interpretación teleológica o de conformidad con el espíritu y finalidad de la norma que también preconiza el art. 3.1 C.C. como método fundamental para buscar su sentido.- Desde ese punto de vista es claro que la finalidad de la norma del subtipo agravado del art. 344 bis a) 1º es, ...*

## OTROS CRITERIOS HERMENÉUTICOS

- Argumento a contrario
- Argumento apagógico o de reducción al absurdo
- Argumento a fortiori

**A. Argumento a contrario**

ORGANISMO EMISOR: **TS** FECHA: 16/03/94 PONENTE: Puerta Luis.

*Es preciso reconocer que no es pacífica la posición de la doctrina sobre el significado de la expresión "ascendientes o descendientes" utilizada por el legislador para definir el delito de parricidio (art. 405 C.P.). ... CABE DEDUCIR DE TODO ELLO QUE CUANDO EL LEGISLADOR HA PRETENDIDO INCLUIR A LOS PARIENTES ADOPTIVOS O A LOS AFINES, SEA EN EL TIPO PENAL, EN LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL O EN LOS SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE LA MISMA, LO HA HECHO DE MODO EXPRESO.- Por consiguiente, en atención al tenor literal del precepto, a la interpretación que por su propio contexto cabe hacer del mismo y a la doctrina jurisprudencial de esta Sala; teniendo en cuenta, además, los antecedentes históricos y legislativos de esta figura penal, ... debe concluirse que el parentesco de adopción queda al margen de la figura del parricidio.*

**B. Argumento apagógico o de reducción al absurdo**

FECHA: 11/12/64 ORGANISMO EMISOR: TS civil PONENTE: De Vicente Tutor y Guelbenzu

*El motivo único de dicho recurso, se ampara en el número 1º del art. 1692 de la L.E.Civ., para denunciar la interpretación errónea por la sentencia recurrida de los arts. 1638 y 1639 del C. Civ. y la inaplicación de los principios "TODA INTELIGENCIA QUE CONDUZCA AL ABSURDO DEBE RECHAZARSE", "la interpretación de las normas legales debe llevar a una consecuencia racional" y "AL APLICAR LAS LEYES LOS TRIBUNALES DEBEN SER FIELES INTÉRPRETES DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR", fundándose para ello en dicha resolución.*

FECHA: 22/04/91 ORGANISMO EMISOR: TS civil PONENTE: Martínez-Calcerrada Gómez.

*.....Pretender que la palabra «también» se refiera a que cuando no hubo notificación previa pero sí del traspaso, el arrendador tiene derecho a resolver quedándose con el local de balde, o a retraer, pagando por él 25.000.000 ptas. es absurdo porque ¿quién va a querer pagar por un local 25.000.000 ptas. pudiendo obtenerlo sin pagar ni un céntimo?, y sabido es que hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo. No es posible, sin producirse un enriquecimiento injusto, que el actor se quede con unos locales, por los que se han pagado 25.000.000 ptas. sin pagar absolutamente nada, por ello dejando indefenso al que los paga», por lo que no es posible sino entender que se ha producido la interpretación errónea denunciada.*

**C. Argumento a fortiori**

STC 77/1982, de 20 de diciembre:

*"Si la Ley reguladora del derecho fundamental es anterior a la Constitución e infringe ésta, no cabe duda de que debe considerarse inaplicable en lo que vulnere dicha normativa constitucional por haberse quedado derogada. LO MISMO DEBE CONCLUIRSE, Y CON MAYOR RAZÓN, cuando la norma que vulnera lo dispuesto en la Constitución es de naturaleza reglamentaria, y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido" (fto. jco. 2).*

**El peso de los argumentos hermenéuticos**

Las reglas y criterios de interpretación tienen una función ambivalente:

- Circunscribir las posibilidades de interpretación de los preceptos legales, limitar las posibilidades de interpretación.
- En los casos en que el significado del texto es demasiado rígido o se aparta de las convicciones o estrategias del intérprete, las reglas y criterios aludidos permiten que éste pueda apartarse del sentido literal del texto, manteniéndose la ficción de que no se vulnera el verdadero significado de la ley sino todo lo contrario. → FLEXIBILIDAD HERMENÉUTICA.

¿Hasta qué punto se justifica la corrección del tener literal de la ley, ampliado o restringiéndolo, haciendo uso de argumentos hermenéuticos que fuerzan o limitan su significado?

- No existe un catálogo cerrado y ordenado de reglas y criterios de interpretación que determine orden alguno de prelación de los argumentos hermenéuticos.
- Principios de legalidad – Seguridad jurídica
  - Ámbitos del ordenamiento jurídico donde el principio de legalidad está especialmente reforzado –como el derecho penal o el derecho administrativo sancionador
  - Necesidad de extremar las cautelas frente a todo tipo de interpretaciones que lleven a extender el significado de la norma. – **"favorabilia amplianda odiosa restringenda"**

#### -DOGMA DE LA COHERENCIA Ordenamiento jurídico

- = sistema perfecto:
  - coherente y
  - pleno.
- = una única solución dada de antemano para cada caso concreto que pueda plantearse.
- “Mito” de la racionalidad del legislador:
  - postulado o hipótesis teórica no demostrada
  - consecuencias prácticas al ser aceptado como si fuera

#### CASOS ANÓMALOS O FALLOS DEL SISTEMA JURIDICO

Para que se produzca una **antinomia jurídica**:

- 1) Las normas han de tener el mismo *ámbito de validez*: espacial, temporal y/o material.
- 2) Tienen que tener un *carácter incompatible*. Existe incompatibilidad entre normas (con el mismo objeto y el mismo sujeto pasivo):
  - cuando una obliga y otra prohíbe algo;
  - cuando una obliga a algo y la otra concede un permiso que sea la negación de esa obligación y, por último,
  - cuando una prohíbe algo y la otra concede un permiso que sea la negación de esa prohibición.

Tipos: *total, parcial, total-parcial*

#### **La solución hermenéutica** de las antinomias jurídicas

Cuando se acepta como punto de partida que las normas del ordenamiento jurídico configuran un sistema coherente, no se puede admitir que el ordenamiento jurídico ofrezca dos o más soluciones incompatibles para un mismo caso.

Si se llega a una conclusión según la cual aparentemente existen dos o más soluciones contradictorias, hay que proceder a eliminar esa contradicción.

- **Interpretación armonizadora.** Descartar alguna o todas las interpretaciones realizadas *prima facie* y proceder a una reinterpretación que las haga compatibles y permita alcanzar una única solución o a buscar otra norma más adecuada que solviente la aparente contradicción. (Sentencias interpretativas TC)
- **Interpretación derogatoria.** Cuando la interpretación armonizadora no es posible, el jurista para restaurar la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico, deberá descartar como válidas o aplicables todas las normas que originan la contradicción menos una.

Se utiliza cuando no es posible la armonizadora

**-Argumentación armonizadora:**

A) "Si interpretamos —ó no interpretamos— la norma n2 de la siguiente manera, entonces no entra en contradicción con la norma n1; por lo que ésta o aquélla, en los supuestos apropiados, podrá ser utilizada para resolver casos jurídicos sin dar lugar a antinomias".

B) "Si interpretamos —ó no interpretamos— las normas n2....nn de la siguiente manera, entonces no entran en contradicción con la norma n1; por lo que ésta o aquéllas, en los supuestos apropiados, podrá ser utilizada para resolver casos jurídicos sin dar lugar a antinomias"

**-Consecuencias de la interpretación armonizadora:**

Contribuye a "optimizar" el ordenamiento jurídico y a racionalizarlo.

También puede contribuir a depurar el ordenamiento jurídico.

Entrada en vigor en 1978 de una Constitución

Art. 5.1. L.O.P.J.:

*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

**I-Interpretación derogatoria. Reglas o criterios de la interpretación derogatoria:**

1) CRITERIO JERÁRQUICO: la ley superior deroga a la ley inferior. 9.3 CE

2) CRITERIO CRONOLÓGICO: cuando existan dos o más normas del mismo rango, se debe aplicar siempre la norma posterior en el tiempo.

3) CRITERIO DE ESPECIALIDAD: la ley especial debe prevalecer sobre la ley general. Con mayor precisión, cuando el criterio jerárquico y el cronológico no son suficientes para resolver la incoherencia sistemática, las normas menos generales y abstractas prevalecen sobre las más generales y abstractas.

Orden de prevalencia o de utilización: 1, 2,3.

**-Consecuencias de la interpretación derogatoria:**

La aplicación del *criterio jerárquico* o el *criterio cronológico* determina la exclusión de las normas de inferior rango o posteriores en el tiempo, si se trata de normas del mismo grado, del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ha de entenderse que estas *dejan de ser válidas y aplicables*.

La aplicación del *criterio de especialidad* sólo supone que remite la "eficacia" de la norma más general y abstracta (no se deroga la validez).

**-DOGMA DE LA PLENITUD**

Surge en los *orígenes medievales* de la ciencia jurídica moderna:

- Conciencia mítica sobre el fundamento de la fuente del derecho por excelencia en la Edad media
- Corpus Iuris = ratio scripta = donum Dei.

Experimenta un avance importante con el *racionalismo*: Se reconstruye la perfección del ordenamiento jurídico desde el método deductivo.

Triunfa definitivamente con la *ideología codificadora*:

-El juez debe ser mera boca de la ley, no puede crear derecho.

-No debe suplir con su voluntad la voluntad del legislador, por la que se expresaría la voluntad general.

-Toda decisión jurídica debe consistir en la aplicación de un precepto general y abstracto "pre-existente" a un hecho concreto. **Soluciones para todos los casos**

**-Postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico:**

- Los juristas no piensan realmente que el o. j. sea pleno.
- Sin embargo, construyen sus argumentos hermenéuticos *como si* los preceptos del ordenamiento jurídico contuvieran soluciones para cualquier caso sobre el que haya de tomarse una decisión jurídica.

No se trata tanto de que el ordenamiento jurídico sea pleno, **como de que los juristas pueden completarlo recurriendo a las reglas y criterios del método jurídico.**

No inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, sino a la exigencia de que éstas sean eliminadas mediante las previsiones formales del propio ordenamiento jurídico y la capacidad metodológica de los juristas.

**Autointegración del ordenamiento jurídico.**

Art. 1.7 CC: *"los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido"*.

**Autointegración de ley** = resolver el caso a partir de una fuente legal.

La superlegitimación de la ley como fuente del derecho y el formalismo legalista

**-Heterointegración y autointegración**

- Heterointegración : **Equidad ; Derecho natural ;Derecho romano**
- Autointegración del Ord. Jurídico :**Costumbre ;Principios generales del derecho**
- Autointegración de la ley: **Interpretación extensiva, Analogía; Principios jurídicos.**

Cuando no se puede hacer una interpretación extensiva (3.1 CC) se hace:

**La analogía**

Interpretación integradora mediante la cual se hace extensiva la solución prevista por el ordenamiento jurídico para un caso a otro distinto, sobre la base de la "semejanza" entre ambos.

Art. 4.1 del Código civil: *"procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón"*.

Art. 4.2º CC: prohíbe la analogía como fundamento válido para la aplicación de sanciones penales, entre otros supuestos = consecuencia de la especial protección del principio de legalidad en materia penal (hoy art. 25.1. C.E.

Algunas cuestiones *teóricas controvertidas* sobre la analogía:

- ¿Autointegración de la ley o creación del derecho?
- ¿Existen diferencias entre la interpretación extensiva y la analogía?
- = Principios Grales del Derecho. El uso de la analogía presupone en todo caso el reconocimiento de un principio general del derecho que englobaría al supuesto

o los supuestos regulados por la norma o las normas previstas en el ordenamiento jurídico y al supuesto semejante no regulado.

-Tipos:

**La analogía *analogía legis***

Consiste en extender a un supuesto no contemplado por el ordenamiento jurídico lo preceptuado por otra norma del ordenamiento jurídico.

**Analogía *iuris imperfecta***

Consiste en extender a un supuesto no contemplado por el ordenamiento jurídico lo preceptuado por varias normas del ordenamiento jurídico.

**Analogía *iuris***

Consiste en extender a un supuesto no contemplado por el ordenamiento jurídico lo preceptuado por (todas) las normas del ordenamiento jurídico (p.g.d.).

-Esquema **del razonamiento analógico (*analogía legal*)**:

"x" vale como Nx

Nx es semejante a Nh; dado que existe P(Nx,Nh)

Si "x" vale como Nx y Nx es semejante a Nh; entonces Ch

-Analogía **y argumento a contrario**

Siempre que cabe el argumento *a simili* --razonamiento analógico--, también cabe el argumento a contrario.

**-Argumento a contrario**

Si el legislador ha regulado supuestos semejantes en un determinado sentido y en este caso concreto se ha abstenido de hacerlo no se puede entender que existe una laguna; sino que ha de entenderse que no ha querido *regularlo* = "*todo lo que no esté expresamente prohibido u obligado está permitido*".

**-Los principios jurídicos**

Fuente de nuestro ordenamiento jurídico (autointegración de la ley, autointegración ordenamiento jurídico)

Además, facilitan la autointegración de la ley: función hermenéutica

Función interpretativa --permite ser fiel al espíritu de la ley "flexibilizando o ampliando" su significado.

Creciente importancia de los principios jurídicos como instrumento de integración del ordenamiento jurídico.

Clases y valor hermenéutico: Principios constitucionales, y Principios generales del derecho en sentido estricto.