

ESTRUCTURA DE LA NORMA POSITIVA

En la norma positiva cabe distinguir dos elementos; uno interno, de valor intrínseco, y otro externo, de realización práctica o efectividad.

Como la finalidad de la norma positiva en la regulación justa de la convivencia humana, la norma contiene en sí un mandato de hacer o de no hacer, cuya necesidad racional debe ir implícita en la propia norma (elemento interno). Mas como se trata de regular la conducta de seres libres, el mandato de la norma tanto puede ser obedecida como desobedecida, y esta inobservancia debe ser prevista por la norma, estableciendo para este caso una reacción que constituya su sanción, (elemento externo).

La estructura de la norma comprende, pues, tres elementos: a) el mandato jurídico, por el cual debemos ordenar nuestra conducta de un cierto modo; b) el efecto jurídico normal, cuando la conducta de los destinatarios de la norma se ajusta al mandato; c) la sanción para el caso de que el mandato no sea cumplido.

- a) La concepción tradicional de la norma jurídica como mandato, ha sido negada por el positivismo kelseniano, que pretende sustituirla en aras de su puro logicismo, por un mero juicio hipotético: si es A debe ser B. La conducta humana, que en la concepción ius naturalista debe orientarse a un cierto fin (ideal de justicia), en la construcción positivista pasa a la simple categoría de un mero supuesto lógico (si es A). Al despojar al Derecho de su contenido ético, político, queda reducido a un puro formalismo, que efectivamente adopta entonces la estructura de una proposición lógica; pero, ciertamente, que ya no pasa de ser esto, proposición lógica; falta en ese mero formalismo la esencia de su fundamentación legitimadora. La norma jurídica es, pues un mandato, un imperativo, pero legitimado por su contenido de justicia.
- b) El efecto jurídico normal es doble, positivo y negativo. Positivo en cuanto se ejercitan las facultades que derivan de la norma jurídica. Negativo en cuanto se cumplen los deberes jurídicos que la misma impone. Ambos efectos representan la situación de normalidad en el campo de lo jurídico.
- c) La sanción supone el incumplimiento del mandato contenido en la norma. El carácter imperativo de ésta provoca la reacción jurídica de la comunidad. Representa la sanción la situación de anormalidad en el Derecho. ¿En qué consiste la sanción? Se ha señalado como tal a la coacción, lo que ha provocado viva oposición por parte de muchos autores. Hay que distinguir entre norma jurídica (derecho natural) y norma jurídica positiva (Derecho Positivo). Mientras a la primera no es esencial la coacción, si lo es a la segunda. La norma positiva necesita estar respaldada por la fuerza social que ostente el poder político (la balanza y la espada, como símbolos de la justicia), sin cuya garantía la norma no pasaría de pertenecer al Derecho natural. Por otra parte, no es menester que la coacción física despliegue siempre su eficiencia para que exista una sanción eficaz de la norma jurídica. La posibilidad de ejercer la coacción física, la coactividad, supone ya una coacción psíquica, que puede ser bastante para impulsar al cumplimiento de la norma. Por esto, algunos autores hablan más que de coacción, de posibilidad de coacción, como elemento esencial a la norma positiva. Sin embargo,

esta coacción psíquica, producida por la posibilidad de la coacción, se basa en la amenaza de la coacción física, por lo que, en definitiva, es ésta la que constituye la sanción última de la norma positiva.

Clasificación de las normas

Normas imperativas, prohibitivas, permisivas y punitivas. Toda norma jurídica contiene, como se vió, un imperativo. Sin embargo ha pasado a ser tradicional la división de las normas en imperativas prohibitivas, permisivas y punitivas debida a Modestino. Esta clasificación no puede admitirse: las normas punitivas no son más que el elemento de la sanción, propio de toda norma, en una de sus formas, la pena. Respecto a las permisivas, su posibilidad racional se niega o bien afirmando que fuera de las normas que ordenan una determinada conducta no hay más que la esfera de la libertad individual, que constituye el campo de lo lícito jurídico, que se determina ya negativamente por aquellos mandatos, sin que, por tanto precise la determinación positiva que realizarían las normas permisivas, o bien se considera que dichas normas permisivas encierran un mandato implícitamente (o forman parte de un mandato contenido en otra norma) como por ejemplo, cuando el legislador dice los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que este en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. Esta norma expresada con fórmula permisiva, viene sustancialmente a imponer al deudor el deber de responder de sus deudas con todos sus bienes y acciones y a no realizar actos en fraude de su acreedor. Sin embargo, puede todavía ocurrir que una norma no contenga un mandato, aun prescindiendo de la forma en que se exprese; entonces se trata de normas que suprimen o limitan una prohibición precedente (normas abrogativas); pero aun estas son normas imperativas porque obligan a considerar abolida en ciertas circunstancias una norma anterior. En cuanto a las normas prohibitivas, en realidad son tan preceptivas como las llamadas imperativas. Podría más bien decirse que estas imponen un mandato de carácter positivo o negativo.

En realidad en esta clasificación se trata de mostrar diversas formas de Imperatividad de la norma y su importancia es mucho menor que la clasificación que divide a las normas en imperativas y dispositivas, que se examinarán.

NORMAS DE DERECHO NECESARIO Y DE DERECHO VOLUNTARIO. Se clasifican también las normas en de Derecho necesario, (*ius cogens*) llamadas también imperativas, impositivas o taxativas, y de Derecho voluntario (*ius dispositivum*), también denominadas facultativas, dispositivas o supletorias. Mientras que el *ius cogens* tiene carácter de necesidad inderogable por la voluntad de las partes, el *ius dispositivum* no trata de imponerse a la voluntad privada, sino, por el contrario, tiende a completarla o suplirla. El derecho dispositivo comprende, pues, dos clases de normas: de interpretación, que pretenden aclarar el sentido dudoso de la voluntad de las partes, y supletorias, que en defecto de dicha voluntad vienen a regular una determinada situación, (sucesión intestada y régimen legal de bienes en el matrimonio, a completar la regulación hecha por las partes, (evicción en la compraventa. Ambas formas de normas dispositivas tienen de común que pueden ser excluidas por las partes hablando o hablando claro. La distinción de normas forzosas y dispositivas no coincide con la de Derecho

público y privado, pues si bien son numerosas aquellas en el campo de lo público, también existen en el privado, abundan en el derecho de familia y sucesorio.

El derecho necesario comprende no solo leyes imperativas, sino también normas extra-positivas, que comprende la moral y orden público, a las que a veces se remite la ley.

La importancia de la distinción entre Derecho necesario y voluntario estriba en que la voluntad de las partes, cuando viola una norma de Derecho forzoso, es nula. A estas normas se refiere el legislador cuando dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas sean nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Dada esa diversa trascendencia de las normas imperativas y dispositivas, se comprende que sea del mayor interés calificar una norma de uno u otro carácter. Si bien en general se declara la nulidad de los actos contrarios a la ley imperativa, como se ha visto, la dificultad consiste en determinar en un caso concreto si se trata de norma de dicho carácter. A veces será la propia ley la que al conminar con la nulidad la trasgresión de sus normas, nos revela su carácter imperativo; entonces aquella sanción genérica esta corroborada por la sanción anulatoria concreta en relación con dicha ley. Pero aunque la propia ley no contenga la sanción anulatoria el carácter imperativo puede resultar de su propia ratio.

A veces también la ley denota su carácter imperativo a través de la expresa prohibición a renunciar a los derechos que concede a las partes. Ciertamente que este modo de expresión por parte de la ley es claramente revelador de su carácter imperativo, aunque se preste a serias objeciones el utilizar el concepto de renuncia a este fin.

Igualmente se puede conocer claramente el carácter dispositivo de la norma cuando está expresamente permite renunciar a los derechos que conceda. Pero también en este caso hay que plantear la cuestión de si se trata de verdadera renuncia. La exclusión de un derecho que surgiría por una norma dispositiva, salvo voluntad contraria de las partes, no es renuncia en sentido técnico.

Esta exclusión, no renuncia verdadera, se expresa también corrientemente con la formula igualmente inexacta de derogación de las normas dispositivas.

Sin embargo, aunque en rigor técnico no debe de hablarse de renuncia a las ventajas que conceden las leyes, es lo cierto que con frecuencia tanto estas como la propia doctrina hablan de la renuncia bien para permitirla, bien para prohibirla. Más aun, una de las manifestaciones extrínsecas de las normas imperativas, como se vio, es su irrenunciabilidad; cuando la propia ley expresa la imposibilidad de renunciar a los derechos o ventajas que concede, esta denotando su carácter imperativo.

Otras veces la renuncia a los beneficios que otorga una ley no está prohibida directamente por la misma, pero, no obstante, no cabe tampoco la renuncia por pugnar esta con normas extra-positivas impuestas por los principios de orden público y buenas costumbres. Incluso la ley puede formular una prohibición general de renunciar a los derechos concedidos por las leyes cuando la misma infringe esos principios.

La renuncia a los derechos reconocidos en la ley solo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público. La renuncia a los derechos concedidos por las leyes puede resultar, por tanto, prohibida, bien por la misma ley, bien por los principios de orden público y buenas costumbres, o finalmente por resultar perjuicio de tercero.

Esta clasificación de las normas parece estar en contradicción con el carácter imperativo, que se ha reconocido a toda norma, ya que en el Derecho dispositivo no se ve el mandato tan claramente como en el Derecho forzoso; sin embargo, el imperativo existe, pero se traspasa a la voluntad privada a la cual se deja la determinación del contenido de la norma: la norma ordena reconocer lo determinado por la voluntad de las partes.

NORMAS RIGIDAS Y ELASTICAS. Atendiendo al grado de determinación de las normas se clasifican en rígidas (derecho estricto) y elásticas (derecho equitativo); las primeras de un hecho fácil de reconocer y determinado exactamente derivan consecuencias jurídicas, mientras que las segundas tratan de tener en cuenta las circunstancias de hecho con un sentido justo, pero a la vez flexible y previsor.

El derecho estricto se funda en la fijeza y seguridad del Derecho: por eso históricamente se manifiesta preferentemente en las instituciones que regulan el tráfico jurídico (Derecho cambiario) el crédito territorial (derecho inmobiliario), la capacidad de las personas, (límites fijos de edad).

El derecho equitativo, por el contrario, trata de recoger las mudables concepciones sociales a través de fórmulas amplias e indeterminadas conceptos válvulas, cuya ulterior determinación se confía al arbitrio judicial. Tales son los preceptos que se remiten a la equidad, a la buena fe, a las buenas costumbres, a la moral, diligencia del buen padre de familia, causas justificadas, o simplemente confiando al arbitrio judicial la aplicación de un precepto, según las circunstancias que concurran en cada caso. En este último caso se habla por algunos de creación del Derecho.