

TEMA 1

¿QUÉ ES EL DERECHO?

- UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL DERECHO
- ALGUNOS RASGOS GENERALES DEL DERECHO
- EL DERECHO COMO REALIDAD HUMANA
- EL ÁMBITO DE LO JURÍDICO
- LAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO DERECHO
- OTROS ORDENES NORMATIVOS DISTINTOS DEL DERECHO

TEMA 1

¿QUÉ ES EL DERECHO?

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL DERECHO

Cuando nos acercamos a una realidad con ánimo de conocerla, hemos de comenzar por tratar de desentrañar lo que esa realidad es; en que consiste, cual es su modo de ser. La realidad cuenta con otros puntos de interés, su origen, su historia, su finalidad, pero tales rasgos no ofrecen demasiada utilidad si previamente no se afronta el ser mismo de esa realidad. Si este interrogante es importante, en el caso de la realidad jurídica reviste un especial interés por dos razones:

– La primera está en que mientras el común de las personas cuando se encamina hacia una realidad para conocerla sabe muy poco o nada de ella y no tiene problema en reconocerlo, en cambio cuando se trata del Derecho, nos encontramos no sólo con que la gente tiene o cree tener conocimientos del mismo, sino que además suelen estar equivocadas. Y más grave aún es que estos conocimientos no sólo suelen ser erróneos, sino además peyorativos conformando una idea del Derecho pesimista y negativa.

Si preguntásemos al hombre de la calle lo identificaría con policía, impuestos, órdenes... de manera que lo jurídico queda alineado como algo hostil, agresivo, restrictivo, como un mal necesario.

– La segunda razón por la que resulta urgente construir una idea adecuada del Derecho estriba en que este constituye una realidad intrínsecamente humana, tan estrechamente unida al hombre que puede afirmarse que una gran parte de nuestras actividades están literalmente rodeadas por el Derecho: compramos, vendemos. Todas estas actividades son jurídicas, están reguladas por el Derecho, es una realidad que condiciona nuestro vivir.

ALGUNOS RASGOS GENERALES DEL DERECHO

Para conformar su concepto nos apoyamos en tres rasgos del mismos:

1) En primer lugar se puede hablar de la existencia en el hombre de intuición de lo jurídico. Para la generalidad de las personas el Derecho está constituido por las normas y preceptos contenidos en las leyes. Es el llamado Derecho Positivo. Con independencia de este Derecho Positivo la idea de lo jurídico anida en el

espíritu humano desde que nace. Ejemplo lo tenemos en la firmeza con que un niño defiende aquello que considera suyo o la irritación que le produce ser castigado injustamente. Mas claramente se evidencia esta intuición de lo jurídico en el hombre adulto: el más analfabeto labriego se opone a que otro invada sus tierras porque, aunque no conoce ninguna ley, sabe perfectamente que esto no debe producirse.

2) La consideración más elemental del Derecho ve a éste como un orden normativo, como algo que manda la realización de determinadas conductas y prohíbe la realización de otras. Sin embargo la función que ha realizado el Derecho a través de la historia se sitúa muy por encima de esta primera visión. Ha constituido a lo largo del tiempo un factor civilizador y cultural de la máxima importancia. Gracias a éste las relaciones entre los hombres han ido perdiendo agresividad. La rudeza de tiempos en que triunfaba el más fuerte sobre el más débil, ha sido sustituida por un sistema en el que el imperio de lo jurídico ha hecho posible que el débil pueda enfrentarse al fuerte e imponerse cuando tiene de su parte la razón del Derecho.

Este ha cooperado de modo decisivo al progreso cultural y al avance del proceso civilizador, siendo uno de los elementos que han permitido el tránsito de la selva a la ciudad, de grupos humanos regidos por la razón de la fuerza, a sociedades presididas por la fuerza de la razón.

3) El Derecho posibilita la auténtica vida humana: El hombre es un ser que viene al mundo cargado de posibilidades cuyo paulatino desarrollo y puesta en práctica hacen que cada vez sea más hombre, que tenga una existencia más auténticamente humana. El desenvolvimiento de estas posibilidades requiere que el sujeto se encuentre con un medio adecuado. Tal condición es que el sujeto viva en el seno de la convivencia social, pues únicamente ésta le proporciona los medios aptos para un integral desarrollo de su personalidad. El mito de Crusoe evidencia que el hombre aislado se halla radicalmente limitado en todas sus dimensiones. El ser humano ha adoptado siempre una forma de vida colectiva, sin entrar en la cuestión si se trata de una tendencia natural o consecuencia de un pacto o convenio.

La sociedad, es grupo, es inconcebible sin el Derecho que es el que determina lo que cada uno puede hacer y lo que debe tolerar que hagan los demás. Establece las reglas del juego en las relaciones entre los miembros del grupo, el que, en fin ordena la vida social (ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi ius), donde hay hombre, hay sociedad, donde hay sociedad hay derecho.

De todo lo anterior se deduce la conclusión a la que se quería llegar: si una vida auténticamente humana sólo puede darse dentro del grupo social y si esta forma de vidas necesita una ordenación jurídica, el Derecho se presenta como un factor imprescindible para la realización de esa forma plena de vivir del hombre

EL DERECHO COMO NECESIDAD HUMANA

La afirmación que acabamos de hacer lleva implícita una idea que conviene explayar para dejar patente una condición muy relevante del Derecho: De que éste es una realidad humana.

No basta con decir que el Derecho es una realidad humana, sino que hay que afirmar que es una realidad exclusivamente humana. No existen razones sólidas que avalen que avalen que la tesis, sostenida por algunos, de que lo jurídico alcanza también al mundo animal, hablándose de una llamada justicia subhumana. Hay precedentes históricos de procesos instruidos contra animales, pero son puras anécdotas.

Más seria es otra tesis que con frecuencia se ha utilizado: Nosotros tenemos deberes jurídicos para con los animales, por ejemplo en un zoo se dicta una norma en virtud de la cual se prohíbe hostigar a los animales. La obligación ciertamente jurídica que la prohibición genera en el visitante vincula a éste con la autoridad que la formuló, que es quien debe exigir el acatamiento de la misma, no con los animales. Dicho de otro modo, el deber jurídico no se tiene con los animales, sino con ocasión de los animales.

EL ÁMBITO DE LO JURÍDICO

Afirmábamos que el Derecho presidía y regulaba una gran parte de nuestros actos cotidianos. Para determinar cuales son los actos sobre los que aquél se proyecta utilizaré el método que solía utilizar Sócrates; la mayéutica, consistente en que el filósofo iba haciendo preguntas a un interlocutor hasta llegar a la verdad ayudándole a descubrirla.

Preguntémonos cuál es la función que el Derecho realiza: Derecho es aquello que obliga a hacer ciertas cosas y prohíbe otras. Se puede deducir entonces que el Derecho es un elemento regulador de acciones.

También son acciones las que realiza la naturaleza y no parecen que sean objeto de regulación del Derecho, luego es necesario precisar un poco más el término acciones. Se refiere sólo a las realizadas por el hombre, de esta manera queda el Derecho como regulador de acciones humanas. Derecho es un orden regulador de actos humanos.

Sin embargo hay muchos actos que el hombre realiza y que no podemos considerarlos como objeto de la normación jurídica, con lo que se tiene al Derecho como un orden regulador de actos humanos conscientes, voluntarios y libres, siendo más precisa su definición como un orden regulador de conductas, entendiendo por conducta el acto que se realiza pudiendo haber ejecutado otro.

Este punto al que se ha llegado delimita bastante bien el ámbito de lo jurídico ¿regulará también un pensamiento, un deseo... ?. Estos ejemplos propuestos se refieren a actos que realizamos solos, para la ejecución de los cuales no se necesita la intervención de ninguna otra persona, mientras que hay otro tipo de actividad que para llevarse a cabo exige inexcusablemente la presencia de otro, respecto del cual se realice la acción (comprar, vender...). Esta distinción es la que divide los actos en inmanentes y transeúntes. Inmanentes son aquellos que comienzan y terminan en el mismo sujeto, permaneciendo en él. En cuanto a los transeúntes no pueden ejecutarse sino en el seno de la convivencia social, puesto que transita desde el individuo que los realiza hasta el otro hacia el que va dirigida. Se denominan actos de alteridad, puesto que se dirigen a otro, hacia un alter distinto del actor. Se puede entonces afirmar que el Derecho es un acto regulador de conductas de alteridad.

Si el Derecho regula los actos de alteridad ¿afecta a la amistad?. Como ejemplo se puede poner que el Derecho se desentiende de lo que sucede en una relación amorosa, sin embargo se halla presente cuando tal relación se convierte en matrimonio. La explicación estriba en que determinados tipos de relaciones son indiferentes al resto de la sociedad, si el noviazgo se rompe el hecho es intrascendente para el Derecho, si la quiebra se produce en una relación matrimonial, el conjunto social si se muestra interesado, puede haber hijos del matrimonio, deudas contraídas, propiedades...

Por lo tanto podemos definir el Derecho como un orden regulador de conductas de convivencia o alteridad que afecta o interesa al grupo de modo especial.

LAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO DERECHO

La palabra Derecho no siempre se emplea con el mismo sentido, pudiendo haber una pluralidad de acepciones de la misma.

Por un lado se utiliza el término para designar la norma, el mandato. En ese sentido hemos empleado Derecho hasta el momento, siendo esta la acepción objetiva o Derecho en sentido objetivo.

Por otro lado se utiliza la palabra con una significación muy diferente de la objetiva, cuando se afirma que el ciudadano tiene derecho a votar, está claro que no estamos haciendo alusión a norma alguna, sino a una facultad que una persona tiene para hacer algo, una posibilidad de actuación que ostenta el sujeto; razón por la que se denomina derecho subjetivo.

Por supuesto todo derecho subjetivo se ampara en el Derecho objetivo.

El Derecho se me da, está fuera de mí, mientras que el subjetivo es algo que está dentro de mí, algo que poseo.

OTROS ÓRDENES NORMATIVOS DISTINTOS DEL DERECHO

Una vez acotada la esfera en la que actúa el Derecho, dejando fuera de su radio de acción una porción de comportamientos o conductas, que no son jurídicas, hay que aclarar que no por ello estas conductas no se hallan sujetas a norma alguna, lo que equivale a afirmar que sobre el obrar humano operan otras normativas distintas del Derecho. La actividad humana está regulada por tres tipos distintos de normas: las jurídicas, las morales y las de trato social.

1) Normas jurídicas y normas morales. Nadie pone en duda que existan normas morales, aunque no sea más que el testimonio histórico, pues en todos los pueblos han existido prescripciones éticas, generalmente vinculadas al fenómeno religioso. Son inconfundiblemente identificables en la práctica.

Normas morales serán, en principio aquellas que regulen los actos humanos interiores, los que se producen en la intimidad del sujeto, son actos inmanentes, carentes de alteridad, mientras que las normas jurídicas se ocupan solamente de los actos exteriores. Según Tomasio el fuero externo del sujeto.

Pero este criterio por sí solo no basta para llegar a una distinción entre ambos tipos de normas. Porque en efecto hay acciones externas que están sujetas al ordenamiento moral y que carece de toda regulación jurídica al no afectar al orden social, al buen funcionamiento del grupo.

El dato de la socialidad es tan relevante que a veces una misma acción cae bajo el orden jurídico o bajo el moral, según que tenga o no repercusiones en el orden social. Así la mentira está proscrita por las normas morales, no así por las jurídicas: pero si alguien miente a otro asegurándole que le vende un objeto de plata cuando es de lata, este engaño recibe el tratamiento jurídico, el Derecho Penal lo califica como estafa.

2) Normas jurídicas y reglas del trato social. Se llaman reglas del trato social a determinadas pautas de conducta a las que de ordinario se sujetan los hombres en sus relaciones con los demás miembros del grupo (vestimos, saludamos....).

Si estos usos fueran habituales modos de obrar, es decir, no fueran normas, no se plantearía la necesidad de diferenciarlas de las jurídicas. Se afirma que son normas porque generan en el sujeto una obligación (cuantas veces nos produce fastidio ponernos una corbata), pero lo hacemos porque somos conscientes de que debemos hacerlo, de que estamos obligado a ello.

Las normas jurídicas, excepto las consuetudinarias han sido promulgadas por el legislador, en tanto que las reglas del trato social han nacido de modo espontaneo, no atribuibles a nadie en especial, sino a la generalidad del grupo.

Las normas jurídicas señalan siempre la sanción concreta que recaerá sobre quien las incumpla. El quebrantamiento de un uso social acarrea también sanción, pero ésta es difusa, pues suele consistir en la descalificación por el grupo del infractor (la gente le hace vacío, le rechaza...), y no está cuantificada, ya que unas veces el rechazo es mayor o menor.

Las normas jurídicas se aplican siempre, quiera o no el obligado, en tanto que los usos sociales carecen de esa imperatividad, de modo que si un sujeto se decide a incumplirlos, arrastrando las consecuencias que de ello se derive, y sin importarle lo que de él pueda opinarse, nadie puede forzarle a comportarse de acuerdo con los usos sociales.

TEMA 2

¿CÓMO ES EL DERECHO?

- DESCRIPCION DEL DERECHO OBJETIVO

- Generalidad
- Imperatividad
- Alteridad
- Coercibilidad

- DESCRIPCION DEL DERECHO SUBJETIVO

- Los elementos del derecho subjetivo
- El contenido del derecho subjetivo
- Clases de derechos subjetivos
- Los sujetos del derecho
- La persona como sujeto del derecho
- El objeto del derecho subjetivo

TEMA 2

¿CÓMO ES EL DERECHO?

Ya habíamos llegado a definir el Derecho pero una cosa es definir y otra describir. Cuando definimos decimos qué es, sin embargo cuando describimos decimos como es.

Ejemplo: hombre: animal racional, lo estoy definiendo. Si digo animal bípedo, mamífero, lo estoy describiendo.

Expresándome en términos filosóficos, diré que la definición atiende a lo esencial y la descripción a lo existencial. A continuación se aborda la descripción de lo jurídico desde la doble perspectiva del Derecho: Objetivo y Subjetivo

DESCRIPCIÓN DEL DERECHO OBJETIVO

La doctrina actual no es unánime a la hora de determinar cuales son las características del Derecho Objetivo, por lo que me limitaré a aquellas en las que suele haber una mayor unanimidad

- **Generalidad**

Es un error bastante frecuente considerar que la nota de generalidad junto al hecho de que el Derecho se da para todos de un modo idéntico, pero no hay tal. Por generalidad debe entenderse aquel carácter en virtud del cual se manifiesta por encima y con independencia de los casos particulares de la realidad misma. ¿Cuántas compraventas o matrimonios se realizan? Es obvio que el Derecho no puede regular de modo particularizado cada uno de estos actos, sino que elevándose sobre lo singular, regula lo abstracto, en general, la compraventa y el matrimonio, aplicándose sus disposiciones a todas las relaciones de estos tipos que se vayan produciendo.

Por decirlo de un modo gráfico, el Derecho regula una serie de tipos o personas jurídicas abstractas, a cada uno de los cuales le atribuye unas facultades y unos deberes. Cuando en la vida real una persona concreta se inviste de uno de esos tipos, se subsume a él, siéndole de aplicación, de modo personal y particularizado aquellas obligaciones que de manera generalizada la norma asigna al tipo.

Para que la generalidad sea efectiva, es decir para que la norma general pueda aplicarse a los casos particulares, es necesario que la conducta que ella contempla responda a lo que podríamos llamar actividad ordinaria o corriente del grupo. El Derecho ha de tener en cuenta la experiencia social. Así por ejemplo cuando un ordenamiento jurídico fija la mayoría de edad en los 18 años, es porque esa es la edad, al menos en el cuerpo social, para el que se dicta la norma, el hombre es capaz de dirigirse por sí mismo. Con toda probabilidad habrá casos precoces que antes de dicha edad posean una madurez autosuficiente para su autogobierno, y otros que por el contrario lleguen con una mentalidad atrasada, pero uno y otro caso constituyen excepciones minoritarias, y su existencia no impide afirmar que por lo general los 18 años representa la edad con que las personas adquieren capacidad suficiente para regir sus actos.

• La Imperatividad

El Derecho se propone ordenar de manera determinada las relaciones sociales, por lo que se comprende que su realización puede quedar al antojo de los particulares que quieran o no dar cumplimiento a las normas. Una sociedad en la que la eficacia del Derecho dependiese de la buena voluntad de los ciudadanos sería imposible. Es necesario pues que las voluntades particulares estén obligadas por el Derecho, lo que sólo se logrará si este está investido de imperium. Si es un auténtico mandato en sentido pleno, si posee imperatividad. Afirmar esto anterior, es decir que no pide, no ruega, no aconseja, sino que lisamente manda, ordena.

Pero hay que establecer como manda el Derecho. Porque un mandato en términos generales es la manifestación de una voluntad dirigida a otro. Si yo digo a un amigo dame ese libro, estoy formulando un mandato, pero tanto yo como el que lo recibe sabemos que sólo se cumplirá si el quiere, ya que no está obligado a entregarme el libro, lo que nos lleva a afirmar que tal mandato no tiene imperatividad. En cambio el mandato del Derecho es un mandato con carácter imperativo, porque está formulado por quien tiene autoridad para ello y dirigido a quienes se hallan vinculados por una relación de obediencia.

Los mandatos imperativos del Derecho se refieren siempre a conductas (bien mandándolas, bien prohibiéndolas) por lo que un precepto que no haga referencia a un comportamiento, que no manda ni prohíbe nada no es propiamente un precepto jurídico, aunque se halle inserto en un texto legal. Tal como sucede en las llamadas normas de organización. Madrid capital del Estado.

• LA ALTERIDAD

Se entiende por alteridad aquel carácter en virtud del cual el Derecho sólo se proyecta sobre relaciones establecidas entre dos o más sujetos, es decir cuando la acción de un sujeto está realizada respecto de otro. Carecería de toda lógica un Derecho dictado para R. Crusoe en su isla.

El Derecho sólo se manifiesta en el seno de la vida social. Hay por tanto una conexión entre Derecho y sociedad, tal que sin ésta no puede existir aquél. Pero las vinculaciones entre ambos son tan estrechas que es igualmente válida la afirmación de que la sociedad no puede existir sin Derecho, hasta el punto que algún autor ha afirmado que la vida social tiene una estructura normativa, es decir, jurídica. No hay conocimiento de grupo social que no haya estado regido por normas de Derecho. En las sociedades primitivas el Derecho es un ordenamiento primario y elemental que a través del tiempo se depura y adquiere una mayor complejidad.

• LA COERCIBILIDAD

Propiedad que tiene el Derecho de poder imponer siempre su cumplimiento recurriendo incluso a la fuerza, si ello fuese necesario. El Derecho debe cumplirse siempre de modo espontáneo cuando el obligado se aviene a ello o de modo forzado, coactivo en el caso contrario.

El Derecho por tanto necesita de la fuerza para imponerse llegado el caso y para ello ha de contar con resortes eficaces que le permitan llevar a cabo esa imposición forzosa

La imposición del elemento fuerza como nota característica del Derecho puede expresar algún escrúpulo. Entre los rasgos más destacados del Derecho se encuentra el haber constituido un elemento civilizador, gracias al cual se había ido sustituyendo la imperio de la fuerza por el triunfo de la razón y justicia ¿Cómo entonces se pretende relacionar fuerza y Derecho?

Para poder conseguir esto, desterrar la idea de que la fuerza es algo intrínsecamente malo, la fuerza en sí misma no es buena ni mala, calificativos que son aplicables a las conductas de los hombres, lo que cabe juzgar es que si el empleo de la fuerza que se haga es bueno o malo.

A la fuerza que se hacía mención es a la física del hombre. Cuando se hable de que el Derecho es coactivo, se está refiriendo a la fuerza que ejerce el Estado, de manera que cualquiera sabe de antemano cual es su medida y hasta donde puede llegar, ya que se trata de una fuerza que el Estado no ejerce de modo incontrolado, sino con sujeción a unas normas que regulan su ejercicio.

El problema que se plantea es si la fuerza se le debe considerar o no como un elemento esencial del Derecho, como algo que acompaña siempre al Derecho o bien como un factor no esencial del mismo.

De un lado es necesario que el Derecho cuente con la fuerza suficiente para imponerse a quienes se nieguen a su cumplimiento. De otro, el Derecho es observado espontáneamente, lo cual contradice la idea de una fuerza siempre presente. Otro elemento que suele aducirse es el de que existen ciertas obligaciones cuyo cumplimiento jamás puede exigirse por la fuerza. Ejemplo. Contrato a un cirujano para una operación, a la que se niega. ¿Puede ser obligado por la fuerza a cumplir su deber jurídico?. Se podrá reclamar una indemnización que el juez le condene a pagar, pero lo cierto es que la obligación que contrajo no habrá tenido cumplimiento.

Algún sector doctrinal a apelado para resolver el problema a distinguir entre coacción y coercibilidad. Coacción es la imposición siempre forzosa del Derecho y coercibilidad es la posibilidad de la imposición.

Conforme a estas tesis el esquema práctico sería el siguiente: El Derecho se dicta imperativamente con pretensión absoluta de efectividad. Si se obtiene cumplimiento espontaneo, la fuerza no aparece por ninguna parte, puesto que no es necesaria. Pero si se manifiesta una voluntad rebelde al cumplimiento, el Derecho recurre a la fuerza para doblegarla y hacer que su mandato no sea puramente ficticio, es decir utiliza la posibilidad que siempre tiene de imponerse forzosamente, bien exigiendo la realización de obligación jurídica o bien forzando al cumplimiento de una obligación sustitutoria.

LA DESCRIPCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO

• Los elementos del derecho subjetivo. Su concepto

El primer dato que se descubre al analizar el derecho subjetivo es que se trata de una facultad, una posibilidad de obrar que dispone el sujeto. Pero decir facultad es decir al mismo tiempo poder, cuando afirmo que tengo derecho a tal cosa, lo que estoy expresando es que ostento la facultad de hacerla, que puedo hacerla. De donde resulta una importante consecuencia; que el poder no es exclusivo del Estado, sino que también se manifiesta en los particulares a través del derecho subjetivo, es un poder diferente pero no deja de ser poder.

La consideración del derecho subjetivo como poder tiene una consecuencia inmediata, la de que para que exista tiene que considerarse dos sujetos (alteridad). ¿Qué sentido tiene que yo me considere acreedor sino hay deudor hacia mí?

De modo que encontramos dos elementos constitutivos del concepto de derecho subjetivo: la facultad y la obligación correspondiente. Esta correlación entre derecho y deber es absoluta sin excepción; frente a todo titular de un derecho subjetivo tiene que haber indefectiblemente alguien sobre el que se dirija el poder de

aquél.

El deber u obligación puede revestir otras manifestaciones, una veces debe consistir en hacer algo; si yo tengo derecho a que se me pague algo, el obligado tiene el deber de pagar, es decir tiene que adoptar una posición activa. Otras veces el deber jurídico consiste en un no hacer, en abstenerse de obrar, adoptando una posición de inactividad.

Un tercer elemento que entras en el concepto de derecho subjetivo es la sombra sobre la que se basa siempre aquél. Pudiendo definir entonces el derecho subjetivo como la facultad atribuida por la norma a un sujeto.

- **El contenido del derecho subjetivo.**

Sólo son dos los ingredientes; el disfrute y la prestación. En términos generales puede afirmarse que el disfrute constituye la perspectiva interna del derecho subjetivo, mientras que la prestación se refiere a su proyección externa.

El término disfrute es suficientemente expresivo y alude a que el derecho proporciona a su titular el goce o satisfacción de poseerlo, con todas las ventajas que ello trae consigo. El derecho a la propiedad permite a su titular poseerla. Usarla, obtener rendimientos. Sin embargo esta noción de disfrute que resulta tan evidente, no lo es tanto en otros supuestos. El derecho de sufragio, en este caso el disfrute se reduce en realidad al mero ejercicio del derecho.

La pretensión hace referencia a la proyección hacia fuera del derecho. El titular del derecho se dirige a otros pretendiendo y exigiendo de ellos una determinada conducta, puede ser de hacer o de no hacer algo.

Así, en un derecho de crédito, la pretensión es lo que verdaderamente resulta. Al contrario hay derechos como el de la propiedad, en lo que verdaderamente ostensible es la facultad del disfrute, pasando a un segundo plano la pretensión, que sólo aparece en el supuesto de que alguien perturbe es propiedad, y será entonces cuando el titular se dirija a aquél pretendiendo o exigiendo del mismo que se abstenga de tal actitud.

- **Clases de derechos subjetivos**

Aunque el derecho subjetivo constituye una noción unitaria, pueden distinguirse diversas especies del mismo: los derechos reales y los derechos obligaciones, según se ejerzan frente a sujetos indeterminados o determinados.

En los derechos reales que son los que se proyectan sobre las cosas, el sujeto obligado está indeterminado, en el sentido de que puede ser cualquier miembro del grupo social, el derecho a la propiedad exige de todos en general que no perturbe su relación con la cosa, en Derecho Romano se decía que tales derechos se ejercían frente a todos.

En cambio en los derechos obligacionales, la persona sobre la que recae el deber es determinada, el derecho está desde un principio perfectamente individualizado, el titular de un derecho de crédito sabe desde un principio quien es el deudor.

Ultimamente existe una diversificación más moderna en la clasificación de los derechos subjetivos atendiendo al grado de intervención de la voluntad del titular.

- Los derechos de libertad que son aquellos en los que el poder o facultad del derecho se ejerce con las prácticas de actos que éste puede realizar libremente. Entran en esta categoría los derechos reales. En este tipo de derechos la voluntad del titular tiene escasa relevancia. Por ejemplo, tratándose del derecho a la propiedad, si es perturbado, será el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales el que reaccione contra

el infractor, tomando a su cargo la exigencia del cumplimiento de la obligación.

- Los derechos de pretensión, en los que la voluntad del titular es decisiva a la hora de exigir su efectividad. El titular de un derecho de crédito tiene una pretensión o exigencia frente al deudor. Este se corresponde con lo definido como derechos obligacionales.
- Los derechos de modificación jurídica, que son aquellos que confieren al titular la posibilidad de dar nacimiento a nuevas situaciones o relaciones jurídicas y modificar o extinguir las existentes. El dueño de una cosa tiene derecho a venderla, con lo que extingue desapareciendo de su patrimonio, el derecho de propiedad. El testador tiene derecho a elegir el destino de sus bienes. En todos estos casos el ejercicio del derecho produce una modificación en la esfera jurídica del titular. Aquí la voluntad del titular alcanza el grado máximo, aunque no quiere decir que sea absoluta, ya que en cualquier caso habrá de moverse dentro del marco legalmente constituido. El testador verá limitada su voluntad por lo establecido en el C.C. acerca de la legítima de ciertos herederos.
- **Los sujetos del derecho**

Se entiende por sujeto el titular del mismo. Pero como frente a un titular hay un obligado, llamaremos al titular sujeto activo y al que soporta el deber jurídico correlativo al derecho lo llamaremos sujeto pasivo.

Sólo el hombre es posible centro de interpretación jurídica. Por lo que todo hombre es sujeto de derechos, activo o pasivo. Esta afirmación es hoy universalmente aceptada, no como en la antigüedad y sus Derechos, en los cuales existían dos categorías de hombres excluidos de la esfera jurídica, los esclavos y los extranjeros.

Aunque el derecho subjetivo se concibe como una facultad del sujeto, se sostiene por algunos autores la posibilidad de que existan derechos sin sujetos. Como ejemplo tenemos la herencia yacente, o el título al portador abandonado. Yacente es la masa hereditaria cuando aún no hay heredero por la razón que sea. Las tesis actuales se inclinan más por la solución de que en estos casos hay un titular, si bien es indeterminado temporalmente.

- **La persona como sujeto del derecho subjetivo.**

En terminología jurídica el sujeto del derecho suele denominarse persona, por lo que queda: toda persona es sujeto de derecho. Esta palabra tiene un curioso origen. Persona era la careta, que para distinguirse en el teatro, los actores portaban. En un proceso de evolución, la palabra persona pasó de designar la careta a designar también al actor y después al hombre en general. Este es el concepto en lenguaje coloquial, donde con persona nos referimos a un miembro de la sociedad.

Pero en el terreno jurídico persona no se identifica con hombre, sino con sujeto de derechos, de modo que para los juristas el término en cuestión no hace referencia sólo al hombre en singular, sino a otros entes supraindividuales a los que el ordenamiento jurídico atribuye igualmente la titularidad de derechos y obligaciones. Persona individual y persona colectiva. La persona individual, también llamada física coincide con el hombre.

Todos los ordenamientos, ya desde el romano, establecen unas condiciones de hecho que han de cumplirse para que el Derecho reconozca la existencia de una persona, como la de que el feto viva un cierto tiempo, que en el Derecho Español es de 24 horas, con vida independiente de la madre, de modo que a efectos jurídicos si muriese antes de transcurrir ese tiempo, habrá sido por supuesto hombre, con lo que si alguien le mata, habrá cometido asesinato, ya que el Derecho considera como delito la muerte violenta de todo hombre, pero no persona. Esta distinción no es una sutileza o un leve matiz, ya que a veces suele conducir a importantes consecuencias prácticas. Ejemplo, un padre fallece durante la gestación, con arreglo al C. Civil, el nacido heredará al padre premuerto, pero si el hijo muriese antes de las 24 horas, como no ha adquirido la condición de persona no puede ser sujeto de derechos. No puede por ello ser heredero de su padre ni, transmitirle a su muerte derecho alguno a la madre, que sería la sucesora legal de vivir más de 24 horas. De modo que la fortuna del padre tiene uno u otro destino si muere a las 20 o 26 horas.

Junto a las personas físicas están las personas colectivas, llamadas también personas morales o personas jurídicas. Se trata de entidades de carácter supraindividual, a las que el ordenamiento jurídico reconoce como posibles titulares de derechos y obligaciones, otorgándoles la condición de persona. Son de muy variada índole, corporaciones, fundaciones, asociaciones.

Por más que el derecho reconozca uno y otro tipo de persona, está claro que no puede haber identidad en el tratamiento que el ordenamiento dé a una y a otra., No sólo por su diferente estructura, sino también porque el conjunto de derechos de que puede ser titular la persona colectiva tiene por necesidad que ser mas reducido que la de la persona física, matrimonio, divorcio, herencia. También se diferencia en como ambos entran en la vida el derecho. La persona física existe con el simple nacimiento del feto, con la condición temporal antes mencionada, mientras que las personas jurídicas han de constituirse mediante una serie de actos formales regulados por las normas.

- **El objeto del derecho subjetivo.**

Se entiende por objeto del derecho subjetivo aquella realidad sobre la que éste se proyecta. Es la cosa sobre la que recae. En el lenguaje jurídico la palabra cosa tiene un contenido muy amplio, de modo que comprende todas las realidades materiales así como las inmateriales. Por ejemplo cuando una accionista vende a otro su derecho a participar en una ampliación de capital. Supuesto en el cual el objeto del derecho subjetivo es otro derecho.

Pero no toda realidad puede ser objeto del derecho, quedando excluida las siguientes.

- Los derechos inherentes a la propia condición humana, como los derechos fundamentales.
- Las realidades inaprensibles, como las estrellas, las nubes, no pueden ser objetos de derecho.,
- Aquellas cosas que por razón del respeto que inspiran o por su relación con la divinidad están fuera del tráfico jurídico, son las que los romanos llamaban res sacrae, cosas sagradas, que consideraban como res extra commercium, cosas fuera del comercio.
- Las cosas comunes como el aire, el agua del mar que no son susceptibles, por su naturaleza de adscribirse al patrimonio de una persona.
- El hombre que por su condición y dignidad es un ser con fines propios y por tanto no puede ser medio para otro, como sucedería siendo objeto del derecho de ese otro, de ahí la prescripción de la esclavitud.

TEMA 3

¿DE DÓNDE PROCEDE EL DERECHO?

- EL DERECHO Y LA HISTORIA
- LAS FUENTES HISTORICAS DEL DERECHO
- LOS DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD
- DERECHO ROMANO
- DERECHO MEDIEVAL
- DERECHO MODERNO

TEMA 3

¿DE DÓNDE PROCEDE EL DERECHO?

EL DERECHO Y LA HISTORIA

En los albores de la humanidad reina la guerra, la violencia, la venganza... Dentro del ámbito de esta última una primitiva regulación exigía la igualdad entre el daño y el acto vengativo, ley del Talión. Después se admite la compensación y el rescate de la ofensa, la víctima prefiere unas cabezas de ganado a ejercitar su venganza. La colectividad impone en aras de la paz el pacto o composición entre las partes. Cuando no se ponen de acuerdo se vuelve a la venganza, deciden los dioses en las ordalías y actos mágicos o los sacerdotes interpretan la voluntad divina. No siempre ni en todas partes se ha seguido este proceso, al clasicismo de Roma con el triunfo de la justicia y el derecho siguen las sombras de la Edad Media.

El Derecho, como el hombre para el que se crea, ha estado dominado por los avatares de la historia, de sus calmas y temporales.

LAS FUENTES HISTÓRICAS DEL DERECHO

Históricamente este poder de dictar normas obligatorias para la comunidad ha tenido una extensa evolución en el transcurso de los siglos. Originalmente las concepciones mágico religiosas del hombre primitivo le lleva a aceptar las normas dictadas por la divinidad, mediante revelaciones a sus brujos y sacerdotes, a los que considera dotados de potencia divina. En una sociedad evolucionada como la griega o romana, se separan las leyes creadas por los órganos de poder de los preceptos rituales. Este poder de crear derecho se atribuye al rey, dictador, magistrados, consejo, senado o al pueblo reunido en Asamblea. Existen unos principios o normas superiores que regulan el ordenado funcionamiento de estos órganos y que reciben el nombre moderno de constitución. En la historia existen periodos de crisis en que la constitución se rompe o altera, bien de forma pacífica o de manera violenta o revolucionaria.

Se distingue entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento del Derecho. Los primeros son los órganos de creación del derecho y los segundos son los libros, documentos y textos jurídicos en que esas creaciones se concentran y materializan.

LOS DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD

En las creencias de los pueblos antiguos las leyes las dictaban los dioses y la aplicaban los sacerdotes dotados de poderes sobrenaturales. Creencias basadas en la fuerza de la naturaleza y en los seres que la dominan, dan paso a creencias religiosas donde el hombre se encuentra obligado con la divinidad. El Dios decide sobre la justicia e injusticia de los actos humanos, designa también el jefe de la comunidad, ejemplo del Código de Hammurabí, XVIII a.C.

El mismo carácter de íntima relación entre lo jurídico y lo divino lo tienen otros avanzados Derechos de la Antigüedad. Los griegos no deslindaron lo jurídico de lo religioso y sólo ofrecían un rudimentario y primitivo ordenamiento del Derecho.

En relación con el único sistema jurídico conocido en esa primera época, el Derecho Romano, pueden destacarse los siguientes caracteres de los derechos de la antigüedad.

- No se distingue en el comportamiento humano los preceptos humanos y religiosos, los que obligan en la esfera interna de los que obligan en la esfera externa. No existe el Derecho como ámbito independiente de la Religión y de la Moral.
- El juez, como sacerdote e interprete de la divinidad y de las ancestrales costumbres de los antepasados decide libremente sin atenerse a reglas preexistentes.
- No existe una ordenación o sistema de preceptos con criterios lógicos. Todo lo más se clasifica las decisiones por los sujetos a quienes se dirigen.

DERECHO ROMANO

En la Historia del Derecho ocupa una posición privilegiada. Se considera el ordenamiento modelo y por ello se le califica de clásico y a su constante imitación en todas las épocas, clasicismo.

Este ordenamiento jurídico ofrece un ejemplo único de una evolución histórica de más de trece siglos, desde la fundación de Roma hasta la muerte de Justiniano (VIII ac–V dc). Además su vigencia continua, en una plena y nueva vida hasta nuestros días.

El cultivo del Derecho Romano ha dado origen a una ciencia en cuya investigación y enseñanza participan todos los países cultos del mundo.

En este largo periodo histórico de vigencia podemos distinguir las siguientes etapas.

Las Civitas Romanas

Tras su fundación, Roma adopta la forma de polis, civitas o ciudad Estado. En lo militar era un fuerte, en lo religioso era el templo, en lo político era el lugar donde se ejercía el imperium, primero el Rex en la Monarquía y después los dos cónsules en la República. Les asesoraban el Senado o consejo de ancianos y las más importantes decisiones de la colectividad se sometía a comicios populares.

En esta etapa originaria, las formulas procesales y los esquemas negociales responden a la personalidad individualista del ciudadano romano. Las reglas por las que se regían los procesos eran custodiadas por el Colegio de Pontífices, y en ellas todavía se encontraban mezclados los rituales religiosos (fas) y los procedimientos civiles (ius). Juristas laicos sustituyen a los sacerdotes, y con la publicación de la Ley de las XII Tablas, primitivo código que consagraba en breves y esquemáticos preceptos las costumbres de los mayores o antepasados (mos maiorum), se inicia una labor de interpretación. Los jurisconsultos aconsejan a los ciudadanos sobre acciones a ejercitar para tutelar y hacer efectivos sus derechos. Las primitivas formas de actuar en juicio son las acciones de la ley (legis actiones), donde prevalece la iniciativa de los litigantes y el pretor pone paz entre ellos y encauza el litigio para someterlo a un juez o árbitro.

Se identifica la posesión con la cosa poseída, el derecho de servidumbre con el paso o camino sobre el que se ejercita. Sobre el huerto familiar (heredium) el jefe de la familia (paterfamilias) ejerce el mancipium. Para transmitir la propiedad sobre todo esto debían celebrarse los actos de mancipatium o la cesión ante el magistrado (in iure cessio). Sobre los objetos de esta propiedad el romano ejercita la vindictio o reivindicatio, reclamación de la cosa que le pertenece. Las tierras ocupadas a los enemigos en las guerras tienen el régimen de posesiones, sobre estas tierras se atribuye el uso, el aprovechamiento de los frutos y el poder defenderla mediante los interdictos posesorios (uti, furi, haberes; possidere).

Las obligaciones o relaciones entre los ciudadanos que se comprometen unos con otros a dar, hacer o prestar, están dominadas por el vínculo que hace, primero con la aportación, como garantía, del propio cuerpo (nexum) y después con el patrimonio. La entrega de una cantidad (datio) genera la obligación de devolverla (credere) por lo que en caso de negarse el obligado a restituirla, se ejercita una acción crediticia.

Otras acciones nacen de obligaciones que nacen de delitos. En estas obligaciones se distingue el dolo y la culpa.

Las familias y las relaciones familiares están dominadas por la potestas del paterfamilias; sobre la mujer (manus), sobre los esclavos (dominica potestas). Todos los sometidos a la potestad del jefe de familia forman la familia agnaticia diferente de la cognaticia, unidas por vínculos de sangre. Las relaciones jurídicas familiares se configuran en torno a la entrada, cambios o extensión de las potestas. Así el matrimonio aparece regulado por la conventio y manun. La dote de la mujer pasa a propiedad del marido y sólo puede reclamarse a

la disolución del matrimonio.

La herencia primitiva aparece como una sucesión en la jefatura de la familia, en el patrimonio familiar, en las creencias y cultos a los antepasados y dioses. Este puede designar sus sucesores al frente del patrimonio familiar, por medio del testamento, realizado conforme al ritual de la mancipatio o venta simbólica o ante el ejército antes de comenzar la batalla (testamentum in procinctu)

Esta concepción individualista del patrocinado romano, con la aceptación de los principios tradicionales, se ve pronto superada por la influencia de una serie de factores políticos, sociales y económicos, que llevan a un sistema jurídico más abierto y progresivo. Ante todo por la sublevación de los plebeyos. Cuando finalizan estas luchas la constitución de las civitas patricio plebeyas alcanza su apogeo en los S. III y II a.C.

El Imperio Romano y el Derecho Clásico.

Después de un largo periodo de crisis y de guerras sociales, donde la constitución republicana rompe con frecuencia el equilibrio de poderes. Roma debe buscar nuevos esquemas políticos que le permitan pasar del gobierno de la urbe al imperio de la orbe.

A pesar de los cambios y de los avatares políticos, los últimos siglos de la república son fecundos en el mundo del Derecho. Con métodos de pensamiento de la filosofía griega, los grandes maestros de la república realizaron una labor de orden y sintonización de las decisiones, reglas e instituciones jurídicas. En su labor creativa decidieron gran número de casos y establecieron reglas y doctrinas seguidas después por los juristas del principado. Con la instalación de este nuevo orden político que impone Octavio Augusto, se abre un largo periodo de paz.

En este periodo tiene lugar el apogeo de la cultura jurídica, llamada clásica o modélica. Ello se debe a la labor de los juristas clásicos, que en un sentido real y práctico, siempre apegados a los conflictos reales de los ciudadanos, supieron crear los cimientos de un Derecho de valor universal. Sin rupturas con el pasado y en el respeto a la tradición, los jurisconsultos estaban convencidos de que el Derecho, como decía Cicerón, se forma por el devenir de los siglos y se consolida por el uso y la antigüedad.

En su edicto anual el Pretor anuncia las nuevas acciones que pueden ejecutarse durante su mandato, se crea un nuevo procedimiento, más ágil y flexible, basado en la forma de documentos escritos en el que se concreta las peticiones de las partes, y la orden que el Pretor, después de la primera fase, in iure, da al juez de dictar sentencia, como final de la segunda fase, apud iudicem. Se separa así en estas dos fases la atención a las cuestiones de Derecho que decide el Pretor, y la comprobación de los hechos que realiza el juez.

En materia de propiedad y posesión, junto a la acción reivindicatoria, que permite la recuperación de la cosa por el propietario, el Pretor crea la acción publicana, para proteger al poseedor de buena fe en tanto transcurre el tiempo necesario para adquirir la propiedad por usucapión. También el concede los interdictos posesorios para tutelar provisionalmente la posesión y así preservar la paz social.

En los derechos de obligación, la creación de los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato representa un importante progreso jurídico en cuanto se da una mayor relevancia a la voluntad de las partes. Sobre el formalismo de los antiguos contratos verbales (sponsio y stipulatio), los nuevos contratos se basan en el recíproco consentimiento de las partes, expresadas en cualquier lengua o signo.

En materia de delitos, la labor de interpretación de la jurisprudencia, lex aquilia de danno, lleva a los conceptos de dolo y culpa.

En el Derecho de Familia y de Herencia, la labor del Pretor inspirada, inspirada por la jurisprudencia, ofrece

nuevos cauces y medios procesales a los parientes de sangre hasta hacer prevalecer la familia natural ante la agnaticia. El régimen de matrimonio libre hace que la mujer no esté sometida al marido y tenga plena capacidad para disponer de sus bienes. También a los hijos aunque permanezcan bajo la patria potestas se le reconoce progresivamente capacidad procesal y negocial. La herencia adquiere un sentido exclusivamente patrimonial y se configura como una universalidad. En consecuencia el testador dispone de la herencia en un acto único; el testamento. El heredero también la adquiere por otro acto único; la adición. Y la acción de petición de herencia es de carácter universal. Cuando una persona muere sin hacer testamento se abre la llamada sucesión intestada (ab intestato).

El Dominado y la crisis del Imperio Romano

La crisis se produce por una serie de factores internos y externos que generan una larga decadencia que lleva a la conquista por los bárbaros y la desaparición del imperio romano de occidente.

A la crisis económica que originan las sucesivas guerras se une una profunda crisis moral y religiosa. Algunos emperadores como Diocleciano se esfuerzan en restaurar los cultos y creencias de la religión romana y otras creencias orientales. El cristianismo con su profunda renovación de valores y renuncia a lo terrenal fue un importante factor de disgregación del Imperio. Constantino con el Edicto de Milán, confirma la tolerancia hacia el cristianismo, convirtiéndola en religión oficial.

Con el Dominado aparece un nuevo sistema político, en el que el Príncipe se convierte en señor, (dominus) y los ciudadanos en súbditos. Con ello se instaura un sistema de monarquía absoluta o autocracia. La disgregación del Imperio se consumará cuando Teodosio lo divide. Después de varias invasiones bárbaras el Imperio de Occidente cae en el año 476 siendo emperador Rómulo Augusto. Sin embargo la historia del Derecho Romano sigue en Oriente en el Imperio Bizantino, que se extiende durante un largo periodo histórico hasta la conquista de éste por los turcos en el S. XV.

Especial importancia tuvo Justiniano que realizó la gran compilación del Corpus Iuris, formado por el Digesto, obra que recoge los escritos de los juristas clásicos, el Código Compilación de nuevas leyes imperiales y las Novelas; nuevas leyes justinianas. Gracias a esta compilación se conoce la mayor parte del ordenamiento jurídico romano.

El nuevo Derecho que se instaura en esta época se caracteriza por el predominio del poder imperial. Una vez agotada la actividad jurisprudencial y terminada la jurisdicción del poder, el emperador reúne en sus manos los medios de producción e interpretación del Derecho.

Las Constituciones imperiales se denominan *leges* en oposición a los *iura* o escritos jurisprudenciales, y a partir de Constantino, tienen una aplicación general y son de obligado cumplimiento.

El nuevo procedimiento cognitorio oficial se generaliza cuando en el año 342 se suprime oficialmente el procedimiento formulario. Con él desaparecen las distinciones entre acciones civiles y pretorias, acciones y excepciones. Lo que lleva a confundir numerosos conceptos jurídicos, como propiedad y posesión.

Se llega a un contraste entre el Derecho oficial o legislado y la práctica judicial, lo que plantea el valor que debe darse a la Costumbre, sobre todo cuando es contra ley. Mientras Constantino niega que la costumbre tenga fuerza para derogar la ley, Justiniano lo admite.

Especial importancia para la evolución del Derecho tienen los libros de Instituciones, destinados a la enseñanza del Derecho. Entre ellos destaca Instituciones, Cayo S. II d. C. Es la única obra que se ha conservado casi íntegra y por la que se conoce las instituciones clásicas, sobre todo en materia procesal.

DERECHO MEDIEVAL

En Occidente la obra de mayor importancia e influencia fue la Lex Romana Visigothorum, o breviario de Alarico. Esta ley del año 506 promulgada por Alarico fue una recopilación de leyes imperiales romanas y de textos jurisprudenciales y representaba el Derecho culto y oficial frente a los usos y costumbres del Derecho Germánico.

Así el Derecho Medieval se forma por el encuentro y fusión de elementos romanos y germánicos con la inspiración cristiana del Derecho Canónico. Se caracteriza por la diversidad de fuentes y ordenamientos territoriales y locales.

Durante la reconquista de las tierras hispánicas, los monarcas conceden a los territorios conquistados, ordenaciones y privilegios, llamados fueros y cartas pueblas. En la aplicación del Derecho las Fazanas son sentencias judiciales a las que se le atribuye el valor de crear precedentes que vinculan a los jueces. Las costumbres locales hacen que se retorne a un puritanismo jurídico, a los duelos y ordalías y en los llamados juicios de Dios.

El descubrimiento del Digesto o Pandectas en Bolonia en el S. XII supone un regreso a las fuentes romanas. Los glosadores inician una labor de comentarios y anotaciones marginales a los textos romanos, denominados glosas. Al mismo tiempo el prestigio de los maestros de Bolonia hace que esta Universidad se convierta en el centro jurídico cultural de toda Europa, y que en ella el Derecho Romano vuelva a ser estudiado y aplicado en las legislaciones nacionales. Así sucede en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, inspirado en el Corpus Iuris y en los glosadores.

El ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI al consagrar como fuentes suplementarias del Derecho Castellano los fueros municipales, reconoce oficialmente la influencia romano-canónica.

La Escuela de los comentaristas del S. XIV realiza comentarios y síntesis de las obras de los glosadores para descubrir principios jurídicos generales. Ellos sientan las bases del Derecho Común con elementos romanos y canónico.

DERECHO MODERNO

El Derecho Común se concibe como un ordenamiento universal basado en el Derecho Romano. La vieja idea que el Derecho Romano era el Derecho Natural de la Cristiandad se convirtió, gracias a la labor de los comentaristas, en una realidad jurisdiccional.

Frente a las tendencias prácticas de los glosadores y comentaristas, se inicia un movimiento humanista en el S. XVI, consecuencia del Renacimiento. Se pretende reconstruir el Derecho Romano en sus distintas fases de formación, liberándolo de las distintas alteraciones introducidas por los comentaristas.

En el S. XVII la Escuela del Derecho Natural, defiende un Derecho Universal para todos los pueblos, fundamentado en el Derecho Romano.

En el S. XIX la Escuela Histórica Alemana considera del Derecho de un pueblo como el producto instantáneo de su propio espíritu. Según esta Escuela el Derecho deber ser considerado como historia y como sistema. Se cultiva un Derecho teórico o de profesores que se distingue del Derecho práctico o de juristas. Los autores del Derecho de Pandectas, que enlaza con la Escuela Histórica Alemana elaboran la dogmática jurídica y constituyeron la base científica para la redacción de los c.c. (códigos civiles).

En la Castilla de la Edad Moderna se publican tres recopilaciones generales: Libro de las Leyes u Ordenanzas Reales de Castilla, más conocido con el nombre de ordenamiento de Montalvo, bajo los Reyes Católicos. La Nueva Recopilación de 1567 bajo Felipe II y la Novísima recopilación de 1805 bajo Carlos IV.

Las recopilaciones de Cataluña fueron también tres: la primera de 1495 de diez libros que sigue el plan del Código de Justiniano, la segunda de 1588 denominada Constitución y Altres Drets de Catalunya y la tercera de 1704, que es una puesta al día de ésta última.

TEMA 4

¿CÓMO SE MANIFIESTA EL DERECHO?

- **LA NORMA JURÍDICA**

- Concepto, expresión y contenido
- La estructura de la norma
- La jerarquía de las normas
- El desarrollo temporal de la norma jurídica
- El lenguaje de la norma jurídica
- Clases de normas jurídicas

- **EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

- Concepto
- El ordenamiento jurídico como sistema
- La coherencia del ordenamiento jurídico
- La plenitud del ordenamiento jurídico

TEMA 4

¿CÓMO SE MANIFIESTA EL DERECHO?

LA NORMA JURÍDICA

- **Concepto, expresión y contenido**

El Derecho es una orden, un mandato por el que se insta a alguien a que realice una determinada conducta o se abstenga de ella.

Pues bien, la norma jurídica es la expresión del mandato del Derecho, la forma o vehículo a través del cual llega al obligado la voluntad del que la envía. Pero en el modo ordinario, como nos comunicamos es con la palabra, por lo que la norma jurídica habrá de expresarse necesariamente con palabras o con oraciones gramaticales o proposiciones, en este caso recibe el nombre de proposiciones normativas. Habrá pues que distinguir entre la norma, el mandato, y la proposición normativa, la expresión verbal de ese mandato. Si bien en la práctica se puede prescindir de tal distinción.

La norma ha de tener un contenido, es decir, un mandato, que puede consistir en que se haga algo o que se deje de hacer ese algo, dando lugar a las normas preceptivas y a las normas prohibitivas.

La necesidad del contenido normativo tiene una excepción en las llamadas normas de organización, que son aquellas que no mandan ni prohíben nada, limitándose a concretar ciertos datos de hecho, cuya determinación resulta necesaria para perfilar las circunstancias y características del grupo social. Ejemplo a. 5 de la C.E. Madrid capital del Estado. El resto de normas se denominan normas de conductas, porque imponen un determinado comportamiento.

- **La estructura de la norma.**

¿Cómo es una norma? ¿Qué estructura tiene?. Para responder a esto el jurista Kelsen ofreció una formula que pese a que es susceptible de críticas, no es aplicable a las normas de organización, resulta aceptable

SI ES H, DEBE SER C

Siendo H un determinado hecho y C la consecuencia atribuida por la norma a la efectiva producción de ese hecho.

Por ejemplo, art. 46 C.C. No pueden contraer matrimonio los que ya estén ligados por vínculo matrimonial. Si una persona ya está casada se produce la consecuencia C, que no puede contraer matrimonio. En la formula no se dice que dado el hecho previsto, se produce necesariamente la consecuencia, no se dice es C, sino debe ser C. Puede ocurrir que alguien ya casado oculte este hecho y contraiga un segundo matrimonio. Dicho de otro modo la norma atribuye consecuencia a los hechos, pero como los hombre poseen una voluntad libre, puede que actúen de forma que no se produzca aquella consecuencia. Esto no ocurre en las leyes naturales, donde lo que se enuncia se cumple inexorablemente. Por ello las leyes se enuncian con el verbo deber ser.

Resulta que será posible que la voluntad humana impida la producción de la consecuencia C aunque se dé el hecho C. Esto significaría que la norma quedaría incumplida. Y como esto daría al traste con la posibilidad de una vida social, hay que impedirlo de algún modo, que es lo que hace la norma jurídica, que prevé una situación para el caso que resulte incumplida.

SI ES H, DEBE SER C

SI NO ES C, DEBE SER S

Los casados (H) no pueden contraer matrimonio (C) conforme al art. 46 del C.C, pero si lo contrajera ese matrimonio es nulo conforme establece el art. 73 del C.C.

La palabra norma es la que más propiamente designa el mandato jurídico, pero no es la única utilizable, también se emplea con frecuencia el término ley, para hacer referencia de modo genérico a cualquier disposición. El uso de ley como sinónimo de norma tiene el inconveniente de que a veces puede resultar equívoco, pues estrictamente hablando, por ley se entiende un tipo especial de norma y no cualquier norma.

• La jerarquía de las normas

Si bien las normas son expresión del mandato jurídico, no todas tienen el mismo valor normativo o rango, dando lugar a lo que se llama la jerarquía de las normas. La consecuencia inmediata es la supeditación de las inferiores respecto de las que están por encima, de manera que una norma inferior nunca puede establecer nada que contradiga a lo ordenado en otra superior, art. 1 C.C. carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

A la cabeza de la escala jerárquica está la Ley, que es la norma de mayor rango y a la que están sometidas todas las demás (en el sistema español), se caracteriza porque su elaboración corresponde a las Cámaras Legislativas. En nuestro ordenamiento existen dos clases de Leyes; las Orgánicas y las Ordinarias, las primeras requieren mayoría absoluta y la segunda mayoría simple, para aprobarse, modificarse...

Después viene el desarrollo reglamentario de la Ley, que son los Decretos que constituyen el segundo escalón en la jerarquía normativa correspondiendo su elaboración al Consejo de Ministros, en caso de urgencia, art. 86 C.E. Un caso específico es el Decreto Ley, que tiene rango de Ley pero es dictada por el C. de Ministros pero que ha de pasar lo más rápido posible al Congreso para que sea convalidada o no.

En el tercer escalón tenemos las Ordenes, que son emanadas por los distintos ministerios.

El esquema se complica cuando como en el caso de España, tenemos las CC.AA, con sus propios parlamentos y órganos de administración con capacidad legislativa, con los límites establecidos en la C.E.. La prevalencia o no de las normas de las comunidades sobre las estatales se determina por los preceptos constitucionales y por los Estatutos de cada comunidad.

En esta escala normativa se echa de menos la C.E., que en sí es una norma jurídica, la de más alto rango, de modo que toda norma sea del rango que sea, ha de estar conforme a los preceptos y principios de la C.E. Nace así el concepto de inconstitucionalidad, cuando esta es apreciada por el T.C. la norma en cuestión queda invalidada.

- **El desarrollo temporal de la norma jurídica**
- El nacimiento de la norma jurídica.

Hay un tipo de Derecho, el consuetudinario, que es generado por la sociedad de modo informal, espontaneo, a través de conductas hasta constituir costumbre a las que el propio pueblo les atribuye fuerza de obligar, por lo tanto resultaría imposible señalar el momento del nacimiento de estas normas.

De todas las demás normas si que es posible datar su nacimiento, que se produce en fecha perfectamente determinada mediante la promulgación. En nuestro sistema jurídico, el precepto clave para determinar el nacimiento de la norma es el art. 20 del C.C. las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa.

No basta que la norma haya aparecido publicada en el BOE, sino que para considerarla en vigor, es decir, nacida, hay que esperar un lapso temporal conocido como *vacatio legis*, vacaciones de la ley. Cuando sea aconsejable por alguna causa puede acortarse e incluso suprimirse este tiempo, coincidiendo entonces la publicación con la entrada en vigor.

El objeto de esta *vacatio legis* viene debido a tiempos pasados, donde la precariedad de las comunicaciones hacia que el texto fuese divulgado con lentitud, llegando en diferentes días a diferentes sitios, con lo que estaría vigente en unos lugares y en otros no. Hoy no es realmente la causa, pero la *vacatio legis* existe porque se estima que el ciudadano debe contar con un tiempo prudencial para ajustar sus asuntos e intereses a la nueva norma, por elementales motivaciones de seguridad jurídica.

El artículo también habla de completa publicación, el plazo se cuenta a partir del último día de publicación, es el caso de normas que dada su extensión aparecen en varios BOE.

¿Cuál es el proceso que desemboca en la publicación de la norma?. El caso más complejo es el de las Leyes. El proceso comienza con la preparación de un anteproyecto por el Ministerio correspondiente. Este documento se examina por la Comisión de Subsecretarios y hechas en su caso las modificaciones, pasa al C. de Ministros que delibera sobre él y si lo acepta lo envía a Cortes como Proyecto-Ley, en la Cámara es examinado por la comisión correspondiente, donde puede modificarse a través de las enmiendas presentadas, y una vez aprobado por el Pleno, pasa a su debate y votación. Una vez aprobada pasa al Senado donde se vuelve a repetir lo de la comisión y pleno. La iniciativa corresponde al Gobierno, pero también puede ejercerla el Parlamento, cuando un grupo parlamentario elabora una Proposición de Ley que sigue el mismo camino para los proyectos de ley.

Los decretos son mas simples, pasando únicamente por la Comisión de Subsecretarios, aunque no siempre, y por el Consejo de Ministros que es el que los aprueba. Por último las ordenes son productos tan solo de la decisión del Ministro correspondiente.

b. La vida de la norma jurídica.

Una vez nacida la norma comienza su existencia, su vigencia, a partir de ese momento puede ser invocada por los ciudadanos, teniendo los Tribunales la obligación de aplicarla, los efectos de la norma durante su vigencia se produce de modo inexorable y de manera objetiva, con independencia si los sujetos están enterados o no del contenido de la norma. Esto es lo que expresa el principio de presunción de conocimiento según el cual la ignorancia de las leyes no eximen de su cumplimiento art. 6.1 C.C.

Otro principio básico es el principio de irretroactividad recogido en el art. 2.3 del C.C. las leyes no tendrán efecto retroactivo sino dispusiesen lo contrario Pueden existir casos en que la norma tenga efecto retroactivo, por ejemplo si en virtud de una norma una determinada conducta deja de ser delito, una conducta antes castigada y ahora no, es lógico que ahora se suspendan las penas que fueron impuestas anteriormente.

De modo general puede afirmarse que las normas son territoriales, obligan dentro del territorio en el que son dictadas. Pero hay algunas normas de carácter personal que rigen los actos de las personas allí donde estén. Si un español quiere hacer testamento habrá de otorgarlo conforme a las leyes españolas, aunque se halle en el extranjero. La coexistencia de normas personales y territoriales ocasiona en la práctica tal cúmulo de problemas, que la solución de los mismos ha dado lugar a la aparición del Derecho Internacional Privado.

Todo lo expuesto se refiere a la llamada vigencia técnica, otra cosa distinta es la vigencia social. Puede suceder que una norma sea notoriamente injusta, la norma se aplicará porque tiene vigencia técnica, pero carecerá de vigencia social, será objeto de continua crítica y repudio, lo cual puede obligar al legislador a modificarla.

- La muerte de la norma jurídica.

Las normas están sujetas al implacable proceso de envejecimiento. Cuando esto ocurre la norma acaba siendo anacrónica, no se adecua a la realidad social evolucionada, ya no existe la realidad social para la que fue creada y las circunstancias existentes en ese momento. Un ejemplo lo tenemos en el art. 1800 del C. C. donde no prohíbe los juegos que contribuyen al ejercicio y desarrollo del cuerpo, pelota, carreras a pie, a caballo, de carros. Pero por muy ostensible que sea un anacronismo, la norma seguirá vigente mientras no sea derogada.

La derogación solo puede producirse mediante una norma nueva que derogue a la anterior, estableciendo una nueva regulación que sustituya a la que deja sin vigor. Pero a veces se produce una derogación pura y simple, limitándose a dejar sin efecto la norma, procedimiento poco aconsejable porque puede dar lugar a vacíos normativos o lagunas legales.

Y si se regula un sistema sin derogar el anterior, se produce una derogación tácita, quedando sin efecto en todo lo que no sea compatible con el contenido de la nueva norma.

La derogación ha de contemplarse teniendo en cuenta la jerarquía normativa, una norma sólo puede ser derogada por otra de igual o superior rango.

- El lenguaje de la norma jurídica.

El mensaje que en una norma se contiene es un mandato, pero si este está mal expresado no llegará con fidelidad al obligado por la norma. Provocando que incluso se llegue a no cumplirla por simple desconocimiento, con la consecuencia de la presunción de conocimiento.

La mayor garantía para el obligado es, por tanto, la claridad de la norma jurídica. Esta deber estar redactada de tal forma que cualquier ciudadano de mediana cultura sepa, al leerla, lo que en ella se prescribe. En el BOE se leen textos tan mal escritos, con agresiones van graves a la sintaxis, que incluso expertos en Derecho tienen dificultades para entenderlos del todo.

En Parlamentos anteriores existió una comisión de estilo, que tenía como misión revisar la redacción de los textos legales y corregir los errores sintácticos. Actualmente no existe tal comisión.

Puesto que lo que contiene la norma es un mandato, lo natural sería que en el texto se empleasen términos conminatorios y se utilizase el modo imperativo. Así ocurría en los antiguos textos legales que empleaba términos como ordeno y mando. Hoy se han abandonado expresiones de ese tipo, que daban a las normas un aspecto de tremenda dureza, y se ha sustituido aquel modo verbal por el presente y el futuro, sin que esa dulcificación formal reste efectividad a la norma.

El deseo de suavizar el aspecto conminatorio de los preceptos se manifiesta también en cierto tono didáctico que se dan a las normas mediante la exposición de motivos, explicando las razones que han llevado al legislador a dictar la norma. Esta aparece siempre en las Leyes, casi siempre en los Decretos y a veces en las Ordenes Ministeriales.

• Clases de normas jurídicas.

Por la finalidad a la que se dirigen se distinguen entre normas de conductas y normas de organización.

El objetivo inmediato de las de conducta es regular el comportamiento del individuo o las actividades de los grupos, mientras que las de organización poseen un carácter instrumental, mirando a la estructura y funcionamiento de órganos o la regulación de procesos técnicos, a fin de asegurar una convivencia jurídica ordenada.

Por el grado de imperatividad con que la norma se manifiesta hay normas taxativas y normas dispositivas. Taxativas son aquellas en las que los obligados tienen necesariamente que actuar conforme a lo establecido en ellas, sin que la voluntad pueda decidir otra cosa que no sea su estricto cumplimiento. Art. 1875 C.c. es indispensable para que la hipoteca quede validada que el documento en el que se constituye quede registrado en el Registro de la Propiedad. Esto es taxativo puesto que los interesados no tienen otro camino que el señalado. Normas dispositivas en cambio son las que ofrecen una determinada regulación para una situación, pero que sólo se aplicará si las partes implicadas no han decidido darse otra regulación distinta. Un caso típico es el de la Sociedad de Gananciales que únicamente se aplicará en el caso de que los cónyuges no hayan estipulado otro régimen distinto, conforme establece el art.1316 del C.C.

Atendiendo al modo de vincular la voluntad de los obligados se distinguen las normas preceptivas, las prohibitivas y las permisivas. Son preceptivas aquellas que imponen una cierta conducta y prohibitivas las que vedan o impiden un comportamiento determinado, téngase en cuenta que pocas veces las normas prohibitivas están redactadas en forma de prohibición, siendo lo corriente que señale una sanción para una cierta conducta.

La voluntad de los sujetos se halla mucho más constreñida en las normas preceptivas que en las prohibitivas, pues cuando me encuentro con una prohibición, se que no debo realizar la conducta indicada, pero ante mí se abren muchas posibilidades ya que podré hacer cualquier cosa que no sea la expresamente prohibida, no puedo hacer A, pero si B, C.. , mientras que la norma preceptiva me señala un único camino a seguir, sin que mi voluntad pueda determinarse en otra dirección que no sea la establecida, tengo que hacer A y sólo A.

En cuanto a las normas permisivas, ni mandan ni prohíben, se limitan a autorizar determinado comportamiento. Algún sector de la doctrina niega la existencia de normas de este tipo, ya que existe un principio en virtud del cual es lícito todo aquello que no esté expresamente prohibido.

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

• Concepto

Las normas jurídicas suelen estudiarse como entidades que tienen sus propias estructuras, que no constituyen elementos aislados, sino que al contrario su eficacia opera dentro de un conjunto en el que se encuentran integradas; el ordenamiento jurídico.

Esta expresión tiene tres acepciones: la territorialidad conforme a la cual un ordenamiento jurídico es un conjunto de normas que está vigente en un determinado territorio. La histórica o conjunto de normas vigentes en el pasado en una concreta organización, y la sectorial, conjunto de normas que regulan un cierto tipo de relaciones.

- **El ordenamiento jurídico como sistema.**

El ordenamiento jurídico es un sistema, un todo cuyas partes, las normas, están relacionadas entre sí de un modo armónico y respondiendo a una determinada lógica interna.

Que sea un sistema no quiere decir que su construcción se produzca al modo de cómo se construyen los sistemas científicos. En éste cada nueva verdad es obtenida por deducción de las anteriores. En el ordenamiento jurídico, la incorporación de nuevos elementos al sistema no se produce deduciéndolos de los anteriores, sino que desde fuera del sistema, a través de la actividad legislativa. Esta circunstancia debe tenerse muy en cuenta por el legislador en el momento de la creación de las nuevas normas.

- **La coherencia del ordenamiento jurídico.**

En teoría la coherencia debería ser absoluta, pero en la práctica es posible que no se alcance tal ideal, son tan abundantes las normas y proceden de tan diferentes fuentes legislativas, que es posible encontrar normas contradictorias, dando lugar a antinomia entre ellas, creando el problema de cual será aplicable, problema que especialmente afecta a los jueces. Para resolver los casos en los que se rompe la coherencia del ordenamiento existen tres principios muy antiguos y que está recogidos en el ordenamiento.

- Principio de temporalidad, conforme el cual cuando la antinomia se produce entre dos normas promulgadas en diferentes momentos, la posterior prevalece sobre la más antigua. El criterio es razonable, ya que lo que parece evidente en este caso es que el legislador ha decidido regular la materia de modo distinto a como lo hizo anteriormente.
- Principio de jerarquía, que da preferencia a la norma de rango superior sobre la inferior.
- Principio de especialidad, que determina que habiendo dos normas, una que regula una determinada materia conteniendo normativas especiales, y otra lo hace de modo general, prevalece la primera sobre la segunda, dado que la norma especial lo que hace en realidad es matizar, puntualizar algunos casos respecto de la norma general.

La existencia de estos criterios puede no resolver el problema cuando la antinomia se produce por motivos diferentes, ¿Qué hacer cuando la antinomia se da entre una norma de rango superior y una inferior, siendo la inferior mas moderna que la superior? ¿Se aplica el principio de jerarquía o de temporalidad?.

En estos casos lo que aparece no es una antinomia entre dos normas, sino antinomia entre dos principios aplicables para resolver aquella. En tales supuestos no es posible ofrecer reglas generales de solución, que los jueces tendrán que buscar aplicando uno u otro principio, según cada caso singular y las circunstancias que en él se den.

- **La plenitud del ordenamiento jurídico.**

Cuando en 1804 se publicó el Código Napoleon suscitó tal entusiasmo que se llegó a pensar que su perfección era total, hasta el punto de considerar que en el articulado del mismo se hallaba la solución a cualquier cuestión jurídica que pudiera plantearse, naciendo así el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Pero

se estaba lejos de la realidad, pues por muy minucioso que sea un ordenamiento jurídico, por muy previsores que hayan sido los legisladores, la extraordinaria variabilidad de la vida práctica, hará que inexorablemente se planteen situaciones no previstas en la norma jurídica, dando lugar a las llamadas lagunas del derecho.

Pese a ello, sigue en vigor el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, pero no en el sentido de suponer que en él se encuentran resueltos todos los casos de la vida práctica, sino en el de que, dado por sentado que existen lagunas, el propio ordenamiento ofrece procedimientos para solucionarlas, de manera que el Juez tiene que pronunciar un fallo sobre cualquier cuestión que le sea sometida, basándose en el norma pertinente si la hay, o llenando la laguna cuando esta se presente.

Esta obligación impuesta a los jueces tiene su razón de ser, pues sería gravemente atentatorio a la seguridad jurídica la posibilidad que quedasen sin resolver cuestiones litigiosas o situaciones polémicas por inexistencia de norma aplicable a las mismas.

Nuestro C.C. establece en su art. 1.7 los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidos, la ley, la costumbre, los principios inspiradores del Derecho, siendo esta exigencia tan seria que su incumplimiento haría que se incurriese en el delito de prevaricación previsto en el art. 357 del C.P.

TEMA 5

¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO?

- EL DERECHO Y LOS JURISTAS CLASICOS
- SISTEMAS ABIERTOS Y CERRADOS
- LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL
- INTERPRETACION DEL DERECHO

TEMA 5

¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO?

El Derecho nace como consecuencia de un acto de potestad o de autoridad de quien tiene poder o prestigio para dictarlo. Los jueces aplican el Derecho en virtud de su potestad de jurisdicción. Puede suceder que el precepto jurídico o la ley no incluya en su redacción el caso a decidir por lo que es necesario que el juez lo integre o extienda acudiendo a otras reglas y principios. Según el sistema jurídico abierto o cerrado que se considere, el juez crea y aplica el Derecho e sus sentencias o sólo aplica la legislación preexistente.

EL DERECHO Y LOS JURISTAS PRÁCTICOS

Juristas son los que se dedican al estudio y a la práctica del Derecho y hace de la jurisprudencia su profesión. Hoy se distinguen los juristas prácticos que se dedican a resolver los problemas que plantea la interpretación y la aplicación del Derecho. Y los teóricos o científicos del Derecho que lo hacen objeto de estudio.

Históricamente ambas figuras estaban representadas por los mismos juristas. Así como el modelo ideal de hombre culto en Grecia era el filósofo en Roma era el jurisconsulto. Este normalmente de clase noble que sin propósito de lucro y motivado por el deber de ayudar al amigo y al conciudadano responde a las preguntas de todos los que tenían necesidad de un consejo jurídico y aconsejaban también sobre actos y negocios privados.

Las tradicionales funciones del jurista eran:

- **Respondere:** dar respuesta o decisiones jurídicas sobre los casos concretos que los ciudadanos les planteaban
- **Agere:** aconseja sobre las acciones y fórmulas judiciales que debían ejercitarse para la protección de los derechos.
- **Cavere:** proporcionar los esquemas y modelos de los actos y negocios jurídicos.

Los juristas romanos eran ciertamente prácticos y no creaban teorías ni justificaban sus decisiones con fundamentaciones morales o filosóficas. También eran prácticos los glosadores medievales, que con los textos del Digesto pretendían resolver los problemas de su época.

Los humanistas del Renacimiento, en su tendencia culta de estudiar el Derecho en su ámbito histórico crean ya un Derecho científico.

El jurista práctico actual está representado por el abogado. Su oficio comprende diferentes funciones.

- Asesoramiento ante una consulta de los particulares, sociedades privadas o públicas, aconseja sobre los medios más idóneos.
- Asistencia en la redacción de documentos o en la realización de contratos o negocios. Cuando se trata de estructuras públicas que requieren su inscripción en un registro es necesario la intervención de un fedatario público o notario.
- Asistencia e intervención ante la administración.
- Defensa y asistencia ante los juzgados en materia civil, penal,...

SISTEMAS ABIERTOS Y SISTEMAS CERRADOS

Los actuales sistemas jurídicos se vienen distinguiendo en abiertos y cerrados. Los primeros consisten en un sistema vivo y jurisprudencial, en continua creación y evolución mediante las decisiones y sentencias que se dan para cada caso en los tribunales. Los sistemas cerrados consisten en Derecho escrito y compilado en un cuerpo o código. Un ejemplo de sistema abierto es el casuístico inglés y americano, llamados *case law method*. El sistema cerrado es el de los C. C. del Derecho europeo. En una clasificación paralela estos sistemas también se distinguen en problemáticos si se orientan hacia las decisiones concretas y axiomáticos si se trata de sentencias construidas con reglas generales aplicadas a los nuevos casos que se presenten.

Curiosamente el ordenamiento jurídico romano es el centro y fundamento histórico de estos dos sistemas. De una parte la jurisprudencia romana es una actividad creadora del Derecho en continuo progreso y como tal es el prototipo del abierto. De otras las decisiones jurisprudenciales y de las reglas que de ella se deducen han inspirado las normas de los actuales códigos civiles.

• Códigos Civiles

La corriente doctrinal basada en la tradición romanística e inspirada por los autores del Derecho de Pandectas desemboca en los C.C. europeos. En Francia triunfa el movimiento codificador con el Código de Napoleón de 1804. Este código tuvo en España una influencia decisiva en el C.C. de 1889. En Alemania no apareció hasta 1900, por la gran resistencia que opusieron los autores de la Escuela Histórica, al considerar que el código cerraría las fuentes vivas del Derecho como producto espontáneo y genuino del pueblo. Aunque este código quedó anticuado en su época se considera como una obra maestra junto con el Código Suizo de 1912.

• Derecho Inglés y Americano.

Como prototipo del sistema abierto o en continua evolución, los jueces deciden sobre los casos concretos

aplicando la técnica del precedente. También en el Derecho Anglosajón se contrapone el Derecho Legal (statute law) al Derecho de Juristas (common law). Este último es el históricamente mas importante y en él se actúa en virtud de los principios inspiradores de la equidad, en un continuo proceso de elaboración de decisiones casuísticas y precedentes. En la historia del sistema judicial inglés se considera el precedente como la base e impulso evolutivo y creador del derecho. La sentencia en un determinado caso no es adoptada como precedente hasta que no es aceptada por un juez sucesivo. Se considera como vinculantes las decisiones de los tribunales superiores sobre los inferiores.

LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL.

El art. 1.1 del C.C. las fuentes del ordenamiento jurídico español son:

- La Ley
- La Costumbre
- Los principios generales del Derecho.

Esta enumeración de fuentes es la que se ha venido manteniendo tradicionalmente. Sin embargo válido para el derecho privado, no sucede lo mismo para determinados casos del Derecho Público, como el Penal y el Administrativo. Aunque en esta enumeración de fuentes la ley sigue manteniendo su supremacía, no se considera como la fuente única, que en antiguas concepciones, la de los positivistas, sería la única para resolver todos los casos posibles.

La primacía de la Ley resulta claramente del art. 1.3 la costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral y orden público, y que resulte probada No se admite la costumbre que vaya en contra ley (contra legen). Art. 2.2. las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La costumbre sólo se considera como fuente subsidiaria de primer grado y los principios generales del Derecho como fuente de segundo grado

Resumiendo, el juez o tribunal, debe pronunciar su sentencia teniendo en cuenta la Ley y sólo a falta de esta podrá recurrir a la costumbre y en defecto de ésta podrá basar su fallo en los Principios Generales del Derecho.

La Ley

La palabra ley se emplea con múltiples sentidos. En un sentido restringido y técnico, la Ley es una norma estatal y escrita que proviene de las Cortes.

Ahora la Ley como Derecho escrito, se contrapone a la Costumbre, Derecho no escrito. Ley y costumbre se diferencian también por su origen, que en la Ley es concreto y cierto mientras que en la Costumbre es incierto. También se diferencian por la extensión y eficacia, ya que la Ley es genérica y universal, mientras que la Costumbre se aplica en un ámbito territorial reducido.

La Costumbre

En sentido amplio la costumbre es cualquier uso o hábito de la vida social. En sentido jurídico es el uso social que es fuente de decisiones y reglas jurídicas. Los jurisconsultos consideraban la Costumbre como consentimiento tácito del pueblo. En el más antiguo Derecho Romano, se regía por las normas *maiorum* o costumbres de los antepasados.

En el Derecho Postclásico, la separación entre el Derecho oficial y la práctica judicial hace que se dé una mayor importancia a la Costumbre.

Las Partidas definen la Costumbre como derecho o fuero que non he escrito

Las Costumbres se clasifican por su relación con la Ley siguiendo la tradición del Derecho Romano en: según ley (secundum legem), fuera de ley (praeter legem) y contra ley (contra legem).

En el Derecho Germánico se distingue también entre la Costumbre como Derecho Popular y la Costumbre elaborada por los juristas y jueces.

En el Derecho Español sólo se admite la costumbre en ausencia de ley aplicable (praeter legem), según el art. 1.3 del C.C.

- Sólo rige en defecto de Ley aplicable
- Siempre que no sea contraria a la moral y al orden público
- Debe resultar probada. El T.S. ha venido sosteniendo la teoría de considerar la costumbre como un hecho que debe ser probado por quien la alegue.

Los Principios Generales del Derecho.

El art. 1.4 del C.C. dispone los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o Costumbre sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento Jurídico

El precepto señala el carácter subsidiario del principio general en relación con la Ley y la Costumbre. Estos principios se han venido incluyendo en los códigos con distinto significado y alcance.

La redacción actual del C.C. acepta la tesis de De castro – estos principios constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que implantarla y son, en fin, el recurso siempre utilizable de defecto de normas formuladas – para este autor hay tres clases de principios.

Los Principios del Derecho Natural

Los Principios tradicionales o Nacionales

Los Principios políticos, es decir, los que integran la constitución real del Estado.

La jurisprudencia del T.S., ha pasado del rigor de exigir que los principios estén reconocidos en la Ley al más flexible de aceptar los que se relacionan con los admitidos por la jurisprudencia. Esto permitirá a los abogados mayor libertad para alegar principios nuevos, que siendo informadores del ordenamiento jurídico no han sido admitidos por la jurisprudencia.

La mayoría de los principios aceptados por la jurisprudencia anterior y posterior al C.C. son de origen romano:

- Nadie puede ir en contra de sus propios actos (venire contra factorum proprio)
- Nadie puede ser condenado sin ser oído.
- Nadie puede invocar el cumplimiento de un pacto que él mismo ha incumplido.
-

La jurisprudencia.

En sentido general es el conocimiento del derecho. En el actual sentido jurídico, jurisprudencia indica los criterios seguidos en las sentencias de los jueces y tribunales o incluso las mismas sentencias dictadas por estos. La jurisprudencia tiene un valor distinto según sea sistema abierto o cerrado. En el sistema abierto del Common Law los jueces deciden los casos creando reglas y principios jurídicos que en virtud del precedente

vinculan a los jueces posteriores, mediante la decisión de los casos el Juez crea Derecho. En cambio en el Derecho codificado del continente europeo el Juez es un mero interprete de la Ley.

Art. 1.6–7 del C.C. la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el T.S. al interpretar y aplicar la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

El C.C. se refiere expresamente a la doctrina que de manera reiterada establezca el T.S., Las sentencias judiciales pueden ser objeto de recurso de apelación ante el T.S., se denomina recurso de casación, porque se casa o anula la sentencia de un tribunal inferior. En materia civil y penal se plantea recurso de casación contra sentencias dictadas por las Audiencias. En materias laborales contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social, normalmente la apelación se hace ante el T. Central de Trabajo. Ante el T.C. se tramitan los recursos de amparo cuando se trata de derechos fundamentales recogidos en la C.E..

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

El jurisconsulto romano Celso decía que conocer de leyes no consiste sólo en entender sus palabras, sino en comprender su fin y sus efectos.

En sentido genérico, interpretación se utiliza para designar la ejecución de una obra literaria o artística. En aspecto jurídico, interpretar es indagar o esclarecer el sentido del Derecho aplicable a un determinado caso. Debe distinguirse entre interpretación del Derecho o indagación del Derecho aplicable a una situación y la interpretación de la Ley o esclarecimiento del alcance y contenido de la norma jurídica.

Con la publicación del C.C. de Napoleón y el movimiento codificador que lo inspiró, la ley, que se aplica igual a todos los ciudadanos adquiere tal preeminencia que llega a considerarse como una fuente del Derecho. Los jueces estaban obligados a aplicarlas e interpretarlas en un sentido literal. Se identifica el Derecho Positivo con la Ley. Sobre esta interpretación surgen dos teorías.

- La opción tradicional o teoría subjetiva, sostiene que el sentido y alcance de la ley deben encontrarse en la voluntad del legislador que la crea.
- La teoría objetiva defendía que lo que debía indagarse no era lo que el legislador había querido al sancionar la ley, sino lo que en la ley aparece como realmente querido.
- El art. 3.1 C.C. establece que las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del momento.

En la doctrina científica se distinguen otras clasificaciones de la interpretación en su aplicación práctica

- Interpretación auténtica, que es la que procede del mismo legislador. Actualmente se utiliza para rectificar los errores de una Ley
- Interpretación usual, que es la realizada por los jueces y tribunales. Aunque sólo la jurisprudencia del T.S. puede fijar la doctrina legal, se consideran también como precedentes las otras sentencias dictadas por otros jueces.
- Interpretación doctrinal, que es la realizada por los autores y tratadistas. Tiene eficacia indirecta, en cuando no sea acogida por la jurisprudencia.

Atendiendo a sus resultados tenemos la siguiente clasificación.

- Interpretación literal cuando el texto es claro y sus palabras se corresponden con su contenido.
- Interpretación declarativa cuando las palabras admiten varios sentidos y se declara el significado de las palabras de acuerdo con el contenido de la ley. A su vez puede ser:

- Lata. Cuando se acepta el sentido más amplio de las palabras.
- Estricta. Cuando se acepta el sentido más estricto de las palabras
- Interpretación crítica o correctiva cuando se corrige la letra de la ley para ponerla de acuerdo con su contenido o con el espíritu del texto. A su vez puede ser.
- Extensiva cuando la ley por expresarse en términos excesivamente restringidos comprende menos casos de los pretendidos, por lo que es necesaria ampliarla a estos supuestos.
- Restrictiva cuando la ley al expresarse en términos demasiado amplios abarca muchos supuestos y es necesario darle un alcance más limitado.
- Interpretación derogativa cuando la norma no puede aplicarse temporal o definitivamente y se suspende su aplicación.

La jurisprudencia del T.S. ha venido aplicando tradicionalmente los siguientes criterios de interpretación:

- Sentido gramatical: no hay lugar a la interpretación cuando el precepto legal no ofrece duda, no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición
- Sentido lógico: argumentos.
- A maiori ad minus El que puede los más puede lo menos
- A minori ad maius Quien no puede lo menos, tampoco puede lo más
- A contrario Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir
- Reductio al absurdum No es lícito al juzgador ni a nadie entender las leyes de modo que conduzcan a la contradicción y al absurdo
- Criterio finalista o teológico. Si la justicia ha de administrarse justamente no ha de atenerse tanto a la observancia estricta del texto, como a su espíritu y finalidad. La interpretación de los preceptos jurídicos debe tener en cuenta los fines de la institución.
- Criterio histórico-sociológico. Las disposiciones de carácter social dictadas para proteger a los económicamente más débiles se entiende que ha de ser de carácter imperativo y de interpretación extensiva.

TEMA 6

¿SOBRE QUÉ ACTÚA EL DERECHO?

• DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

• RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PÚBLICO

- Derecho Político y Derecho Constitucional
- Derecho Administrativo
- Derecho Financiero, Derecho tributario y Derecho Fiscal
- Derecho Penal
- Derecho Procesal
- Derecho Internacional Público
- Derecho Internacional Privado
- Derecho del Trabajo
- Derecho Canónico

• RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PRIVADO

- Derecho Civil
- Derecho Mercantil

TEMA 6

¿SOBRE QUÉ ACTÚA EL DERECHO?

El Derecho al actuar sobre las diversas relaciones entre los hombres, y de éstos con el Estado y los entes públicos y privados, se divide en ramas o disciplinas jurídicas en atención a los ámbitos en los que se desarrolla.

Originalmente, el Derecho tenía un único campo de aplicación, como reflejo de las relaciones humanas con los Dioses.

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Las dos clases de relaciones, entre los particulares y de éstos con el Estado, originan las respectivas concepciones sobre el Derecho Privado y el Derecho Público. Esta tradicional bipartición del Derecho ha tenido diversas interpretaciones y sentidos en diversas épocas históricas.

En el Derecho Romano, según Ulpiano, dos son las posiciones en este estudio, el público y el privado. Es Derecho Público el que respecta al Estado de la República. Privado el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y cosas de utilidad privada.

Según el historiador Tito Livio la Ley de las XII Tablas era la fuente de todo el Derecho Público y Privado. Las relaciones entre particulares, incluso las delictivas y procesales, permanecen en el ámbito privado, y sólo en época avanzada son objeto de regulación pública.

En la Edad Media debido a la influencia del vulgarismo se confunden las nociones de potestad política y de dominio patrimonial, de sumisión política y de prestación de servicios.

Con la recuperación del Derecho Romano se produce un retorno a la distinción clásica. Las Partidas exponen los distintos deberes que crea la Ley: los de jerarquía, los de iguales o pares y los de subordinación.

Con el Renacimiento, al comienzo de la Edad Moderna, nuevas ideas y teorías surgen sobre esta división. Donello intenta explicar la concepción de Ulpiano, dividiendo las reglas jurídicas conforme a su utilidad pública o privada. Un siglo más tarde se divide el Derecho en Derecho de Gentes que regula las relaciones entre los pueblos, Derecho Privado que se ocupa de las relaciones entre particulares y su comercio y Derecho Público.

La Edad Contemporánea se caracteriza por la pugna entre las tendencias liberales y las institucionalistas sobre la prevalencia de uno u otro Derecho. Con las ideas provenientes de la Revolución Francesa y del Enciclopedismo, se imponen las reivindicaciones liberales que propugnan la supremacía de los derechos innatos del hombre frente al Estado, cuya acción debe reducirse a garantizar un cierto orden y cuidado de los intereses colectivos. El Derecho Público queda reducido al conjunto de normas instrumentales al servicio del mecanismo del Estado, mientras que el Derecho Privado constituye el sistema y fundamento de las libertades y derechos individuales. Sin embargo las necesidades sociales y la crisis del liberalismo imponen la concepción del Estado Providencia y la desmesurada intervención del poder público. El intervencionismo estatal se produce por leyes especiales y cambiantes que reducen progresivamente el ámbito del Derecho Privado.

Se considera que la relación es de Derecho Público cuando el Estado interviene en ella como supremo ente ordenador en virtud de su soberanía. En cambio si el Estado trata o litiga con un particular en un plano de igualdad cosa más teórica que real, entonces la relación es considerada de Derecho Privado y se rige por sus normas.

En el ámbito del Derecho Privado se incluye el Derecho Mercantil, Derecho Civil y los que relacionan a los

particulares en un plano de igualdad aunque estén sometidos a normas públicas de control. Y pertenecen a la estera del Derecho Público, el Derecho Político, Administrativo, Fiscal, Penal. Las nuevas materias y especialidades que se van desgajando de las disciplinas tradicionales, como el Derecho Agrario, Marítimo, Notarial, difícilmente pueden encuadrarse en una u otra esfera, ya que son normas de las dos clases.

RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PÚBLICO.

• **Derecho Político y Derecho Constitucional.**

El Derecho Político se ocupa de las leyes y principios que regulan el gobierno del Estado. El Estado en su concepto actual de organización política unitaria y representativa aparece en el S. XVI cuando se unifican las regiones y minúsculos reinos después de las guerras de religión. El Estado se configura en relación con tres elementos: el territorio o ámbito geográfico, la población que lo habita y la soberanía o poder político abstracto e independiente de los que lo ejercen.

El Derecho Constitucional estudia la Constitución como forma en que se estructura el Estado y se organiza el Gobierno. En las constituciones de los Estados Democráticos se sigue la llamada división de poderes, formulada por Montesquieu en el S.XVIII. Se distinguen los siguientes poderes:

- Legislativo, que tiene como misión elaborar las leyes y que reside en los Parlamentos.
- Ejecutivo, que se encarga de aplicar o ejecutar las leyes y dirige la política y la administración pública.
- Judicial, cuya función consiste en la interpretación y aplicación de las leyes por los jueces y tribunales de justicia, que deben actuar como órganos imparciales e independientes.

Estos tres poderes se limitan y controlan recíprocamente, del judicial y legislativo ejercen el control del ejecutivo para limitar y reprimir las posibles arbitrariedades y abusos de la Administración.

El art. 1.1. de la C.E. establece España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político

El art. 1.2 la soberanía reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado

• **Derecho Administrativo**

El poder ejecutivo tiene como misión principal organizar y realizar servicios públicos en beneficio de la colectividad y para ello se vale de la Administración, formada por una organización burocrática de funcionarios dirigida por el Gobierno. El art. 97 C.E. El Gobierno dirige la política y la Administración, atribuye al gobierno una doble función.

- Representativa y política para dirigir la nación en nombre de la voluntad general del pueblo y
- Organizadora al servicio de los fines de la colectividad.

La Administración Pública es un órgano o ente de la administración de Estado, dotada de personalidad jurídica propia y regulada por una rama especial del Derecho, el Derecho Administrativo. Se entiende como Administración Pública la Administración del Estado, de las C.C.A.A., de los pueblos y provincias y de las corporaciones e instituciones sometidas al control o tutela de la Administración.

El Derecho Administrativo que nace con la Revolución Francesa se fundamenta en la concepción del Estado como persona jurídica independiente de los órganos que lo componen.

Como rama del Derecho Público, el Administrativo, es en parte derecho de la organización de los servicios públicos y en parte, derecho que rige las relaciones de la Administración con los ciudadanos. Art. 9.1 los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico

La Administración se encuentra en un plano de supremacía frente al ciudadano, que se justifica por el interés colectivo, que debe prevalecer frente a los intereses privados.

Frente a ellos, el ciudadano puede invocar las siguientes garantías:

- Garantías económicas. La lesión o el daño económico sufrido por un particular puede ser objeto de una indemnización. El pago del precio justo o justiprecio es requisito previo a la expropiación forzosa.
- Garantías jurídicas. Exigencia de un procedimiento con audiencia del interesado y un sistema de recursos administrativos y contencioso-administrativos, suscitando los primeros ante la propia Administración y los segundos ante los tribunales. Los recursos administrativos ordinarios comprenden: recursos de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución y los de alzada ante el superior jerárquico del organismo en cuestión. Los recursos extraordinarios, como es el de revisión, deben fundamentarse en los motivos concretos establecidos por la Ley y para los supuestos en ella previstos. Existen otros recursos especiales, como el recurso de súplica y la reclamación económico administrativa en materia fiscal.

• **Derecho Financiero, Derecho Tributario y Derecho Fiscal.**

Una de las ramas principales del Derecho Público, por la trascendencia que tiene en las relaciones entre el Estado y los particulares, es el Derecho que se ocupa de los ingresos y gastos del Estado y la manera de atender a estos últimos mediante los impuestos científicamente. Se distinguen tres especialidades:

Derecho Financiero: Conjunto de principios y normas que regulan la recaudación, la gestión y el gasto de los ingresos del Estado y de los entes públicos.

Derecho Tributario: Normas que regulan la imposición y recaudación de los tributos y establecen los medios adecuados para ordenar las relaciones entre los entes públicos, exatores de impuestos y los ciudadanos. Trata de los deberes de los contribuyentes y establece las adecuadas garantías de impugnación y defensa.

Derecho Fiscal: Normas que establecen los impuestos vigentes de los entes públicos, así como los hechos que dan lugar a la imposición y las escalas y cuantías.

• **Derecho Penal**

Uno de los poderes tradicionales del Estado es el de castigar aquellos actos ilícitos que la colectividad considera dignos de ser sancionados con una pena.

Objetivamente el Derecho Penal consiste en el conjunto de normas públicas que tipifican los delitos, atribuyéndoles las penas correspondientes y regulan otras medidas de seguridad.

La antigua severidad de las penas y la aplicación generalizada de la pena capital, ha sido mitigada por las corrientes liberales y humanitarias. Las doctrinas liberales del S. XVIII defienden dos principios: la primacía de la seguridad jurídica y la moderación de las penas. En cuanto a la seguridad jurídica el ciudadano debe estar protegido frente a las posibles arbitrariedades de jueces y funcionarios y de los errores judiciales. Por ello se tiende a la desaparición de la pena de muerte, que no admite ninguna reparación. De otra parte se definen los hechos que constituyen delitos y las penas con que se castigan. De todo lo expuesto se derivan una serie de principios de rigurosa aplicación:

- No puede imponerse una pena si no está prevista por la Ley y para el hecho que se juzga (nulla pena sine lege)
- Las leyes penales son irretroactiva. Art. 1 C.P. no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración.
- No es delito más que el hecho definido como tal antes que se cometa (nullum crime sine previa lege penale).
- Las normas de imposición de penas deben interpretarse restrictivamente y no cabe la extensión por analogía de preceptos penales.

Como resultado de estas tendencias, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 proponía en su art. 8 la ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito.

Las penas se dividen en privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de derechos y pecaminosas.

• Derecho Procesal

El Derecho Procesal como rama del Derecho Público, es el ordenamiento que regula el proceso. Sucesión de actos regulados jurídicamente y desarrollados ante los órganos de la Administración de Justicia, que se inician con el ejercicio de la acción y conduce a la sentencia.

En Derecho Romano, derecho y acción son dos aspectos de una misma realidad. El Derecho Romano es por ello un sistema de acciones. Otra de las características del Derecho Romano es su acusado carácter privado. El magistrado, representante de la civitas, interviene para encauzar el litigio y evita que las partes litigantes se tomen con violencia la justicia por su mano. Por medio del acuerdo o contrato arbitral, como acto central y principal del proceso, se nombra un juez privado, encargado de practicar las pruebas y dictar sentencia. Sólo en la época imperial la instrucción pública atrae a su ámbito los actos procesales mediante mandato del juez, emperador...

Actualmente el Derecho Procesal se incluye en el Derecho Público. Esta inclusión se basa en el carácter público de la organización judicial, en el necesario acatamiento de las sentencias judiciales y en la fuerza coactiva de las medidas de ejecución y aseguramiento.

La jurisdicción es la actividad de los órganos judiciales encaminada a dirimir los conflictos mediante la aplicación del Derecho.

Aunque la jurisdicción sea única como poder y como función, se distinguen las siguientes clases de jurisdicción:

- Jurisdicción Civil: Interviene en los juicios y litigios que se originan principalmente en materias de Derecho Privado. El proceso civil está regulado por la L.E.Civil de 1889, reformado varias veces.
- Jurisdicción Penal: Interviene en las causas penales incoadas por hechos delictivos. L.E.Criminal de 1882 también reformada varias veces.
- Jurisdicción Contencioso Administrativa: Tiene como competencia el conocimiento de los litigios en los que es parte la Administración.
- Jurisdicción Laboral: Es competente para conocer de los litigios que se originan con motivo de las relaciones laborales.
- Jurisdicción Militar: Interviene en el mundo militar, en los delitos cometidos por los militares.
- Jurisdicción canónica: Tiene competencia para conocer las causas o litigios matrimoniales de separación y nulidad entre católicos bautizados. El nuevo código es de 21/1/83.

El proceso civil y penal son objeto de estudio científico y doctrinal por el Derecho Procesal. Las otras

jurisdicciones consideradas por el Derecho Procesal como especiales se estudian dentro de las respectivas materias.

Los procesos o juicios declarativos civiles se clasifican en ordinarios y especiales, según se rijan por las normas generales procesales o las dispuestas para una determinada materia, posesión, divorcio...

• **Derecho Internacional Público.**

Este Derecho regula las relaciones entre los Estados y organizaciones de carácter supranacional. Se distingue entre el Derecho externo en que el Estado interviene como sujeto de la comunidad internacional y el Derecho interno en el que legisla para sus ciudadanos.

Ya en Roma existía un Derecho Internacional, conocido como Derecho de Gentes. En el mundo Cristiano, el respeto a las normas de un Derecho de Gentes y a una comunidad cristiana de naciones, basada en la autoridad del Papa, motivan que las guerras sean consideradas justas o injustas.

La existencia de un Derecho Internacional y de unas reglas de obligado cumplimiento para todas las naciones es una conquista moderna, que todavía presenta excepciones y deficiencias. La voluntad soberana de los Estados aún no acepta plenamente la existencia de organismos supranacionales que puedan ejercer la coacción o la fuerza en caso de violación de los principios y normas. En los modos de resolución de un conflicto, con intervención de un tercero, se distingue entre modos no jurisdiccionales en el seno de las relaciones diplomáticas o en el marco de las Organizaciones Internacionales como la ONU. Y modos jurisdiccionales con la intervención de los Tribunales Internacionales de Justicia.

• **Derecho Internacional Privado**

La frecuencia y facilidad de las relaciones internacionales entre ciudadanos de diferentes Estados hacen que deban existir unas normas para resolver los casos en que éstos aparezcan implicados. Si una alemana se casa con un español ¿se aplica a su separación el derecho alemán o el español?.

Para regular los conflictos de legislación y competencias entre jueces nace el Derecho Internacional Privado. En cuanto se refiere a la actuación de los tribunales son normas de Derecho Público e Interno del Estado, en cuando se trata de relaciones entre particulares, son de Derecho Privado.

Las soluciones son varias, ya que algunas legislaciones siguen el criterio de aplicar sólo la legislación nacional, otras permiten al juez tener en cuenta el derecho extranjero.

Cuando en un mismo Estado existe pluralidad de legislaciones regionales como es el caso de España, se impone una posible regulación de los conflictos entre regiones por medio del Derecho Interregional.

• **Derecho del Trabajo**

El Derecho Laboral nace como una nueva disciplina que regula las prestaciones de trabajo productivo y libre realizado por cuenta ajena.

Como consecuencia de la Revolución Industrial del S.XIX los movimientos reivindicadores de la clase obrera y la aparición de los sindicatos, nace una legislación especial sobre el contrato de trabajo y las condiciones y modalidad de su realización. La importancia creciente de estas relaciones laborales determina la aparición de una disciplina independiente en el ámbito de las ciencias jurídicas y también de una jurisdicción especial para ocuparse de los conflictos entre los trabajadores y empresarios.

Especial importancia tiene el convenio colectivo, documento pactado entre uno y otro.

• **Derecho Canónico.**

Es el Derecho de la Iglesia Católica como comunidad organizada de creyentes. Pueden destacarse tres aspectos en este Derecho:

- Su importancia y trascendencia histórica; junto al Derecho Romano rigió el Imperio Romano de Occidente.
- Como Derecho Eclesiástico o Derecho Legislativo del Estado que regula las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El convenio entre ambas potestades recibe el nombre de concordato.
- Como Derecho Matrimonial, que regula el régimen y efectos del matrimonio constituido entre católicos. Las sentencias de los tribunales eclesiásticos en materia de separación y nulidad (pero no en divorcio), tiene efectos civiles, aunque debe tramitarse su ejecución ante los jueces y tribunales ordinarios.

RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PRIVADO

• **Derecho Civil.**

Históricamente, coincide con el Derecho Privado y regula las relaciones entre los ciudadanos teniendo un amplio contenido del que se han ido separando diversas ramas y materias.

En Roma, es el Derecho del Ciudadano (ius civile) y se formó por la labor de los jurisconsultos.

El Derecho Civil florece y tiene su máximo apogeo en la sociedad liberal de las codificaciones del S.XIX. Es consecuencia del triunfo de la prevalencia de la iniciativa privada y de la autonomía de la voluntad. En nuestra época con la creciente invasión del Derecho Público y el profundo cambio de las características sociales y económicas, el Derecho Civil está en crisis. En primer lugar por un progresivo proceso de desintegración; muchas disciplinas que a él pertenecían adquieren contenidos propios, como el Derecho Mercantil, Hipotecario... En segundo lugar, el principio de autonomía de la voluntad, que inspiraba el régimen de los bienes y la propiedad, la herencia, los contratos... se subordinan a las normas públicas en aras de los superiores intereses de la colectividad. No obstante sigue siendo el Derecho común que inspira todo el ordenamiento jurídico.

El Derecho Civil regula en general las circunstancias jurídicas de las personas desde su nacimiento hasta su muerte.

El Código Español de 1889 consta de 1976 artículos distribuidos en un Título Preliminar, que versa sobre las normas judiciales y su eficacia, y cuatro Libros que tratan sobre las personas, la propiedad y sus modificaciones, los bienes, los modos de adquirir la propiedad. Pese a los defectos que se le atribuye, el Código Civil español tuvo el enorme mérito de acabar con la anarquía legislativa hasta entonces existente, es conciso y claro.

Algunas regiones españolas tienen un régimen civil especial, el llamado Derecho Foral, consistente en instituciones históricas y tradicionales.

El art. 149 de la C.E. reserva al Estado como competencia exclusiva, la legislación civil, sin perjuicio de la conservación modificación y desarrollo por las CC.AA. de los Derechos Civiles Forales allá donde existan. La Disposición Adicional Primera de la C.E. ampara y respeta los Derechos Históricos de los territorios forales

• **Derecho Mercantil**

Como disciplina científica independiente del Derecho Civil, el Derecho Mercantil se configura en el S. XIX. Aunque los precedentes históricos suelen encontrarse en las prácticas y estatutos de las corporaciones de mercaderes de la Alta Edad Media, es necesario remontarse a las especialidades que para el comercio y

determinados contratos ofrece el Derecho Romano.

Como disciplina independiente, el Derecho Mercantil ha tenido un extraordinario desarrollo en nuestro siglo a impulsos del crecimiento progresivo del comercio y de las actividades de las empresas.

La materia propia del Derecho Mercantil está regulada de modo general por el Código de Comercio de 1885 que ha sufrido varias reformas y ha sido complementado por diferentes leyes referidas a contratos en función de la realidad social.

La estructura de la organización civil se basa en tres conceptos fundamentales: el empresario, la actividad empresarial y el establecimiento mercantil.

En el régimen jurídico de la empresa tiene una especial importancia, por ser la forma asociativa más utilizada, la Sociedad Anónima. Se trata de una sociedad capitalista por acciones y de responsabilidad limitada cuya última regulación se ha realizado por Decreto el 22 del 12 de 1989.

TEMA 7

¿QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA EL DERECHO?

- SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL GRUPO
- DOTAR DE VALORES A LAS RELACIONES SOCIALES
- MODELAR LA ESTRUCTURA Y LA DINÁMICA DEL GRUPO
- CREAR UN MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL PODER

TEMA 7

¿QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA EL DERECHO?

Solucionar ordenadamente los conflictos surgidos entre los miembros del grupo además de tratar de evitar que se produzcan.

Incorporar determinados valores a las relaciones que para tales miembros se establezcan.

Establecer un marco jurídico dentro del cual se muevan los particulares y el poder.

EL DERECHO Y LOS CONFLICTOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

La faceta más aparente del Derecho, aquella donde la que más prima, donde más vulgarmente se le contempla y acaso para muchos la única que tiene, es aquella que lo concibe desde el prisma de la utilidad más inmediata; el Derecho sirve para resolver los problemas que nacen en el seno de la convivencia.

Acabaría con la sociedad resolver estos problemas de manera privada, tomándose cada uno la justicia por su mano. Lo más prudente es que los antagonistas se sometan a una instancia imparcial que acabe por dar la razón a uno o a otro, o por encontrar una solución ponderada a las posiciones encontradas. La forma más antigua de resolver de modo no violento las contiendas fue el arbitraje: las partes involucradas en el conflicto designaban un árbitro al que encomendaban la solución de sus problemas, comprometiéndose a acatar su decisión. Pero los árbitros actuaban según su leal saber y entender recurriendo a una especie de justicia instintiva.

Cuando históricamente aparece la figura del juez es cuando el Derecho asume la función de dirimir los conflictos, si bien aun persisten en los ordenamientos actuales la figura del arbitro. Art. 402 C.C. cuando una cosa pertenezca a varios propietarios, la división de la misma podrá hacerse por los mismos o por medio de árbitros nombrados a voluntad de los litigantes y el art. 1820 contempla la posibilidad de que algunas personas comprometan a un tercero la decisión de sus contiendas.

Tales reliquias del arbitraje son excepcionales, la regla general es que sea el Derecho el que ofrezca soluciones a los conflictos surgidos entre los componentes del grupo social, con la esencial diferencia que mientras someterse al laudo de un arbitro es potestad de las partes, la sumisión al Derecho es obligada, en virtud de la imperatividad que esta posee. Gracias pues a las reglas jurídicas las relaciones sociales conflictivas se resuelven sin recurrir a la fuerza individual haciendo llevadera la convivencia.

Pero no sólo actúa el Derecho cuando aparece la polémica, sino que, en general, establece pautas para cosas en las que reinando la armonía entre las partes se hace necesario dar una solución a ciertas situaciones de hecho para evitar que surja la contienda.

Queda de manifiesto que el Derecho, además de resolver conflictos, se adelanta a los mismos y ofrece las normas adecuadas para evitar que nazcan, lo cual proporciona seguridad jurídica al ciudadano.

EL DERECHO Y LA DOTACIÓN DE VALORES A LAS RELACIONES SOCIALES

Supongamos una hipotética norma jurídica que dispusiera que, habiendo varios herederos, los que tengan una determinada circunstancia, altura, peso... superior a otro cobrase el doble, o en una disposición en la cual se contemplase que los alumnos morenos paguen más que los rubios. Está claro que estas normas regularían las herencias y las matrículas académicas, aunque serían absolutamente reprobables, porque en ellas se advierte una total injusticia al establecer unas diferencias que carecen de toda lógica.

La afirmación inicial que el Derecho ordena las relaciones sociales, ha de completarse afirmando que no es admisible cualquier ordenación, sino aquella que de todas las posibles sea la más justa. En el lenguaje de la filosofía jurídica se expresa cuando se dice que el Derecho debe proyectar sobre la sociedad el valor de la justicia.

La exigencia que el Derecho sea justo generó en el pasado ciertas posturas radicales que de esa premisa sacaba la conclusión de que el Derecho injusto no era Derecho, siguiéndole la consecuencia de la no-obligación de cumplirlo. Así lo afirmaba S. Agustín al decir que no había ley que no fuera justa, y a partir de esto S. Tomás construyó la doctrina del Derecho de resistencia frente a la ley injusta, llegándose en muchas escuelas como la española a defender el tiranicidio en casos extremos de ejercicio injusto del poder.

Hoy, la tesis resulta indefendible. En primer lugar porque estrictamente hablando, no hay ley que sea totalmente justa, puesto que la ley es elaborada por los hombres y no hay hombre capaz de incorporar a la ley el valor de la justicia en su totalidad. Por otra parte quebrantaría el orden social, dejar a merced de los ciudadanos el obedecer o no las leyes según las creyese injusta o justa, apreciación totalmente subjetiva.

El Derecho cuando ha sido promulgado por quien tiene potestad para ello y con las formalidades preceptivas, es siempre Derecho, independientemente de la justicia o injusticia de sus prescripciones. Cuando el grupo social entiende que una ley es injusta, lo que hace es intentar modificarla por los sistemas previstos en los regímenes democráticos.

El valor de la justicia es el más importante de los que el Derecho debe proyectar sobre las relaciones sociales, pero no el único. Ha de incorporarse también el valor de la igualdad, de modo que las leyes se apliquen a todos sin distinción ni privilegios, Art. 14 C.E. todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razones de sexo, edad, raza, religión, ideas... o cualquier otra circunstancia

personal

Debe también ser el Derecho portador del valor de la moralidad, sin referirse a un determinado orden moral vinculado a religión alguna, sino lo que se denomina moral social, que es el conjunto de valores éticos reconocidos y aceptados como vigentes por una determinada sociedad. Siendo ésta diferente para cada sociedad y para cada época.

EL DERECHO MODERA LA ESTRUCTURA Y LA DINÁMICA DEL GRUPO

Pocas cosas hay más cambiantes que las sociedades humanas que de continuo modifican sus formas de comportamiento, la incorporación sucesiva de nuevas generaciones, la aparición de novedades técnicas, el surgimiento de nuevas ideas, constituyen entre otros, factores que hacen de cada sociedad una realidad sujeta a mutaciones que en una época como la que hoy vivimos, se produce con una pasmosa rapidez.

Todo ello lleva a la afirmación de que los grupos humanos son esencialmente dinámicos, sometidos de modo imparable al curso de la historia. Y esto se transmite al Derecho, que tiene que cambiar al compás de las variaciones de los que es el objeto de su regulación. Unas normas promulgadas hoy para regular una determinada relación pueden ser perfectas, pero si tal relación va cambiando en la práctica social por la influencia de los factores, la norma podrá adolecer de anacronismo.

Para evitar que esto se produzca, el orden jurídico ha de acompañar a las evoluciones de la sociedad adaptando sus normas a los sucesivos estadios de ésta.

Sin embargo, admitida la necesidad de acomodación de las normas a las evoluciones sociales, ¿es bueno que el Derecho cambie con tanta rapidez como lo hace el grupo social?. Un ordenamiento sacudido por constantes y súbitas modificaciones pone en evidente peligro la seguridad jurídica de los ciudadanos, que nunca tendrán la certeza de que el acto legal que realiza hoy lo seguirá siendo mañana.

Naturalmente toda norma es modificable, pero el legislador debe evitar que se llegue a lo que llamaba Karl Schmitt una legislación motorizada, de gran movilidad, y limitada a una labor de parcheo dictando normas concretas y normalmente improvisadas. El ordenamiento jurídico es un sistema dotado de coherencia interna, por lo que la precipitada modificación de una norma puede chocar con otras disposiciones, lo correcto sería pues que cuando sea evidente la necesidad de una reforma, esta se haga de forma meditada y teniendo en cuenta las repercusiones de la misma en el conjunto.

Siempre serán más frecuentemente reformables las normas de menor rango que las de mayor. El precio de la gasolina, por orden ministerial puede reformarse cada 15 días, pero no es cosa reformar la C.E. que sólo tiene 21 años. El C.C. que entró en vigor en 1889 no fue reformado hasta 1939.

Esta adaptación de las normas a la cambiante realidad social crea una inevitable imagen peyorativa del Derecho, lo presenta siempre a remolque de esa realidad, sometido a ella: la estructura social influye sobre el Derecho y lo determina en sus contenidos.

Supongamos que en un momento determinado los ciudadanos gastan en exceso, dejando de ahorrar, lo que es poco beneficioso para la economía nacional. Unas adecuadas disposiciones que incentiven el ahorro, mediante beneficios fiscales, hará que este aparezca. Otras veces, el Derecho en vez de incentivar, inhibe ciertas conductas no deseables; cuando aumenta de modo notable la comisión de un cierto delito, una reforma legal que endurezca las penas, puede ser un instrumento para combatir el incremento de esa conducta.

EL DERECHO CREA UN MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL PODER

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, salvo la democracia ateniense y alguno periodos de

Roma, todas las potestades del poder estuvieron concentradas en la persona del monarca, que lo ejercía sin frenos ni límites, era un poder absoluto, que en manos de un soberano justo podía ser beneficioso, pero que en cualquier caso estaba siempre abierto a toda suerte de arbitrariedades.

Pero a comienzos del S.XVI empieza a generarse una noción hasta entonces desconocida, el Estado, al que se atribuye como elemento esencial el concepto de soberanía. El Estado se reconoce porque tiene soberanía, lo que quiere decir que no existe ningún poder por encima de él. Pero la innovación verdaderamente importante que trae el concepto de Estado es la de que a partir de la existencia del mismo, el poder queda despersonalizado, no vinculado a la figura del monarca. Sin embargo la despersonalización del poder no bastaba por si sola para eliminar la posible arbitrariedad, ni la indefensión ante ella de los súbditos. Existe el Estado, pero este podía ser absoluto. Luis XIV decía cínicamente L'Etat c'est moi,

El siguiente paso lo constituyó la aparición en el S. XIX, de mano de la ideología liberal, del concepto de Estado de Derecho, que sucintamente consiste en la afirmación, de que no sólo los particulares están sujetos al Derecho, sino también el propio Estado, cuya actividad ha de desarrollarse dentro del marco que las leyes establecen. La esencia del Estado de Derecho está en que se reconoce a aquél como titular del poder y de la fuerza, pero son un poder y una fuerza controlada por las leyes, lo que representa una garantía para el ciudadano, que queda a cubierto de posibles abusos, debe ser respetado en sus derechos por el Estado y dispone de recursos legales para exigir del mismo responsabilidades en los casos de extralimitación en su poder.

Todo esto representa un gran avance sobre la situación anterior. En el Estado de Derecho adquiere pleno protagonismo la persona, el hombre deja de ser súbdito para pasar a ser ciudadano. Ya no es un sujeto pasivo del poder, sino que tiene potestad para controlar a este: el poder actúa de acuerdo con las leyes, pero estas son el resultado de la voluntad popular. De ahí que el Estado de Derecho sólo pueda funcionar como tal dentro de un sistema auténticamente democrático.

En definitiva, Estado de Derecho es aquél que realiza una determinada concepción de la justicia, esa concepción de la justicia es la personalista. Es, por tanto, el respeto a los valores de la persona humana lo que caracteriza al Estado de Derecho.

TEMA 8

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- CONCEPTO Y DENOMINACION
- LA CONQUISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES
- BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS
- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA C. E.

TEMA 8

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Derecho tiene la función de proteger el ejercicio de los Derechos Fundamentales. El hombre por ser persona posee unos valores esencialmente unidos a su persona y por ello han de respetarse para que no se pierda la condición humana. Pero la expresión "han de ser respetados" carece de sentido sino se cuenta con la existencia de unas normas que impongan tal respeto, y aquí es donde entra en juego el Derecho, que tendrá la misión de esos valores frente a posibles agresiones.

CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

Se entiende por Derechos Fundamentales aquellos derechos de que es titular el hombre, no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana.

Se designan con nombres varios. Se les llaman derechos humanos, derechos del hombre, derechos naturales aludiendo que emanan de la naturaleza humana y de Derechos Fundamentales para destacar con ello que afectan a los aspectos más básicos y entrañables del ser humano.

Se emplea en fin el término de libertades fundamentales, poniendo así de relieve que tales derechos constituyen un reducto intangible de la persona frente al poder. Cualquier nomenclatura es aceptable, si bien los términos Derechos Fundamentales y Derechos Humanos son los más comúnmente utilizados.

LA CONQUISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El disfrute de los mismos ha sido el resultado de una continua lucha del individuo frente al Estado: una lucha a veces cruenta que en ocasiones ha alcanzado la grandeza de lo épico.

Si comparamos los Derechos Fundamentales con los demás derechos subjetivos, se apreciará la importante diferencia que mientras estos los ejerce el titular frente a otro particular, a veces los ejerce frente al Estado, pero el Estado aparece despojado de soberanía, como un sujeto más del Derecho, los Derechos Fundamentales los esgrimimos casi siempre frente al Estado cuando se estima que determinada actuación indebida del poder ha lesionado o limitado aquellos derechos.

El ejercicio de los Derechos Fundamentales, es en la mayoría de los casos un acto de defensa ante las intromisiones del poder en la esfera de las libertades del individuo. Y como el poder manifiesta siempre una tendencia expansiva, los hombres han tenido que estar de continuo en actitud polémica frente al Estado, durante siglos, arrancándose poco a poco sucesivos reconocimientos de derechos, frente a un Estado poco dado a dar concesiones que recorten su poder.

El logro de situaciones que reconocen u garantizan los Derechos Fundamentales ha sido lento, como lento ha sido el despertar de los hombres en la toma de conciencia de que poseen unos derechos por el mero hecho de ser personas. Hasta el S. XVII no se abre paso con alguna claridad la idea de los Derechos del Hombre, y es bastante más tarde cuando se comienza a construir una teoría sobre los mismos.

No ha sido tarea fácil llegar a la situación actual, en la que la mayoría de las constituciones reconocen tales derechos y ofrecen garantías para su ejercicio, además de incluirse en declaraciones de carácter supranacional. Pero parte del camino está todavía por recorrer. En numerosos países el reconocimiento de los Derechos Fundamentales no pasa de ser una pomposa declaración constitucional que no se corresponde con la práctica real de estos derechos por parte del Estado. Esta generación ha sido y es testigo de gravísimas violaciones de los Derechos Fundamentales, agresiones que además de afectar a individuos lo hace a sectores enteros de la humanidad, con las persecuciones étnicas...

CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Derechos Fundamentales son desde luego, derechos subjetivos, pero es evidente que por su condición de fundamentales gozan de una especial relevancia que les destacan por encima de los demás.

- Son imprescriptibles, no les afecta la prescripción, sin que por tanto se adquieran o pierdan por el simple hecho del paso del tiempo.
- Son inalienables, no transferibles a otro titular, lo que si es posible en otros derechos subjetivos.
- Son universales, en el sentido que son poseídos por todos los hombres, con lo que se da una estricta igualdad jurídica entre todos los seres humanos.

En el pasado se atribuyó también a estos derechos el carácter de absolutos, que podían ejercitarse de modo ilimitado, cualidad atribuida en los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa. Pero la doctrina actual no suele reconocer esta nota, aceptando que el ejercicio de los Derechos Fundamentales está sometido a ciertos límites como el orden público, el bien común y los derechos de los demás.

Esta última limitación puede crear un problema práctico cuando entra en colisión dos derechos de contenido antagónico. Ejemplo un el derecho a informar de un medio de comunicación, art. 20 C.E. frente al derecho a la intimidad de una persona, art. 18 C.E. En estos casos corresponde a los jueces determinar que derecho prevalece sobre el otro.

GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de los Derechos Fundamentales es hoy prácticamente universal. Todo Estado de Derecho debe pues contar con normas claras y precisas que establezcan procedimientos utilizables por los ciudadanos cuando estimen que determinadas actuaciones del poder han invadido sus derechos.

Los sistemas de garantías son diferentes en cada país. En términos generales, la protección y tutela de los Derechos Fundamentales suele estar encomendada a los tribunales, que actúan a instancia de los perjudicados. Las competencias en esta materia se atribuyen a veces a Tribunales Ordinarios y otras a un órgano jurisdiccional específico, como sucede en el caso español con el Tribunal Constitucional, al que los ciudadanos pueden acudir ejercitando el recurso de amparo y también el de inconstitucionalidad ante leyes y disposiciones con fuerza de ley. Existe también una protección de rango internacional, el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, ante el que pueden comparecer los ciudadanos en pugna frente al Estado, este tribunal sólo actúa respecto de los Estados que han firmado su tratado.

Puede también considerarse como un instrumento de garantía y tutela una institución existente en muchos países, cuyo precedente está en la figura del Ombudsman sueco y que en España se denomina Defensor del Pueblo. Se trata de una institución no jurídica, con facultades sólo de investigación careciendo de función ejecutiva, con lo que su papel de instrumento de tutela y garantía de los derechos es muy limitada.

LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se entiende por positivación el proceso en el que los Derechos Fundamentales son recogidos y formulados por las normas positivas, haciendo posible su ejercicio eficaz.

De nada serviría el saberse titular de unos derechos y conocer su carácter de fundamentales si se careciera la posibilidad de ejercerlos. El único modo de que tal posibilidad exista es vincularlos a una norma positiva. Es preciso que el contenido del derecho está claramente especificado, lo cual se realiza a través de una norma jurídica. Por otra parte el ejercicio comprende también la facultad de requerir de los tribunales que exijan al obligado la realización de la conducta debida cuando este no se preste a ello, y como los Tribunales no pueden actuar sino mediante la aplicación de normas jurídicas, el derecho que ante ellos se alegue tiene que estar

integrado, explicitado en una norma, es decir positivado.

La norma no crea los Derechos Fundamentales sino que los reconoce y declara, haciendo posible el ejercicio de los mismos y les otorga protección.

¿Cuál es el procedimiento de la positivación?

En primer lugar la Constitución, lo cual tiene cierta lógica, porque siendo este texto la expresión de la voluntad popular, no hay lugar más adecuado para la proclamación de unos derechos y libertades que van a afectar a los ciudadanos. Los textos constitucionales empiezan a aparecer a finales del S. XVIII. La primera Constitución (EE.UU. 1887) no hace referencia a tales derechos, excepto una breve referencia al habeas corpus, pero la mayoría de las enmiendas que se han ido incorporando se refieren a esa materia. Fue la primera Constitución francesa, la revolucionaria de 1791, la que inaugura el sistema de enunciar los derechos y libertades. A partir de este momento se consagra el sistema de hacer de las Constituciones propias de cada país, vehículos de positivación de los Derechos Fundamentales.

Un segundo procedimiento de positivación está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, formulada por la ONU, única declaración supranacional de carácter universal. En sus treinta artículos se hace una enumeración bastante completa de los Derechos Humanos. Representa la expresión de la voluntad de todos los pueblos de reconocer y tutelar una serie de derechos y libertades con el carácter de fundamentales.

Se plantea la cuestión de que si la inclusión de tales derechos en este texto constituye una auténtica positivación normativa de los mismos, o si por el contrario, se trata sólo de simples formulaciones programáticas, sin valor positivador. La duda proviene de que los acuerdos de la Asamblea General de la ONU no tienen el carácter de obligatorios para los Estados miembros, sino que son meras recomendaciones.

CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Son varias las clasificaciones que de los Derechos Fundamentales pueden hacerse, según los diferentes criterios o puntos de vista que se tenga en cuenta, el contenido, la condición del sujeto, el ámbito de aplicación...

Derechos Civiles

Son aquellos que afectan de modo más directo a la persona, en cuanto se refiere a los aspectos más íntimos de ésta; el derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, a la libertad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento... En la declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, precedente inmediato de la Declaración de Independencia de los EE.UU. se dice que los hombres tienen ciertos derechos innatos; el goce de la vida, de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad... Y en la declaración francesa se enumeran como derechos naturales e imprescriptibles, la igualdad, la seguridad y la propiedad.

Derechos Políticos

Una vez logrado el reconocimiento de los derechos civiles, las aspiraciones se encauzan hacia los derechos políticos que son los que se refieren de modo general a la intervención del ciudadano en la vida pública, tales como el derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a exigir del poder que rinda cuentas de su actividad. La positivación de estos derechos se produce por vía constitucional a lo largo del S. XIX.

Derechos socioculturales

Una vez incorporados los derechos civiles y políticos a las constituciones, quedaba satisfecho el principio de libertad, pero estaba sin desarrollar el principio de igualdad proclamado en las constituciones, pero que no

habían pasado de esa consagración teórica. Hasta este momento estaba asegurado el derecho a la vida, a la libertad... clásicos derechos de la burguesía.

Durante la segunda mitad del S. XIX, el proletariado va adquiriendo conciencia de clase y presenta sus reivindicaciones. Asegurados los derechos del individuo como tal, toca ahora los derechos del hombre en cuanto a miembro de una sociedad. Derechos que habrán de garantizar la participación igual de todos en los beneficios que comporta la vida social. Aparecen así los Derechos Económico-Sociales, a los que se unen en nuestro siglo los Derechos Culturales, que se refieren al acceso de todos en igualdad de condiciones al mundo de la educación y de la cultura. Como ejemplo de estos derechos; derecho al trabajo, remuneración digna, a la huelga, a la sindicación, a la enseñanza, la libre cátedra...

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de la aparición y evolución de los Derechos Humanos comienza en la Edad Moderna. En la Antigüedad, no sólo no existía el reconocimiento de los mismos por el poder, sino que ni siquiera se planteó en el terreno teórico. Tampoco en el Medievo se encuentran expresiones claras de Derechos Fundamentales, los documentos de la época más o menos relacionados con el tema no contienen declaraciones, sino privilegios que el monarca otorga a ciertos súbditos, a un estrato social, a una ciudad... Tienen un claro matiz esporádico y fragmentario, se refiere solo a ciertos derechos, y afecta únicamente a un grupo determinado.

Como ejemplo típico se puede citar la Carta Magna de 1215 otorgada por Juan sin Tierra en la que éste se obligaba a respetar determinados derechos a los barones de su reino. En la España medieval son frecuentes los pactos entre el Rey y sus súbditos acordados en Cortes y que solían referirse al reconocimiento de ciertas libertades ante posibles excesos del Rey, se conocen pactos anteriores a la Carta Magna, como el acordado por Alfonso IX en 1118.

Ya en la Edad Moderna, S. XVI, no encontramos privilegios a favor de grupos determinados, sino que las garantías y seguridades personales ofrecidas por el poder real se dirigen a todos los súbditos, se produce la generalización de los Derechos Humanos. En los comienzos de esta Edad Europa se vio convulsionada por cruentas guerras religiosas a las que puso fin la paz de Ausburgo de 1555, pero no por ello cesaron dentro de los Estados las persecuciones por motivos religiosos.

Todo ello constituía un ataque a la libertad de conciencia, y por eso fue esta la primera reclamada; el reconocimiento a la libertad de pensamiento y a profesar libremente una religión. Fueron importantes logros el Edicto de Nantes de 1598 y el Acto de Tolerancia de Maryland de 1649.

Aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientan hacia la conquista de otros derechos civiles y algunos políticos. Fue en Inglaterra donde antes se cumplieron estas aspiraciones que dieron lugar al Petition of Right de 1628, Ley Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689. Este último por la extensa gama de reconocimientos a que se refiere constituye ya una Declaración de Derechos. Pese a ello en el documento subsiste el carácter nacional, pues sólo afecta a los ingleses. No se había llegado todavía a la afirmación de que los derechos eran universales, pertenecían a todos los hombres.

El paso siguiente se dará cuando en las declaraciones se borre la referencia exclusiva a un pueblo y no se hable de derecho de los tal, sino de todos los hombres, dándole así un carácter universal.

En la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y poco después en la Declaración de Independencia de los EE.UU. se hace referencia expresa de ciertos Derechos Fundamentales.

En Europa la primacía corresponde a Francia, donde la Asamblea General de los primeros tiempos de la Revolución aprobó en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y que se incorporó como Preámbulo a la Constitución de 1791,

A partir de este momento y durante todo el S. XIX van apareciendo las Constituciones en los diferentes países siendo normal que en ellas se haga expreso reconocimiento de todos o algunos de los Derechos Humanos, siempre limitados a los civiles y políticos. La hora de la incorporación a los textos constitucionales de los económicos sociales y culturales sonará en el S. XX, siendo las Constituciones Mexicana de 1917 y Alemana de 1919 las primeras en recoger la novedad.

En la posguerra de 1945 vuelven a aparecer solemnes Declaraciones semejantes a las de S. XVIII, pero con la importante diferencia de que proceden de organismos supranacionales procediéndose así después de la generalización y universalización, el tercer momento; la internacionalización.

La terrible experiencia bélica sacudió la conciencia universal, que sintió la necesidad de proclamar con la mayor solemnidad los derechos y libertades fundamentales de todos los hombres, con independencia del reconocimiento de los mismos en las Constituciones nacionales. Así una de las primeras misiones que acometió la ONU fue la elaboración en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, completada después por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966.

Junto a estos textos procedentes de organismos internacionales, han aparecido también en nuestra época declaraciones de origen eclesial, como la Encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII en 1963 dedicada específicamente a los Derechos Fundamentales.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La vigente C.E. no podía ser una excepción a la tónica general manifestadas en las constituciones actuales de recoger en su articulado los Derechos Fundamentales, ofreciendo a su vez un sistema de garantías para su eficaz ejercicio.

El tratamiento es minucioso, en su articulado figuran todos los derechos civiles y políticos que deben ser reconocidos por todo Estado de Derecho, y es igualmente satisfactorio el sistema de garantías establecido.

En cuanto a los económicos, sociales y culturales, están abordados con una cierta singularidad. No se les llaman derechos, sino que se les designa muy significativamente principios rectores de la política social y económica y los verbos que se emplean son: asegurar, velar, fomentar... con referencia al Estado como sujeto de los mismos.

Cuando se habla de las garantías de las libertades y derechos fundamentales, se dice que los reconocidos en el T. C II vinculan a todos los poderes públicos, y los del C. III no vinculan a esos poderes con lo que nadie puede exigir del Estado un cumplimiento inmediato de ese texto, con lo que tiene una posición más débil que los del C II.

La razón de este tratamiento diferente es clara. Respecto a los civiles y políticos el Estado no tiene otra misión que la de garantizarlos y tutelar su efectivo ejercicio por parte de los individuos. En cambio la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales requieren una acción estatal positiva que pongan las condiciones de hecho precisas para que puedan ejercitarse de modo real, y no siempre el Estado dispondrá de los recursos necesarios para ello. Por ejemplo el art. 50 los poderes públicos garantizan mediante pensiones adecuadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la Tercera Edad Si se reconociera como un derecho de los contemplados en el C. II, cualquiera podría reclamar ante los Tribunales lo que pensase que era una pensión justa, que en un momento dado no sería posible su pago por parte del Estado.

Habría que concluir diciendo que los Derechos económicos, sociales y culturales están tratados más en la Constitución más que como auténticos derechos con todas sus consecuencias de garantía de ejercicio, como metas a conseguir, como principios inspiradores de la política social y económica que el Estado se propone

seguir.

A pesar de esta minusvaloración, la presencia en la C.E. de estos derechos sirve al menos para que la opinión pública, apoyándose en ellos pueda siempre castigar al Estado con sus votos, si éste se desentiende del cumplimiento de los compromisos adquiridos.

TEMA 9

NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS

• LA RELACIÓN JURÍDICA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

- La relación jurídica
- El negocio jurídico

• LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

- La familia
- El Derecho de Familia y su división
- El matrimonio
- Relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges

• HERENCIA Y DONACIONES

- Herencia
- Donaciones

• PROPIEDAD, POSESIÓN Y DERECHOS REALES

- Cosa, posesión y propiedad
- Clases de cosas
- Modos de adquirir la propiedad
- Derechos reales en cosa ajena

• OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- La obligación
- El contrato
- Tipos de contrato

TEMA 9

NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS

LA RELACION JURÍDICA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

- La relación jurídica

Entre las numerosas relaciones humanas motivadas por causas de diferente índole, familiares, amistosas... el Derecho se ocupa especialmente de alguna de estas relaciones, calificadas por ello como jurídicas. Estas son las que tienen trascendencia para el orden social o político por manifestar una especial relevancia para una ordenada convivencia. En este sentido se define la relación jurídica como la situación de mutua y reciproca

vinculación entre dos o más personas, regulada por la norma jurídica y originada por un hecho que puede ser natural o producido por un acto voluntario.

En esta definición se distinguen los siguientes elementos:

- **Mutua y reciproca vinculación:** la situación en que se encuentran intervinientes es siempre correlativa, de modo que una se corresponde con la otra; esto puede entenderse en un doble sentido.
 - Cuando en una relación se atribuye una facultad o derecho a un sujeto, se impone a la vez al otro un deber correlativo; a la pretensión del acreedor corresponde el deber del deudor.
 - Generalmente, aparecen situaciones compensadas, el vendedor tiene la facultad de exigir el precio, pero tiene la obligación de entregar la cosa vendida.
- En cuanto a los sujetos, debe distinguirse entre el activo, a quien la norma concede la facultad de exigir la prestación y el pasivo que tiene el deber de realizarla. En ambos casos puede tratarse de personas físicas o jurídicas.
- Por lo que se refiere al origen de la relación, esta procede de un hecho denominado hecho determinante, este puede ser natural cuando no es originado por el hombre, y voluntario si es querido por quien lo realiza, como es el caso de las declaraciones de voluntad.
- La norma reguladora es la que determina la recíproca posición de las partes en la relación, estableciendo entre los mismos los derechos y deberes.
- El objeto de la relación es la prestación que debe realizar cada parte que interviene.
- El negocio jurídico

Son negocios jurídicos las relaciones establecidas con consecuencia de actos voluntarios y lícitos. Se clasifican en:

- **Intervivos y mortis causa.** Los primeros producen su efecto durante la vida de los que lo crean, compraventa, donación... y los segundos comienzan a producir sus efectos a la muerte del autor del acto voluntario, testamento...
- **Patrimoniales y no patrimoniales.** Según tengan o no un contenido evaluable en términos económicos, a su vez los patrimoniales se dividen en:
 - **Negocios a título oneroso.** La prestación de una parte tiene como contrapartida la prestación de otra. La cosa vendida por el vendedor y pagada por el comprador
 - **Negocios gratuitos.** Cuando la prestación se realiza sin finalidad de lucro, como el préstamo de uso o comodato.
 - **Negocios lucrativos.** La prestación supone enriquecimiento de una de las partes a costa de la otra, que se empobrece, la donación.

LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

- La familia

Conforme a una noción vulgar, la familia es una agrupación de personas formadas por una pareja y por sus hijos y otros familiares que convivan con ello. Puede decirse que es la célula social primaria que sirve de base para otros grupos.

En la regulación jurídica de estos grupos de personas que constituye el Derecho de Familia, intervienen los siguientes elementos:

- **De carácter biológico:** la unión del hombre y la mujer dirigida a la procreación y perpetuación de la

especie.

- Morales o religiosos. La comunidad familiar está regulada por unos principios morales o religiosos.
- Económicos. Para conseguir alimentos y bienes para la supervivencia de la familia.
- De potestad o sometimiento a la autoridad del jefe de la familia que protege y ayuda a todos los sometidos.

En la historia de la familia, los vínculos de potestad han prevalecido en los periodos primitivos, sobre los de sangre o parentesco natural. Civil o por agnación y de sangre o por cognación.

La familia patriarcal ha tenido la mayor influencia histórica en el mundo clásico. Otras experiencias como el matriarcado primitivo o la poligamia de determinados credos o sociedades, han tenido un ámbito más reducido.

En la Edad Moderna, el Derecho ha venido regulando el tipo monógamo de familia. El grupo familiar de parientes en línea directa y colateral, que favorece la convivencia en núcleos rurales o poblaciones pequeñas se ha visto reducido sobre todo por la complejidad y aislamiento que impone la vida en las grandes ciudades. Una serie de factores y hechos sociales de nuestra sociedad contemporánea ha ocasionado la crisis de la familia, entre los que podemos citar:

- Biológicos: el control y disminución de la natalidad
 - Morales y sociales: La promiscuidad sexual, la frecuencia de divorcios, uniones homosexuales.
 - Económicos: la generalización del trabajo femenino, la pronta o tardía emancipación de los hijos.
- El Derecho de Familia y su división.

En él se regulan las relaciones personales y patrimoniales de sus miembros, atendiendo sobre todo al interés corporativo o social, lo que impone muy fuertes limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, característica del Derecho Privado y hace trasladar al Derecho Público sus normas. Este Derecho se encuentra regulado en el C.C.

Los grandes temas del Derecho de Familia son los siguientes:

- El matrimonio y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges
 - Las relaciones paterno filiales y la patria potestad de los padres sobre los hijos. El art. 39.2 de la C.E. declara iguales los hijos ante la ley con independencia de su filiación. Y el C.C. después de la reforma en esta materia de 1981 dice la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surte los mismos efectos art. 108
 - La adopción o filiación civil. Se produce por la declaración del adoptante de que quiere ser el padre o madre del adoptado, que debe ser aprobada por el Juez, previo dictamen del Ministerio Fiscal. La adopción plena se identifica con la filiación maternal y produce sus mismos efectos. Sólo es posible respecto del menor de 14 años.
 - La prestación de alimentos entre parientes. Esta obligación la impone el Código a algunos parientes próximos. Se entiende por alimentos todo lo que es imprescindible para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica...
 - La tutela y la curatela, como instituciones que suplen la patria potestad en ausencia de padres. Tienen por objeto la guarda y protección de personas y bienes o solamente de personas o bienes de los menores e incapacitados.
- El matrimonio

Se considera como matrimonio la unión estable de marido y mujer en una comunidad de vida encaminada a la procreación y evolución de los hijos.

En la historia se han sucedido dos distintas concepciones del matrimonio.

- La romana clásica. Existe matrimonio siempre que la convivencia o unión conyugal tenga la consideración de unión estable que perdurará mientras persista el efecto recíproco entre las partes y se extinguirá cuando cese el amor.
- La romana postclásica y canónica. Por influencia de las ideas cristianas de la indisolubilidad del matrimonio se le atribuye valor definitivo.

En la actualidad existen dos clases principales de matrimonio: el civil, celebrado ante el Juez, y el religioso, en la forma prevista por una confesión religiosa. El art. 32 de la C. E. Dispone El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo.. El matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho Canónico o cualquier otra confesión produce efectos civiles. La inscripción del matrimonio religioso se practica con la simple presentación de la certificación de la iglesia respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

En cuanto a la extinción del matrimonio, se distingue entre la disolución, que extingue el vínculo matrimonial y que se produce por la muerte de alguno de los cónyuges, y por el divorcio y separación. Esto supone la supresión de la vida en común decretada por el Juez a petición de uno o ambos cónyuges, cuando concurra alguna de las causas previstas en el C.C.. La separación mantenida durante un tiempo puede conducir al divorcio: un año, si la demanda de separación fue concretada por ambos cónyuges o si el demandante vence en litigio. Cinco años aunque el cónyuge no culpable no quiera el divorcio, lo que equivale a divorcio unilateral o repudio.

Distinta del divorcio es la nulidad matrimonial, que se produce cuando hay defecto de forma, o existen vicios en el consentimiento. La declaración de nulidad no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe. Sobre la nulidad de los matrimonios celebrados conforme al Derecho Canónico son competentes los Tribunales Eclesiásticos. Las resoluciones de éstos tendrán eficacia en el orden civil, si se declaran ajustadas a derecho, en resolución dictada por un Juez civil.

- Relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges.

Desaparecido el régimen de la autoridad marital, se establece el principio de igualdad conforme al art. 32 de la C.E. De acuerdo con este principio, ambos deben ayudarse y protegerse mutuamente.

En cuanto a las relaciones patrimoniales, el régimen económico del matrimonio será el que decidan los contrayentes en el contrato de capitulaciones. En estas capitulaciones se puede pactar el régimen de separación absoluta de bienes, en el que cada uno de los cónyuges conserva el dominio, usufructo, administración y disposición de todos sus bienes con la obligación de contribuir a las cargas familiares.

También se puede pactar el régimen de participación en las ganancias, en el que aún manteniéndose separado el patrimonio de cada uno, se realiza a la disolución del matrimonio un estado de cuentas en el que se considera como ganancia el exceso que resulte de los bienes actuales sobre los que se aportaron al matrimonio.

A falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de sociedad de gananciales. Mediante esta sociedad se hace común para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les será atribuido por mitad a la disolución. Se exceptúan los llamados bienes privativos, que el cónyuge tuviese antes del matrimonio o que haya adquirido por herencia o donación.

HERENCIA Y DONACIONES

- Herencia

La propiedad está más vinculada a la familia que al individuo, que en su efímera existencia, es un simple y transitorio poseedor.

En la concepción romana de la sucesión, el heredero ocupa la posición del difunto, se hace titular de sus bienes y derechos y también de sus deudas en caso de herencia dañosa. Ello se debe al carácter universal de la sucesión hereditaria.

Se distingue entre la sucesión universal y la particular según se trate de la transmisión de un patrimonio o de un bien particular. También se diferencia entre sucesión intervivos y mortis causa. Esta última puede ser sucesión testada e intestada, la primera es la que se difiere por la voluntad del hombre manifestada en el testamento, la segunda es la que a falta de testamento, se inicia por disposición de la ley. El testamento es el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de parte o todos sus bienes. Por el testamento se atribuye la herencia, como bloque o conjunto de bienes que forman el patrimonio hereditario y también pueden asignarse bienes concretos de la herencia como parte del legado.

Los hijos y cónyuges del causante tienen derecho a una parte de la herencia llamada legítima, de ella no puede privarles el testador a no ser que se dé algunas de las causas previstas en el C.C..

Constituye la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del caudal hereditario de los padres, pudiendo disponer estos de una de esas partes para atribuirle como mejora a alguno de los hijos o descendientes. La tercera parte de la herencia será de libre disposición.

La sucesión legal o intestada tiene lugar cuando el causante no otorga testamento, es invalidado o no corresponde a todos sus bienes, renuncia alguno de los herederos y no hay sustitutos o el heredero es incapaz, art. 912 C.C.. A falta de herederos testamentarios la ley difiere la herencia a los parientes del difunto y al Estado, art. 913 C.C.

En las herencias, el pariente más próximo excluye al más lejano, salvo el derecho de representación.

El orden de suceder en la sucesión intestada es el siguiente:

- Primero heredan los hijos, y por representación los descendientes vivos del hijo fallecido.
- En segundo lugar y a falta de hijos y descendientes, heredan los ascendientes, padres, abuelos y bisabuelos. Si los hay paternos y maternos, heredan la mitad por cada línea.
- En defecto de parientes en línea directa, sucede el cónyuge.
- Finalmente, no existiendo cónyuge sobreviviente, suceden los parientes colaterales, primero los hermanos, luego los hijos de estos, a continuación los tíos carnales y a falta de ellos los parientes en cuarto grado, y en defecto de ellos el Estado.

- Donaciones

Además de las donaciones por causa de muerte, el Derecho admite las donaciones intervivos. La donación es un acto de liberación del donante a favor del donatario, que supone un empobrecimiento del primero y un enriquecimiento del segundo. La donación en general es la causa, causa lucrativa, de un acto de atribución patrimonial.

Como el acto de donación disminuye la fortuna del donante, también repercute en las expectativas de cobro de los acreedores y en la esperanza de heredar de los herederos con derecho a legítima. Por ello se establece una serie de limitaciones a la libertad de donar; en caso de falta de recursos para pagar las deudas del donante, la donación pura se considera fraude a los acreedores. Si los herederos ven reducida su legítima por la reducción

del caudal hereditario, tienen derecho a una reducción de las donaciones intervivos que el causante hizo y que perjudica sus derechos. La donación, que debe someterse a determinadas formalidades, puede revocarse por el donante en determinados supuestos, como el nacimiento posterior de hijos, o por causa de ingratitud, cuando el donatario comete un delito doloso contra la persona, la honra o los bienes del donante.

Las donaciones remuneratorias u onerosas son aquellas que se hacen a las personas por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituya deudas exigibles, o en las que se imponga al donatario un gravamen superior al valor de lo donado.

PROPIEDAD, POSESION Y DERECHOS REALES

- Cosa, posesión y derechos reales.

El hombre usa y dispone de las cosas del mundo exterior, esas cosas y no las relaciones o derechos sobre ellas, son objeto de un poder efectivo que se concentra e identifica en ellas. Estos poderes se manifiestan en los actos de apoderamiento y reclamación de cosas conforme a los actos establecidos por el Derecho.

Así se configura la posesión como una configuración de hecho: si se contempla sólo el hecho físico de la apropiación de una cosa o el asentamiento de alguien sobre un campo se habla de detentación o posesión natural. Si el Derecho protege al poseedor amparándole frente a todo acto que el perturbe, de manera que si le es arrebatada la cosa se le restituye mediante los interdictos se trata de posición civil o interdictal. Los interdictos son un medio provisional que restituye a su estado anterior la situación posesoria cuando esta ha sido vulnerada.

Un paso más en la protección de la relación permanente de las cosas, con exclusión de todos los demás sujetos, es la propiedad. Es una potestad plena sobre las cosas, que el art. 348 define con el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. La propiedad se entiende mejor cuando se le contempla desde el ámbito procesal. Cuando el propietario pierde la posesión de la cosa puede reivindicarla de quien la posee. Se trata del derecho de acción o en su aspecto dinámico. El C.C. dice el propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla

- Clases de cosas

Objeto del Derecho no son sólo las cosas materiales, sino en general los bienes, que proporcionan algún servicio o satisfacción al hombre.

Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles. Son bienes inmuebles las tierras, edificios, construcciones de todo tipo adheridas al suelo, y todo lo que esté unido a un inmueble de modo permanente, de manera que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, también son inmuebles las máquinas o utensilios de una explotación o industria, los viveros de animales, las minas y canteras y diferentes derechos como las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres. Todas las demás cosas susceptibles de apropiación se consideran muebles, y en general, todas las que se puedan transportar de una parte a otra, sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estuvieran unidos.

Existen conjunto de cosas u objetos, entre los que existe una unidad en su utilización, bibliotecas, rebaños. Estos objetos que forman una unidad económico social forman lo que se conoce como universalidades.

Los frutos son los rendimientos o productos a cuya producción periódica está destinada la cosa que los produce. Los frutos se consumen, sin que se altere por ello la cosa que los produce. Se distinguen los frutos materiales y los civiles; son materiales las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales. Civiles, son el alquiler de los edificios, el precio de arrendamiento de las tierras, importe de

las rentas vitalicias...

- Modos de adquirir la propiedad

Se clasifican en originarios y derivativos, en las primeras se considera el acto de apoderamiento de las cosas con independencia de la relación con otros propietarios, en los segundos se atiende a la relación con otro sujeto que pierde su derecho de propiedad al mismo tiempo que la adquiere el nuevo dueño. Algunos modos de adquirir pueden considerarse tanto originarios como derivativos, como ocurre en la usucapión.

- Formas originarias

- Ocupación: se adquiere la propiedad por apropiarse de los bienes que por su naturaleza carecen de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas, art. 610 C.C.
- Accesión: cuando una cosa se incorpora se incorpora definitivamente a otra principal, el propietario de esta adquiere lo que se le une. Entre los incrementos que reciben los fundos de los situados en las riberas de los ríos se distinguen los siguientes supuestos:

- Aluvión: el propietario del fundo adquiere lo que el agua del río va depositando poco a poco en su terreno.
- Avulsión: también adquiere la propiedad de la parte o porción de tierra que el río separa de un predio y lo agrega al suyo, y también los árboles depositados por la corriente en su terreno, si no es reclamado en un mes.
- Mutación de cauce de un río por obra de la naturaleza: el cauce abandonado de un río por obra de la naturaleza se divide por el centro, incorporándose cada parte a la finca ribereña más próxima. Igual criterio se aplica cuando nace una isla en el río, siempre que no se trate de ríos navegables, en cuyo caso la isla pertenece al Estado.
- Formas derivativas

La usucapión o prescripción consiste en la adquisición de la propiedad de una cosa por su posesión continuada dentro del plazo establecido por la ley. Si se trata de bienes muebles su propiedad se prescribe por la propiedad no interrumpida de tres años de buena fe, o de seis años sin ninguna otra condición. Art. 1955 C.C.

En el caso de bienes inmuebles, se prescriben por la posesión entre presentes y veinte años entre ausentes con buena fe y justo título, art. 1957, y por la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de otros requisitos, art. 1959. Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, art. 1941. El justo título suele identificarse con el acto o hecho originario de la posesión.

- Derechos reales en cosas ajenas
- Derecho de goce

- Usufructo: es el derecho de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos, respetando su forma y sustancia. El titular del derecho se llama usufructuario y el propietario nudo propietario.
- Uso y habitación: el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que bastan a las necesidades del usuario y de su familia, aunque esta aumenta. La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y su familia, art. 524 C.C.
- Servidumbre: Es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante, y el que la sufre predio sirviente.

- Derechos de garantía

Son aquellos que aseguran el cumplimiento de una obligación por la concesión al acreedor de la posesión o facultad de vender una cosa ajena para pagar con su precio el importe de su crédito. Estos derechos pueden constituirse por el deudor o por el dueño de la cosa dada en garantía. Ofrece las siguientes modalidades.

- **Prenda:** es la entrega de la posesión de bienes muebles para garantizar una deuda, que hace el deudor al acreedor, con la facultad de proceder a realizar su valor en caso de incumplimiento de la obligación. La enajenación de la cosa pignorada debe hacerse en subasta pública, y sólo si después de dos subastas no se vendiese, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda, art. 1872 del C.C.
- **Hipoteca:** se constituye sobre bienes inmuebles con la finalidad de garantizar una obligación sin que la posesión de estos bienes pase del deudor al acreedor. Es necesario que la hipoteca se inscriba en el Registro de la Propiedad, art. 1875 C.C. La hipoteca está regulada por la Ley Hipotecaria y su Reglamento.
- **Anticresis:** el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses y después al capital del crédito, art. 1881 C.C.

- **Derecho de adquisición**

Son aquellos que facultan a su titular para conseguir que se le transmita por su dueño la cosa o derecho sobre que recae.

- **Tanteo:** consiste en comprar una cosa por tanto precio como ofrezca otro comprador. El enajenante está obligado a notificar al titular del derecho la venta proyectada. Tienen derecho de tanteo entre otros los coherederos.
- **Retracto:** cuando ya se ha realizado la venta se concede al titular de este derecho la facultad de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra o donación en pago, art. 1521 C.C.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- **La obligación**

Es un vínculo jurídico por el que un deudor se compromete con un acreedor a realizar una prestación consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, art. 1808.

En el primitivo derecho romano el mismo cuerpo del deudor se convierte en garantía de cumplimiento de la obligación en virtud del acto de automancipación. En el derecho clásico la responsabilidad es patrimonial. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, art. 1911 C.C.

La finalidad de toda obligación es el cumplimiento de la prestación. Esta debe ser posible, lícita y determinada.

Fuentes de la obligación son aquellos actos en los que la ley confiere virtualidad para hacer surgir el vínculo entre acreedor y deudor. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, art. 1809 C.C.

Las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento, aunque también se admiten otros actos o supuestos de extinción, art. 1156. No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, art. 1157

- **El contrato**

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra, a dar alguna cosa

o prestar algún servicio, art. 1524 C.C.

El art. 1621 especifica los tres requisitos esenciales del contrato: no hay contrato sino cuando concurran los siguientes requisitos; consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia de contrato, causa de la obligación que se establezca el consentimiento no pueden prestarlo los menores no emancipados, los locos o dementes y sordomudos que no sepan escribir, art. 1263 C.C.

En cuanto a la forma de realizar el contrato, el art. 1280 del C.C. dice que deberá constar en documento público. los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a terceros... También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno de los contratantes exceda de 1500 ptas.

Pueden ser objeto de contrato las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras, y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.

- Tipos de contratos

Los contratos más importantes y los de mayor frecuencia en la práctica son los siguientes:

- Compraventa

La compraventa es un contrato por el que una parte, llamada vendedor, se obliga a la transmisión de una cosa o un derecho a la otra, el comprador, a cambio de que ésta se obligue a pagar por ello un precio cierto en dinero o signo que los represente, art. 1445. Es un contrato bilateral, consensuado, porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes sin necesidad que la cosa sea entregada, y obligatorio. La venta puede ser civil o mercantil. En cuanto a la capacidad de las partes dice el art. 1547 que podrán celebrar el contrato todas las personas a quienes el código autoriza para obligarse.

El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Por saneamiento se entiende que esté libre de gravamen y vicios ocultos, lo que obliga al vendedor a responder ante el comprador, de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos que tuviera, art. 1434.

El comprador está obligado a pagar el precio por la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado en el contrato. Si no se hubiera fijado el pago deberá hacerse en el tiempo y lugar de la entrega de la cosa vendida, art. 1500. El comprador deberá intereses entre el tiempo de la entrega y el pago, si así se hubiese convenido, si la cosa vendida produce frutos o rentas y si se hubiese constituido en mora, con arreglo al art., 1100, art. 1501 C.C.

- Permuta

Art. 1538, la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

El C.C. presta poca atención a este contrato, remitiendo en todo lo que no se halle expresamente recogido, al contrato de compraventa por la semejanza existente. Si alguno de los permutantes perdiese por evicción la cosa recibida, art. 1540 C.C. "podrá optar entre recuperar la que dio en cambio o reclamar una indemnización por daños y perjuicios. Art. 1539 C.C. si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa prometida en permuta y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció a cambio, y cumplirá con devolver la que recibió

- Arrendamiento

Art. 1542 puede ser de obras, de cosas o de servicios. Art. 1543 en el arrendamiento de cosas una de las partes se obliga a dar a otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Es un contrato bilateral, consensual oneroso, porque el arrendatario a cambio del uso y goce se obliga a algo hacia el arrendador.

Art. 1554 C.C. el arrendador está obligado a entregar al arrendatario la cosa del contrato, a hacer de ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservar en estado de servir para el uso para el que se destinó, a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

Art. 1555 C.C. el arrendatario está obligado a pagar el precio del arrendamiento en los términos establecidos, a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinarla al uso pactado y en defecto de pacto, al que se dé según la costumbre de la tierra y a pagar los gastos de la escritura de contrato.

Art. 1556 C.C. si el arrendador o arrendatario no cumpliesen las obligaciones expresadas se podrá pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esta última dejando el contrato subsistente.

El contrato de arrendamiento cuando cumple su tiempo de vigencia, puede prorrogarse o renovarse.

- Mandato

Art. 1709 por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra

Art. 1711 a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. No obstante si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.

Art. 1718 el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato y responde de los daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasionen al mandante. Debe también acabar el negocio que ya estuviere comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.

Art. 1726 el mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales, según que el mandato haya sido o no retribuido.

Arts. 1727 y 1728 el mandante está obligado al pago de la retribución cuando esta proceda, a anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, a hacerse cargo de las obligaciones contraídas por el mandatario en su nombre comprendidas en el contrato, a reembolsar lo que el mandatario hubiese perdido por su culpa y indemnizarle por daños y perjuicio

- El préstamo

El C.C. regula dos tipos de préstamo: el comodato o préstamo de uso y el mutuo o préstamo de consumo.

- Comodato

Art. 1740 C.C. es el contrato por el cual la parte comodante entrega a otra una cosa no fungible para que use de ella cierto tiempo y se la devuelva. Es un contrato real, pues para su validez es necesaria la entrega de la cosa además del acuerdo, y esencialmente gratuito, pues si existiese retribución pactada pasaría a ser arrendamiento.

Art. 1741 C.C. el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos. Si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato. El comodatario debe dar a la cosa prestada el uso pactado. El comodato se extingue cuando finaliza el plazo del préstamo o del uso para el que la cosa se prestó.

- Mutuo

Art. 1740 C.C. el mutuo es un contrato por el cual el mutuante entrega al mutuuario dinero u otra cosa fungible con la condición de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad

Art. 1753 C.C. el mutuuario adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad

Art. 1755 C.C. no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiese pactado

La única obligación del mutuante es la de la entrega de la cosa.

- Deposito voluntario

Art. 1763 depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por voluntad del depositante

Art. 1758 se constituye el depósito desde que uno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla.

Art. 1760 el deposito es un contrato gratuito excepto acuerdo en contrario.

El depositario está obligado a guardar la cosa, a no usar de ella, y a restituirla. La única obligación del depositante consiste en pagar una retribución al depositario si previamente se hubiera pactado.

- Fianza

Art. 1822 por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste.

Las partes intervinientes en el contrato son el acreedor de la obligación y el fiador, sin ser necesaria la intervención del deudor. Es un contrato unilateral, pues solo nace la obligación en el fiador, y gratuito.

1

2