

¿QUÉ ES EL DERECHO?

Responder al interrogante ¿qué es el Derecho? es en este caso especialmente interesante, por dos razones:

* La primera está en que, mientras *la gente*, cuando se encamina hacia una realidad para conocerla sabe muy poco o nada de ella y no tiene empacho en reconocerlo, en el caso del Derecho, la mayoría tiene (o cree tener) unos conocimientos, pero éstos suelen ser equivocados y además peyorativos, conformando una idea pesimista y negativa del Derecho, como algo hostil, agresivo etc.

*La segunda razón por la que resulta urgente construir una idea adecuada del Derecho estriba en que éste constituye una realidad intrínsecamente humana, tan estrechamente relacionada con el hombre que puede afirmarse sin exageración que vivimos rodeados por el Derecho.

Rasgos Generales

1) Se puede hablar de la existencia en el hombre de una *intuición de lo jurídico*. La idea de lo jurídico anida en el espíritu humano desde su nacimiento. Ello es particularmente notable en el niño que defiende con firmeza aquello que considera "suyo" o que se irrita cuando considera que ha sido castigado injustamente.

Más clara aún se evidencia esta intuición en el adulto: el más analfabeto de los labriegos, aunque no conoce ninguna ley, se opone a que otro invada sus tierras porque sabe que esta situación no "debe" producirse.

2) El Derecho ha constituido a lo largo del tiempo un *factor civilizador y cultural* de singular importancia. Gracias a él, las relaciones humanas han perdido agresividad; la rudeza de los tiempos primitivos en que triunfaba siempre el más fuerte sobre el más débil ha sido sustituida por un sistema en que el débil puede llegar a imponerse al fuerte si el Derecho está de su parte.

De la mano de éste se han introducido, pues, factores éticos en las relaciones intersubjetivas y es uno de los elementos que permite el paso de grupos humanos regidos por la razón de la fuerza a sociedades presididas por la fuerza de la razón. No en balde se ha dicho que la cultura occidental se asienta sobre tres bases, una de las cuales es jurídica: el cristianismo, la filosofía griega y el Derecho romano.

3) El Derecho *posibilita la auténtica vida humana*. El hombre es un ser que viene al mundo cargado de potencialidades cuyo desenvolvimiento sólo puede producirse en el seno de la convivencia social, ya que es la sociedad la que proporciona los medios adecuados para ello.

Ahora bien, esta sociedad es inconcebible sin el Derecho que es el que establece las reglas del juego en las relaciones entre los miembros del grupo. Eso es lo que se quiere expresar en el viejo aforismo "*ibi homo, ubi societas; ubi societas, ibi ius*" (donde hay hombre, hay sociedad; donde hay sociedad, hay Derecho).

De todo lo anterior se deduce que si una vida auténticamente humana solo puede darse dentro del grupo social y esta forma de vida necesita inexcusablemente una ordenación jurídica, el Derecho se nos presenta como un factor imprescindible para la realización de esta forma plena de vivir de los hombres.

El Derecho como realidad humana

El Derecho es una *realidad humana*, una circunstancia enraizada en su existencia hasta el punto de que se puede decir que el hombre es un "animal jurídico".

Yendo incluso más allá, se puede afirmar que el Derecho es *una realidad exclusivamente humana* sin que

pueda darse por válida la tesis sostenida por algunos de que lo jurídico alcanza también al mundo animal, hablándose de una justicia "subhumana".

Sin embargo, sí es cierto que los hombres tenemos deberes jurídicos para con los animales. Pero la obligación del hombre, vincula a éste con la autoridad que formula el deber, y no con los animales, de manera que es más correcto decir que tenemos deberes jurídicos no *para con* los animales sino *con ocasión de* los animales.

El ámbito de lo jurídico

En primer lugar, como primera aproximación, hay que decir que el *Derecho es un elemento regulador de acciones*. Pero no todas las acciones pueden ser reguladas por el Derecho, sino que solamente se regulan las acciones humanas, por lo que se dice que el *Derecho es un orden regulador de actos humanos* y además dichos actos han de ser realizados por el hombre en cuanto tal hombre, es decir, actos *conscientes, voluntarios y libres*. Por ello se dice que el Derecho es *un orden regulador de conductas*.

Con respecto a estas conductas, hay que señalar que los actos humanos se clasifican en actos *inmanentes* y actos *transeúntes*. Los inmanentes son aquellos que empiezan y terminan en el propio sujeto, sin que afecten a ningún otro. Los transeúntes son los que transitan desde el sujeto hacia otro, lo que permite denominarles también *actos de alteridad*. El Derecho es pues, un *orden regulador de conductas de alteridad*.

Cabe hacer una última matización, ya que hay relaciones que son indiferentes al grupo y ese "desinterés social" provoca el "desinterés jurídico", es decir, la no regulación por el Derecho. La definición de Derecho se completará en la forma siguiente:

El Derecho es un sistema de normas impositivas, coercibles, reguladoras de actos de alteridad que interesan al grupo de modo especial, con el fin de lograr la seguridad jurídica y la justicia.

Acepciones del término "Derecho"

Por un lado, se utiliza el término "Derecho" para hacer referencia al sistema de normas, siendo ésta la acepción objetiva o *Derecho en sentido objetivo*

También existe otra significación que es la que hace referencia a la *facultad o poder* que una persona tiene para hacer algo.

Todo derecho subjetivo se apoya en el Derecho objetivo. Se puede decir que el Derecho objetivo está "fuera de mí" en tanto que el derecho subjetivo es algo que poseo, que está "en mí".

Otros órdenes normativos distintos del Derecho

Sobre el obrar humano operan otras normatividades distintas del Derecho (normas jurídicas): las normas morales y las reglas del trato social.

1) Normas jurídicas y normas morales.

Aunque en la teoría la distinción entre Moral y Derecho está clara, en la práctica autores como Ihering han llegado a decir que es el "Cabo de Hornos" de la ciencia jurídica, es decir un escollo que hacía naufragar muchas doctrinas.

En principio, normas morales son aquellas que regulan los actos humanos *interiores* y normas jurídicas las que se ocupan de los actos humanos *exteriores*. Pero, existen acciones externas que están sujetas al ordenamiento moral, como la donación de una limosna a un menestroso (y que no afectan al orden social)

Por consiguiente, habrá que especificar que son normas morales: a) las que regulan la actividad interna del sujeto y b) aquellos actos exteriorizados que tienen que ver sólo con el perfeccionamiento ético del sujeto.

Y serán normas jurídicas las que se ocupan de los comportamientos externos que atañen al perfeccionamiento de la vida del grupo.

2) Normas jurídicas y reglas del trato social (o usos sociales)

Se llaman *reglas del trato social* a las pautas de conducta a las que de ordinario se sujetan los hombres en sus relaciones con los demás miembros del grupo. Se dice que son porque generan en el individuo una "obligación", se siente "obligado a cumplirlas" y las obligaciones sólo nacen si existe una norma que nos dicte la conducta a realizar.

Las principales diferencias entre las normas jurídicas y las reglas del trato social son:

- 1) las normas jurídicas han sido promulgadas por el legislador, en tanto que las reglas del trato social han nacido de modo espontáneo
- 2) las normas jurídicas señalan siempre la sanción concreta que recae sobre quien las infringe. El quebrantar un uso social acarrea una sanción pero difusa, pues suele consistir en la descalificación por el grupo del infractor.
- 3) las normas jurídicas se aplican siempre, quiera o no quiera el obligado, en tanto que los usos sociales carecen de esa imperatividad.

¿CÓMO ES EL DERECHO?

Antes de abordar una descripción del Derecho, cabe hacer una distinción entre definición y descripción. Definir algo es decir qué es, en tanto que describirlo es decir cómo es. La definición hace referencia a lo esencial, a la forma. La descripción hace referencia a lo fenoménico, al fondo.

Descripción del Derecho objetivo

Los caracteres fundamentales del Derecho objetivo son:

1. La generalidad

El Derecho se manifiesta por encima de los casos particulares. Se hace para todos y no para uno concreto.

Se puede decir que el Derecho configura una serie de tipos o "personajes" jurídicos abstractos y a cada uno le atribuye unas facultades y unos deberes; cuando en la vida real una persona concreta se inviste de uno de esos tipos, le son de aplicación, ya de modo particularizado y personal las facultades y obligaciones que de manera general se le habían asignado al tipo.

Ahora bien, para que esta generalidad resulte efectiva y se pueda aplicar a los casos particulares, es necesario que la conducta que ella contempla responda a lo que podría llamarse actitud ordinaria o corriente del grupo. Como dijo Aristóteles "es necesario que la legislación se acomode al tipo medio de los hombres"; idea que se manifiesta también en Justiniano, para quien las normas recogen "aquellas cosas que suceden más frecuentemente".

2. La imperatividad

El Derecho no invita a obrar, no ruega, no aconseja, no sugiere sino que, lisa y llanamente, manda estableciendo de manera taxativa que se ha de hacer y lo que no se ha de hacer. Este 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 obligación de obediencia.

Sin embargo, hay que señalar que no todas las normas son imperativas. Los mandatos del Derecho se refieren siempre a conductas por lo que un precepto que no haga referencia a un comportamiento, que no mande ni prohíba nada, no es propiamente un precepto jurídico aunque se halle inserto en un marco legal. Es lo que sucede con las normas de organización.

3. La alteridad

Es el carácter en virtud del cual el Derecho sólo se proyecta en las relaciones entre dos o más sujetos (la acción del sujeto está dirigida hacia otro, *alter*). Por lo tanto, el Derecho sólo puede darse en sociedad, que es donde se producen las relaciones entre los hombres. Es tal la conexión entre Derecho y sociedad, que se dice que el Derecho no puede existir sin sociedad y tampoco la sociedad puede existir sin el Derecho.

4. La coercibilidad

Se denomina coercibilidad a la propiedad que tiene el Derecho de poder imponer siempre su cumplimiento, recurriendo incluso a la fuerza si ello fuera necesario.

Pero las nociones de fuerza y Derecho son antagónicas ya que el Derecho es el que ha permitido la sustitución de la fuerza por el imperio de la razón... Por lo tanto, hay que especificar que esa fuerza que puede utilizar el Derecho para imponer su cumplimiento, es una fuerza que *ejerce el Estado* o un órgano estatal de manera que se sabe de antemano cuál es su medida y hasta dónde puede llegar, puesto que no se ejerce de modo incontrolado sino con sujeción a unas normas que regulan su ejercicio.

El problema que ha planteado el tema de la fuerza es el de si es un elemento *esencial* del Derecho. Por un lado, el Derecho tiene que contar con la fuerza suficiente para imponer su cumplimiento. Pero en muchas ocasiones el Derecho es observado espontáneamente, luego la fuerza no está "siempre" presente en aquél.

Algún sector de la doctrina ha apelado a distinguir entre *coacción* (imposición siempre forzosa del Derecho) y *coercibilidad* (posibilidad de imposición forzosa del Derecho) atribuyéndole a éste la coercibilidad. El Derecho se dicta imperativamente con pretensión absoluta de efectividad. Si obtiene cumplimiento espontáneo, la fuerza no aparece, pero si se manifiesta una voluntad rebelde al cumplimiento, el Derecho recurre a la fuerza exigiendo la realización de la obligación jurídica establecida, o forzando al cumplimiento de una obligación sustitutoria.

II. La descripción del derecho subjetivo

1. Elementos del derecho subjetivo. Su concepto

facultad o poder:

En primer lugar, hay que decir que el derecho subjetivo es *una facultad o poder*, una posibilidad de obrar que tiene el sujeto (los romanos lo llamaban *facultas agendi*). Así pues, el poder no es un atributo exclusivo del Estado, sino que se manifiesta en los particulares a través del derecho subjetivo.

obligación:

Además, para que exista este poder es necesario contar al menos con dos sujetos puesto que el poder se ejerce

siempre sobre alguien. Al igual que el Derecho objetivo, el derecho subjetivo se ejercerá en el seno de la convivencia social y no podrá hablarse de derecho si a la vez no se piensa en la existencia de un deber correlativo a ese derecho.

Este deber jurídico consistirá a veces en *hacer* algo y otras veces consistirá en *no hacer*

norma:

El tercer elemento será la norma sobre la que se basa el derecho

El derecho subjetivo se define pues como *la facultad atribuida por la norma a un sujeto de poder exigir de otro u otros ya una conducta concreta, ya una conducta de abstención o no impedimento.*

2. Contenido del derecho subjetivo

Son dos los ingredientes del derecho subjetivo: el *disfrute* y la *pretensión*.

El disfrute constituye la perspectiva interna del derecho subjetivo, mientras que la pretensión se refiere a su proyección externa. La palabra *disfrute* alude a que el derecho proporciona a su titular el goce o la satisfacción de poseerlo y ejercitarlo. La *pretensión* hace referencia a que el titular del derecho se dirige a otros pretendiendo o exigiendo de ellos una determinada conducta que puede ser de hacer o de no hacer algo.

Disfrute y pretensión están siempre presentes en todo derecho subjetivo, pero no siempre se harán ostensibles con el mismo grado de evidencia

3. Clases de derechos subjetivos.

Una clasificación clásica es la que distingue entre *derechos reales* y *derechos obligacionales* según si el sujeto sobre el que se ejercen es determinado o indeterminado.

– Los derechos reales son los que se proyectan sobre las cosas (*res*), el sujeto obligado está indeterminado, razón por la que en Derecho romano se decía que estos derechos se ejercían *erga omnes*, frente a todos.

Ej: derecho de propiedad (exige de todos que no perturben su relación con la cosa)

– En los derechos obligacionales, la persona sobre quien recae el deber correspondiente al derecho está determinada

Ej: derecho de crédito (se exige el pago al deudor, que es determinado)

Otra clasificación más moderna atiende al criterio del grado de intervención de la voluntad del titular en el ejercicio del derecho:

a) *los derechos de libertad*, en los que la voluntad del titular tiene escasa relevancia.

Se ejercen cuando se realizan actos libremente (disfrute) consistiendo la exigencia en reclamar de los demás (pretensión) que no perjudiquen ni impidan el ejercicio del derecho. Entran en esta categoría los derechos reales porque en este caso también es indeterminado el sujeto en el que recae la obligación.

b) *los derechos de pretensión* en los que la voluntad del titular es decisiva.

Este tipo de derechos viene a coincidir con los derechos obligacionales ya que en ellos el titular del deber

correlativo al derecho está perfectamente determinado.

c) *los derechos de modificación jurídica* en los que la voluntad del titular alcanza el grado máximo ya que no sólo depende de ella el ejercicio o no de estos derechos sino que además confieren al titular la posibilidad de dar nacimiento, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas. (ej: divorcios, testamentos...)

4. Los sujetos del derecho

Se entiende por *sujeto del derecho* el titular del mismo, es decir, el que posee la facultad de disfrute y puede ejercer la pretensión. Ahora bien, como frente a todo titular de un derecho, hay un obligado, se designa como *sujeto activo* al titular y como *sujeto pasivo* al que soporta el deber jurídico correlativo al derecho.

Todo hombre es sujeto de derechos, pudiendo ostentar la titularidad de los mismos (sujeto activo) y reconocerse soportando un deber jurídico (sujeto pasivo).

Se ha sostenido por algunos autores la posibilidad de que existan *derechos sin sujeto* mencionándose entre otros supuestos el de la herencia yacente (masa hereditaria cuando aún no hay heredero por alguna razón, como por ejemplo el legado dejado por alguien al primer nieto varón que tenga). Los partidarios de esta teoría sostienen que en el lapso de tiempo entre la muerte del testador y el nacimiento del primer nieto varón, el derecho de propiedad sobre los bienes legados carece de sujeto. Parece, sin embargo, que la tesis no es sostenible y la doctrina actual se inclina por la solución de que en esos casos hay un titular si bien es temporalmente indeterminado.

5. La persona como sujeto del Derecho

El término *persona* tiene su origen en una voz latina con la que se designaba la máscara que utilizaban los actores en el teatro. Dicha máscara tenía dos finalidades: que el espectador reconociera al personaje interpretado y hacer de caja de resonancia gracias al hueco existente entre la cara y la máscara. *Persona* viene del verbo *personare* (resonar) y evoluciona posteriormente identificándose no ya con la máscara sino con el actor que la lleva puesta.

En lenguaje coloquial, una persona es pues, un miembro de la especie humana pero en lenguaje jurídico *persona* no se identifica con *hombre* sino con *sujeto de derechos*, de modo que para los juristas el término no hace referencia sólo al hombre individual sino también a otros entes *supraindividuales* a los que el ordenamiento jurídico atribuye igualmente la titularidad de derechos. Por tanto, hay dos tipos de personas: *personas individuales* y *personas colectivas* (llamadas también *personas jurídicas* o *personas morales*).

* En cuanto a la persona individual, coincidirá exactamente con el hombre si bien el Derecho fijará las circunstancias que han de darse para que se pueda hablar jurídicamente de personas y concretará los momentos en que la persona comienza y se extingue pues, de no hacerlo así, podrían producirse situaciones dudosas que diesen lugar a inseguridad jurídica.

Por ello, todos los ordenamientos, ya desde el romano, establecen unas condiciones que han de cumplirse para que el Derecho reconozca la existencia de una persona, como la de que el feto nacido viva un cierto tiempo (que en el Derecho español es de 24 horas) con vida independiente de la de la madre.

* En cuanto a las personas colectivas, son de muy variada índole y en el concepto entran las *Corporaciones*, *Asociaciones* y las *Fundaciones*.

La existencia de personas colectivas está justificada porque con frecuencia los hombres se proponen unos objetivos que no pueden alcanzar por sí solos, por diversas razones: unas veces por la magnitud del proyecto, otras porque los fines propuestos son de carácter permanente y exceden, por tanto, de los límites biológicos

del individuo.

Por último, cabe señalar que aunque el Derecho reconoce ambos tipos de personas (individuales y colectivas) no puede haber identidad entre ellas ya que a las personas colectivas les corresponde un conjunto de derechos que por necesidad ha de ser mucho más reducido que el que les corresponde a las individuales (no pueden hacer testamento, contraer matrimonio etc...). También se diferenciarán en que la persona física existe por el simple nacimiento del feto (con la condición temporal antes señalada), mientras que las personas jurídicas han de constituirse mediante una serie de actos formales regulados por las normas y que a veces son enormemente complejos.

6. El objeto del derecho subjetivo

Se entiende por objeto del derecho subjetivo aquella realidad sobre la que éste se proyecta.

El objeto, desde el punto de vista del disfrute, es la *cosa* sobre la que recaiga pero hay que tener en cuenta que en el lenguaje jurídico la palabra cosa designa tanto realidades materiales como inmateriales (caso de los derechos sobre derechos: el accionista que le vende a otro un derecho de participación en la ampliación de capital de una empresa).

Desde el punto de vista de la pretensión, el objeto del derecho es siempre una prestación ajena.

Pero no toda realidad puede ser objeto del derecho subjetivo. Quedan excluidas las siguientes:

- a) El hombre, que por su condición y dignidad no puede ser medio para otro.
- b) Los derechos inherentes a la condición humana, como los derechos fundamentales y aquellos otros que, por su contenido y finalidad, sólo pueden ejercitarse por el titular sin que quepa la transmisión de los mismos.
- c) Las realidades inaprensibles (estrellas, nubes).
- d) *La res sacrae*, cosas sagradas, que por razón del respeto que inspiran y su relación con la Divinidad están fuera del tráfico jurídico.
- e) Las cosas comunes que no son susceptibles, por esa naturaleza común, de adscribirse al patrimonio de otra persona.

¿DE DÓNDE PROCEDE EL DERECHO?

I. El Derecho y la Historia

En los albores de la humanidad reinan la guerra, la violencia y la destrucción. Una primitiva regulación exige igualdad entre daño y acto vengativo: *ley del talión* (ojo por ojo, diente por diente). Después se admite la compensación económica y el rescate de la ofensa. Cuando no existe acuerdo entre las partes se vuelve a la venganza y deciden los dioses en ritos mágicos y ordalías o jueces-sacerdotes interpretan esa voluntad divina.

Pero no en todas partes se ha seguido este proceso: al clasicismo de Roma (triunfo de la justicia y el Derecho) le sigue una época de oscuridades de la Edad Media (regreso a las ordalías y a los torneos).

II. Las Fuentes históricas del Derecho

Existen dos tipos de fuentes del Derecho:

* Las *fuentes de producción* son los órganos de creación del Derecho. Estos órganos tienen poder para emanar preceptos en estrecha relación con la *potestas* política.

Históricamente, esta facultad se le atribuye en primer lugar a la divinidad y a brujos y sacerdotes o al *dux* (jefe de la tribu). En sociedades más evolucionadas como la romana se separará lo religioso de las leyes creadas por los órganos de poder, como en Roma donde el poder de crear Derecho se atribuirá a los cónsules, al Consejo de Ancianos (Senado) o al pueblo reunido en Asambleas o Comicios (que son de tres tipos: curiados, centuriados y concilios plebeyos).

* Las *fuentes de conocimiento* son los libros, documentos y textos jurídicos, algunos de los cuales sirven de referencia a lo largo de la Historia como es el caso del *Corpus Iuris* (no es un libro sino un conjunto de doctrina).

III. Los Derechos de la Antigüedad

Los Derechos de la Antigüedad son creencias mágico-dinamísticas y animísticas que vinculan al hombre con la divinidad. El dios designa al *dux* de la comunidad y a través de él dicta justicia.

ej: En el Código de Hammurabi (s. XVIII ac.) el dios del sol Shamasc dicta las leyes a Hammurabi que es intermediario entre el dios y el pueblo.

Los Derechos de la Antigüedad se caracterizan:

- a) No existe el Derecho como ámbito independiente de la religión y la moral.
- b) El sacerdote o intérprete de la divinidad que actúa como Juez, decide sin atenerse a reglas preexistentes
- c) No hay una ordenación de preceptos con criterios lógicos.

IV. Derecho Romano

Entre los llamados Derechos de la Antigüedad, constituye un acontecimiento único y extraordinario el Derecho de Roma, hasta el punto de que su vigencia se prolonga hasta nuestros días. Se considera el ordenamiento modelo y por ello se le califica de *clásico* (=modélico) y a su constante imitación en todas las épocas se le llama *clasicismo*.

El Derecho romano evolucionó durante trece siglos (s. VIII a.c. – s.VI dc.), desde la fundación de Roma hasta la muerte del emperador Justiniano. A lo largo de ese período se distinguen varias etapas:

1. La *civitas* romana (también llamado período preclásico o Quiritario)

situación política

En un primer período, Roma se organiza políticamente como una Monarquía donde el *imperium* lo ejerce el *rex*. Posteriormente, en la República, este *imperium* lo ejercerán los cónsules asesorados por el Senado y las decisiones importantes se someterán a los comicios o Asambleas populares.

ordenamiento jurídico

Las fórmulas procesales y los esquemas negociales responden a la personalidad individualista del ciudadano romano y a una economía dedicada al pastoreo y a la agricultura.

Las reglas que rigen los procesos las custodia en Colegio de Pontífices y todavía se mezcla lo religioso (el *fas*) con los procedimientos civiles (el *ius*). Los sacerdotes son sustituidos por juristas laicos. Se publica la Ley de las XII Tablas que recoge las costumbres de los mayores (*mos maiorum*), iniciándose una labor de interpretación.

A las primitivas formas de actuar en juicio se les llama *legis actiones* (acciones de la Ley).

derechos reales

El *paterfamilias* tendrá los siguientes derechos:

– sobre el *heredium* (terreno de cultivo) y sobre esclavos, aperos de labranza, animales etc., ejerce el *mancipium* (de *manus*, símbolo de potestad física y jurídica)

Estas cosas podían ser vendidas mediante el acto de la *mancipatio* (rito que se hacía con un peso y balanza para transmitir la propiedad) y sobre ellas el romano podía ejercer la *vindicatio o reivindicatio* (reclamarlas)

obligacionales: En las obligaciones entre ciudadanos se ofrece primero como garantía el propio cuerpo (*nexum*) y después el patrimonio. Para obligarse se utilizan las palabras de la *sponsio* (Prometo) o la *stipulatio*.

familia: El *paterfamilias* ejerce la *manus* (que adquiere en el matrimonio –*conventio in manum*– sobre la mujer. Sobre los esclavos ejerce la *dominica potestas*. Todos los sometidos a la voluntad del *paterfamilias* forman la familia agnaticia y los unidos a él por vínculos de sangre forman la familia cognaticia.

herencia: Se concibe como una entidad universal de créditos y deudas. El testador puede designar a sus sucesores por testamento realizado por el ritual de la *mancipatio* o ante el ejército antes de la batalla (*testamentum in procinctu*)

Esta concepción individualista y cerrada del antiguo patriciado se ve superada por la sublevación de los plebeyos que consiguen la equiparación de las clases sociales. También las guerras de conquista cambiarán las circunstancias económicas y sociales convirtiendo a Roma en la capital de un Imperio universal.

2. El Imperio Romano (período clásico)

Los últimos años de la República son fecundos en el mundo del Derecho, realizando los juristas una labor de orden y sistematización de las decisiones, reglas e instituciones jurídicas. Decidieron gran número de casos y establecieron reglas y doctrinas seguidas después por los juristas del Principado.

situación política

En lo político Octavio Augusto instaura un nuevo orden (el mencionado Principado) con el que se abre un largo período de paz. Este Principado representa un equilibrio entre los órganos de la antigua Constitución republicana y la nueva administración de funcionarios imperiales. Se sientan las bases e una compleja organización provincial controlada por el Senado y por el Príncipe.

La pertenencia a la comunidad de ciudadanos romanos es un honor y así se proclama "*civis romanus sum*".

ordenamiento jurídico

procesal: Los juristas mantienen al Derecho en continuo dinamismo sugiriendo al Pretor nuevas acciones y medios procesales. Se crea un nuevo procedimiento basado en la fórmula o documento escrito, en el que se

concretan las peticiones de las partes (procedimiento formulario) y en el que se distinguen dos fases:

- *in iure*: en la que el Pretor decide la atención a las cuestiones que se le proponen y si han de ir a un Juez o no.
- *apud iudicem*: segunda fase del proceso, en la que el Juez comprueba los hechos.

reales: En materia de propiedad y posesión, junto a la acción reivindicatoria (reclamación de la cosa por el propietario), el Pretor crea la acción publiciana que protege al poseedor de buena fe en tanto que transcurre el tiempo necesario para adquirir la propiedad por usucapión y también le concede los interdictos posesorios para tutelar provisionalmente la posesión (acción que me permite echar de mi tierra a alguien que la ocupa, de un modo rápido)

obligacionales: En los derechos obligacionales se crean los contratos consensuales: compra-venta, arrendamiento, sociedad y mandato que se basan en la voluntad, en el recíproco consentimiento de las partes, frente a los antiguos contratos verbales sponsio y stipulatio.

delitos: En materia de delitos, como consecuencia de la interpretación de la *lex Aquilia de damno*, surgen los conceptos de dolo (intención de causar daño) y culpa aquiliana (falta de diligencia, negligencia).

familia: En este período prevalece la familia natural sobre la agnaticia. La mujer ya no está sometida a la manus. A los hijos, aunque permanezcan bajo la patria potestas, se les reconoce progresivamente capacidad comercial y procesal.

herencia: Tiene sentido exclusivamente patrimonial. Es una universalidad o conjunto de bienes distinto de los bienes que la componen. Las palabras que se utilizan en el testamento (*verba*) ceden ante la voluntad real del testador (*voluntas*) que prevalece.

Si una persona muere sin hacer testamento se abre el procedimiento del *ab intestato*, o sucesión intestada. Es un procedimiento judicial por el que hay que demostrar que hay herederos.

3. El Dominado y la crisis del Imperio Romano (período postclásico)

La crisis llega por una serie de factores internos y externos que producen una larga decadencia que lleva a la conquista por los bárbaros y la desaparición del Imperio Romano de Occidente.

Un paso importante lo da el emperador Antonino Caracalla en el año 212 d.c., concediendo la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

Algunos emperadores, como Diocleciano, intentan restaurar las creencias de la religión romana. Por otra parte, Constantino, con el Edicto de Milán, confirma la tolerancia a la nueva fe cristiana, que se convierte en la religión oficial.

situación política

El Príncipe se convierte en Señor (*Dominus*), los ciudadanos en súbditos. Así se instaura un sistema de Monarquía absoluta o autocracia (El Dominado).

El nuevo Derecho se caracteriza por el predominio del poder imperial. El emperador tiene en sus manos los medios de producción e interpretación del Derecho. Las constituciones imperiales se llaman *leges* en oposición a los *iura* o escritos jurisprudenciales.

Especial importancia tuvo el emperador Justiniano (años 527 a 565 dc) que realizó la gran compilación del *Corpus Iuris* de los juristas clásicos, formado por:

- *El Digesto*, que recoge los *iura* o jurisprudencia clásica (sentencias, resoluciones, etc.)
- *El Código*: compilación de Leyes de los emperadores.
- *Las Novelas*: son un tipo de Leyes (Leyes justinianeas)

ordenamiento jurídico

procesal: Se suprime el procedimiento formulario y con ello se confunden numerosos conceptos jurídicos (propiedad/posesión, Prescripción/usucapión)

obligacionales: También en derechos de obligaciones se confunden y unifican acciones y géneros contractuales.

En derecho hereditario se unifican acciones e interdictos, así como legados y fideicomisos y en cuanto a la familia, triunfa definitivamente el parentesco natural y los derechos sucesorios de la mujer respecto a sus hijos y ascendientes.,

El Derecho postclásico se caracteriza por la influencia del vulgarismo, tendencia corruptora y simplificadora de las costumbres provinciales y de la práctica judicial.

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 (*contra legem*). 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, o exposiciones destinadas a la enseñanza del Derecho. Entre ellas, destaca la obra *Instituciones* de Gayo. Esta obra, imitada por Justiniano en sus *Instituciones* ha tenido una gran influencia en los modernos códigos civiles.

V. Derecho Medieval

El Derecho medieval se forma por la fusión de los elementos romanos y germánicos (de los bárbaros) con el Derecho canónico.

En Occidente la obra de mayor importancia e influencia fue la *Lex Visigotorum* o Breviario de Alarico (semejante a lo que fue el *Corpus Iuris* de Justiniano en Oriente).

En España, durante la Reconquista los monarcas conceden los *fueros y cartas pueblas* a los territorios conquistados (ordenaciones y privilegios). En la aplicación del Derecho, las *fazañas* son sentencias judiciales a las que se atribuye el valor de crear precedentes.

El descubrimiento del *Digesto* o Pandectas en Bolonia (centro de jurídico cultural de Europa) en el siglo XII supone un regreso a las fuentes romanas. Los glosadores inician una labor de anotaciones marginales a los textos romanos, denominados "glosas".

De esta época es nuestro "*Código de las Siete Partidas*" de Alfonso X el Sabio (1263–1265), inspirado en el *Corpus Iuris* y en los glosadores y canonistas. El *Ordenamiento de Alcalá*, de Alfonso XI (1348), consagra como fuentes supletorias del Derecho castellano los fueros municipales y las *Partidas*.

En el siglo XVI, los comentaristas o postglosadores realizan comentarios a las obras de los glosadores de donde saldrán principios jurídicos generales. Ellos sientan las bases del Derecho común (es el común de normas que regían para todos los territorios, –había normas comunes a pesar de que había muchos terratenientes y cada uno hacía su propio Derecho–), forjado con elementos romanos y canónicos, que señala la transición al Derecho moderno.

VI. Derecho moderno

En el siglo XVI, frente a las tendencias prácticas de los glosadores y comentaristas (*mos italicus*) se inicia un movimiento humanista (*mos gallicus*), consecuencia del Renacimiento. Se pretende reconstruir el Derecho de Roma.

En el siglo XVII, la Escuela de Derecho Natural defendía un derecho universal para todos los pueblos fundado en el Derecho Romano (Derecho Natural es el que cada persona lleva en su corazón).

En el siglo XIX, la Escuela histórica alemana considera que el Derecho nace del espíritu del pueblo y se fundamenta en principios romanos. Se cultiva un derecho teórico o de profesores que se distingue del derecho práctico (casuístico) o de juristas.

En Castilla, en la Edad Moderna se publican tres recopilaciones generales:

- Libro de las leyes u Ordenanzas Reales de Castilla. También llamado ordenamiento de Montalvo (bajo los Reyes Católicos)
- La Nueva Recopilación, de 1567 (bajo Felipe II)
- La Novísima Recopilación, de 1805 (bajo Carlos IV)

En Cataluña fueron también tres recopilaciones:

- La primera de 1495 (usatges)
- La segunda de 1588–1589 denominada *Constitutions y altres drets de Cathalunya*
- La tercera de 1704, se llama igual que la anterior y es una puesta al día de ésta.

Notas al tema III

dogmas: nociones que tenemos de las instituciones como la familia etc.

- *rescate de la ofensa*: pagar por la ofensa cometida
- *ley del talión*: ojo por ojo, diente por diente
- *Corpus Iuris*: no es una ley sino un conjunto de doctrina
- *dux*: jefe
- *clásico*: modélico
- *esquema negocial*: contrato, negocio jurídico (acto entre varios sujetos)
- *mos, moris*: costumbre *mora*: costumbres
- *legis ationes*: acciones de la Ley. Procedimiento muy primitivo para reclamar derechos

- *heredium*: terreno de cultivo
- *paterfamilias*: cabeza de familia
- *mancipium*: de *manus*, símbolo de postestad física y jurídica
- *mancipatio*: acto simbólico con un peso y una balanza para transferir la propiedad de cosas mancipables (esclavos, aperos de labranza, animales etc.)
- *in iure cessio*: cesión ante el magistrado de cosas mancipables
- *vindicatio o reivindicatio*: reclamación
- *uti*: uso *frui*: disfrute *habere*: tener (propietario no es el que *posee*, sino el que *usa*, *disfruta*, etc.)
- *Pretor*: autoridad política de la antigua Roma
- En Derecho primitivo (preclásico) las cosas pueden ser *mancipii* (que se pueden transmitir) o *nec mancipii* (que no se pueden transmitir)
- *stipulatio*: compromiso
- culpa aquiliana: responsabilidad extracontractual, sin culpa. Ej: cojo un taxi y al bajar me rompo un pie; el taxista no tiene la culpa pero hay una ley que me protege.
- Instituciones: vienen a ser más o menos los libros de texto de Derecho

¿CÓMO SE MANIFIESTA EL DERECHO?

I. La Norma Jurídica

1. Concepto, Expresión y Contenido

El Derecho es un mandato. *La norma jurídica es la expresión del mandato del Derecho*. Pero el modo habitual que utiliza el hombre para comunicarse es la palabra, por lo que la norma jurídica habrá de expresarse con palabras, oraciones gramaticales (o proposiciones) que reciben el nombre de *proposiciones normativas*. Hay que distinguir, pues, entre la norma (el mandato) y la proposición normativa (la expresión verbal de ese mandato).

2. La estructura de la norma

El jurista austríaco Hans Kelsen ofreció la siguiente fórmula para estructurar la norma (aunque no es aplicable a las normas de organización):

Si es H, debe ser C

Si no es C, debe ser S

donde H es un determinado hecho y C la consecuencia atribuida por la norma a la efectiva producción de ese hecho. Ej: el artículo 46.2 del Código Civil señala que no pueden contraer matrimonio los que están ligados por vínculo matrimonial: si se da el hecho (H) de que una persona está ya casada, se produce la consecuencia (C) de que se le impide contraer matrimonio. Ahora bien, dado el hecho previsto, no siempre se producirá la consecuencia C en la realidad (se dice *debe ser C*. No se dice *es C*) porque los hombres no actúan siempre de modo que se produzca aquella consecuencia (en esto consiste la infracción jurídica). Si no se produce esa consecuencia, la norma queda incumplida. Para tratar de evitarlo se prevé la *sanción*. (Ej: los casados (H)

según el artículo 46.2 del Código Civil no pueden contraer matrimonio (C) . Si lo contrajeran, ese matrimonio sería nulo (S))

A menudo los elementos de la norma –hecho, consecuencia y sanción– aparecen establecidos en distintos preceptos que hay que relacionar para extraer de ellos el conjunto de la norma.

3. La jerarquía de las normas

Las normas se ordenan según su *rango* (valor normativo), dando lugar a la *jerarquía de las normas*. La consecuencia inmediata de esta jerarquía es la supeditación de las normas inferiores a las superiores, de manera que carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior (art. 1 del Código Civil).

En el primer nivel de la jerarquía está la Constitución (ley de leyes) aunque en el artículo 1.2 del Código Civil (que es donde se regula esta jerarquía) la Constitución no aparece porque este artículo del Código Civil fue redactado en 1974 y la Constitución es de 1978.

De aquí nace el concepto de *inconstitucionalidad* o disconformidad de una norma con la Constitución: Cuando el Tribunal Constitucional aprecia la inconstitucionalidad de una norma, –es el órgano encargado de esta misión– ésta queda invalidada de inmediato.

A la cabeza de la escala jerárquica está la *ley* cuya elaboración le corresponde al Congreso y al Senado. Hay dos clases de leyes: orgánicas (que exigen mayoría absoluta del Congreso para su aprobación, modificación o derogación, según el artículo 81 CE) y ordinarias (que se aprueban por mayoría simple).

En las leyes se perfilan las directrices básicas de lo que se quiere regular, lo que exige que otras normas de inferior rango desarrollen el contenido de la ley. Este desarrollo reglamentario de la ley se suele hacer en los *Decretos* (elaborados por el Consejo de Ministros). Un caso especial es el *Decreto-ley* que dicta el Consejo de Ministros en casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE) pero que han de ser convalidados por el Congreso.

Los Decretos serán desarrollados a veces por Ordenes ministeriales (emanadas del Ministerio).

Este esquema se complica en el caso español debido a la estructura del Estado, ya que las Comunidades Autónomas también pueden generar leyes cuya prevalencia o no sobre las estatales depende de la Constitución Española y de los Estatutos de Autonomía. También hay que tener en cuenta nuestra pertenencia a la Unión Europea que hace que las normas comunitarias tengan prevalencia sobre la legislación nacional.

4. El desarrollo temporal de la norma jurídica

– En el caso de las leyes, la iniciativa legislativa le corresponde al Gobierno (proyecto de ley) o al propio Parlamento o a las Comunidades Autónomas (proposición de ley).

Su elaboración comienza con un Anteproyecto del Ministerio correspondiente, que es examinado por la Comisión de Subsecretarios y aprobado por el Consejo de Ministros. Se envía entonces al Congreso de los Diputados como *proyecto de ley* donde es examinado y aprobado por la Comisión competente (y donde puede ser modificado por enmiendas) para pasar finalmente al Pleno. Si se aprueba, se envía al Senado donde se repiten los pasos de Comisión y Pleno.

– Los Decretos tienen una elaboración más simple, pasando únicamente por la Comisión de Subsecretarios –y no siempre– y por el Consejo de Ministros. Las Órdenes son producto sólo de la decisión del Ministro.

A) El nacimiento de la norma jurídica

El momento del nacimiento de la norma es la promulgación. En nuestro ordenamiento el artículo 20 del Código Civil establece que "las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.

Respecto a este precepto, hay que señalar en primer lugar, que ese plazo de veinte días, conocido como vacatio legis está previsto para que el ciudadano cuente con un tiempo prudencial para poner en orden sus asuntos e intereses, por elementales motivaciones de seguridad jurídica.

En segundo lugar, se habla de la "completa" publicación porque hay leyes tan largas que no pueden publicarse en un solo número del BOE y en ese caso, el plazo de 20 días se cuenta a partir del día en que se termine la publicación.

En tercer lugar, se habla de "publicación" porque la norma necesariamente ha de ser escrita. (en las sociedades primitivas las normas debieron ser orales pero cuando el grupo alcanza una cierta complejidad se impone la norma escrita para que no se deforme con la transmisión oral, para poder consultarse en cualquier momento, etc...)

B) La vida de la norma jurídica

Una vez nacida la norma comienza su *vigencia*. A partir de ahora puede ser invocada por los ciudadanos y los Tribunales tienen la obligación de aplicarla. Los efectos de la norma se producen de modo inexorable, con independencia de si los sujetos están enterados o no del contenido de la misma. Esto es lo que recoge el *principio de la presunción de conocimiento*, según el cual "la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento" (art. 6.1. C.C.).

Las normas no pueden producir efectos sobre situaciones anteriores. Esto es lo que recoge otro principio básico, el *principio de irretroactividad* (art. 2.3 C.C.). Puede haber casos en que la norma sí tenga efecto retroactivo. Por ejemplo, si en virtud de una nueva norma, deja de ser delito una conducta antes castigada, dicha nueva norma se aplicará a los hechos anteriores a su vigencia, suspendiendo la aplicación de las penas que se hubieran impuesto en virtud de la norma anterior.

El principio de irretroactividad contempla la vigencia de la norma desde el punto de vista del tiempo. En relación con el espacio, se puede afirmar que las normas son *territoriales*, es decir, obligan dentro del territorio en que son dictadas. También hay normas de carácter *personal*, de modo que rigen los actos de las personas allí donde se encuentren, por ejemplo, si un español quiere hacer testamento, deberá hacerlo conforme a las leyes españolas aunque se halle en el extranjero. La coexistencia de leyes territoriales y personales ocasiona tal cúmulo de problemas que ha provocado la aparición de toda una disciplina: el *Derecho Privado*.

Todo o anterior se refiere a la *vigencia técnica*. Pero también hay que tener en cuenta la *vigencia social* que consiste en la aceptación de la norma por el grupo. Puede suceder que el legislador promulgue una norma que por su notoria injusticia, por contradecir abiertamente los hábitos de la gente o por otras razones, sea rechazada por la sociedad. La norma se aplicaría porque tiene vigencia técnica pero carecería de vigencia social.

C) La muerte de la norma jurídica

La norma se promulga adaptada a unas determinadas circunstancias que se dan en ese momento. Cuando cambian esas circunstancias, la adaptación de la norma empieza a deteriorarse y ésta acaba siendo anacrónica, es decir, se hace vieja y no se adecúa a la realidad social, por lo que ya no sirve para regularla con eficacia.

Pero, por muy ostensible que sea su anacronismo, la norma subsiste en su vigencia mientras no sea derogada, con la excepción de las normas que nacen ya con un tiempo fijo de vigencia como la Ley de Presupuestos, que sólo tiene vigencia para el año en que se ha dictado.

La derogación sólo se puede producir con una norma nueva, que ha de tener además igual o superior rango que la que se deroga. Lo corriente es que la norma derogatoria establezca una nueva regulación que sustituya a la norma derogada pero a veces esto no sucede (la norma nueva sólo deroga), dando lugar a lagunas legales. También puede ocurrir que se regule una situación sin derogar la norma anterior. En este caso se produce una derogación tácita de la norma anterior que queda sin efecto en todo cuanto sea incompatible o contradictorio con el contenido de la nueva norma.

5. El lenguaje de la norma jurídica

Si el mandato contenido en la norma está mal expresado, puede suceder que el obligado no lo cumpla por simple desconocimiento, con la consecuencia grave de que la norma le es igualmente aplicable por el principio de presunción de conocimiento.

Por lo tanto, la mejor garantía para el obligado es la *claridad de las normas jurídicas*. La utilización de palabras ambiguas, la redacción torpe y descuidada provocan confusión y dan lugar a pleitos que no se plantearían si todos los interesados estuvieran de acuerdo con los preceptos.

Dado que el contenido de la norma es un mandato, parecería natural que se utilizase el tiempo verbal imperativo (como ocurría de hecho en los antiguos textos legales). Hoy, sin embargo, se utiliza el presente o el futuro para suavizar el aspecto conminatorio de las leyes. Por la misma razón, se les da un cierto tono didáctico mediante la *exposición de motivos* que precede al articulado y en la que se explica al ciudadano cuáles son las razones para promulgar la norma. Esta exposición de motivos aparece siempre en las leyes, casi siempre en los Decretos y a veces también en las órdenes ministeriales.

6. Clases de normas jurídicas

Por la finalidad a que se dirigen, existen:

– *normas de conducta y normas de organización*. Según el profesor Reale las primeras tienen como objetivo inmediato regular el comportamiento de los individuos o las actividades de grupos y entidades sociales en general. Las segundas son las que poseen un carácter instrumental, mirando a la estructura y funcionamiento de órganos o a la regulación de procesos técnicos de identificación y aplicación de normas.

Por el grado de imperatividad se distinguen:

– *normas taxativas*: los obligados tienen que actuar necesariamente según lo prescrito en ellas. Por ejemplo, el art. 1875 del C.C. señala que "es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el documento en que se constituye sea inscrito en el Registro de la Propiedad"

– *normas dispositivas*: que ofrecen una determinada regulación para una situación pero que sólo se aplicarán si las partes implicadas no han decidido darse una regulación distinta. Es decir, la voluntad de los sujetos es de aplicación preferente, teniendo estas normas un carácter supletorio respecto de dicha voluntad. Por ej. la sociedad de gananciales en el matrimonio.

Por el modo de vincular la voluntad de los obligados, hay:

– *normas preceptivas*: que imponen cierta conducta

– *normas prohibitivas*: que vedan un comportamiento.

En las preceptivas la voluntad del sujeto está más constreñida que en las prohibitivas ya que cuando nos encontramos ante una prohibición, se nos impide hacer A pero podemos hacer B, C, D etc... en tanto que si se trata de una norma preceptiva, ésta nos obliga a hacer A y sólo A.

– *normas permisivas*: no mandan ni prohíben, sino que autorizan un determinado comportamiento. Algún sector de la doctrina sostiene que no existe este tipo de normas, ya que hay un principio jurídico en virtud del cual todo lo que no está prohibido es lícito.

II. El ordenamiento jurídico

1. Concepto

Las normas jurídicas están integradas en un *conjunto* que es el *ordenamiento jurídico* (se dice que el ordenamiento jurídico es una *pluralidad normativa*)

– Desde el punto de vista *territorial*, el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas vigente en un determinado territorio (ej: el ordenamiento jurídico español)

– Desde el punto de vista *histórico*, es el conjunto de normas que estuvieron vigentes en el pasado, en una organización concreta (ej. el ordenamiento jurídico romano) y

– Desde el punto de vista *sectorial*, es el conjunto de normas que regulan un cierto tipo de relaciones (ej: el ordenamiento jurídico laboral que se ocupa de las relaciones de trabajo)

2. El ordenamiento jurídico como sistema

El ordenamiento jurídico es un *sistema*. Como tal, está estructurado de acuerdo con unos criterios rectores o principios inspiradores a los que deben acomodarse las normas.

Sin embargo, la construcción de este sistema no se produce al modo como se construyen los sistemas científicos. En éstos, cada nueva verdad se obtiene por deducción a partir de las anteriores, de modo que nace ya *dentro del sistema*. En el ordenamiento jurídico, la incorporación de las normas no se produce deduciéndolas de las existentes, sino *desde fuera del sistema*. Ello hace que la labor del legislador sea muy delicada pues no tiene la seguridad con que opera el científico (éste sabe que si no yerra en el proceso deductivo, toda verdad obtenida encaja en el sistema).

3. La coherencia del ordenamiento jurídico

En el ordenamiento jurídico debe darse la coherencia, entendiendo por ello la no contradicción entre las normas. Sin embargo, en la práctica, las normas son tan abundantes y proceden de tantas fuentes distintas, que se producen *antinomias* (=contradicciones) entre ellas. Para resolver los casos en que se rompe la coherencia del ordenamiento, la ciencia jurídica ofrece tres principios:

a) el principio de la *temporalidad*, conforme al cual la norma posterior prevalece sobre la anterior (es lógico, ya que parece que en este caso, el legislador ha decidido regular la materia de modo distinto a como lo hizo anteriormente)

b) el principio de la *jerarquía* que da preferencia a la norma de rango superior sobre la de rango inferior.

c) El principio de *especialidad*, según el cual la norma que regula una materia de modo especial prevalece

sobre la norma que la regula de modo general (lo que hace la especial es matizar algunos casos respecto de la general, con lo que se evidencia que el legislador ha tenido en cuenta la norma general, de modo que la antinomia, si la hay, es sólo parcial.)

Puede suceder que se de contradicción entre una norma de rango superior y otra de rango inferior (prevalecería la de rango superior) pero que además, la de rango superior sea anterior a la otra (prevalecería la de rango inferior, que es la más moderna). En este caso lo que se da es una antinomia entre los principios y no existen reglas generales para resolver el problema. Serán los jueces los que busquen la solución según cada caso singular.

4. La plenitud del ordenamiento jurídico

A finales del siglo XVII se inicia un movimiento codificador que culmina en 1804 con la publicación del Código Napoleón, del que se llegó a pensar que su perfección era total y que en él se hallaba la solución a cualquier cuestión que se planteara. Así nace el dogma de *la plenitud del ordenamiento jurídico*.

Pero, por muy minucioso que sea un ordenamiento, la variabilidad de la vida práctica hará que se planteen situaciones no previstas, dando lugar a las *lagunas del Derecho*. Pese a ello, sigue vigente el dogma de la plenitud del ordenamiento, no en el sentido de que en él se encuentren resueltos todos los casos, sino en el sentido de que, dado que existen lagunas, el propio ordenamiento debe ofrecer procedimientos para llenarlas, de modo que, "los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido" (que son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho). Esta exigencia es tan importante que su incumplimiento haría que los juzgadores incurrieran en el delito de prevaricación (art. 357 CP).

Capítulo IX

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. CONCEPTO Y DENOMINACIONES

Son derechos fundamentales aquellos que corresponden a todo hombre no por concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre.

Reciben diferentes denominaciones. Se les llama derechos *humanos*, derechos *del hombre* y derechos *de la persona humana*, expresiones que apelan a la condición humana del sujeto. Se habla también de derechos *naturales* aludiendo a que emanan de la naturaleza humana y de derechos *fundamentales* para destacar con ello que afectan a los aspectos más básicos del ser humano. También se utiliza el término de *libertades fundamentales*, poniendo así de relieve que esos derechos constituyen un reducto intangible de la persona frente al poder.

II. LA "CONQUISTA" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El disfrute de los derechos fundamentales ha sido el resultado de una continua lucha del individuo frente al Estado.

El ejercicio de los derechos humanos es, en la mayoría de los casos, un acto de defensa frente a intromisiones del poder en la esfera de 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, arañando trabajosamente sucesivos reconocimientos de derechos por parte de aquél.

Por ello, el reconocimiento de esos derechos por el Estado se ha conseguido a través de una proceso lenta,

como lento ha sido el despertar de los hombres a la toma de conciencia de que poseen unos derechos fundamentales –hasta el siglo XVI 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–.

En la actualidad, la mayoría de las Constituciones los contemplan y ofrecen garantías para su ejercicio.

III. CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos humanos son, desde luego, derechos subjetivos, por lo que les es aplicable cuanto se ha dicho en relación con éstos en el capítulo II. Se diferencian en que los subjetivos se ejercen frente a un particular (o frente al Estado actuando como particular) y los fundamentales se ejercen frente al Estado.

Los derechos fundamentales se caracterizan (caracteres no compartidos con los otros derechos):

- Son *imprescriptibles*: no se adquieren ni pierden por el transcurso del tiempo.
- Son *inalienables*: no se pueden transferir a otro titular (sí se pueden transferir los subjetivos)
- Son *irrenunciables*: el sujeto de los mismos no puede renunciar a su titularidad
- Son *universales*: los poseen todos los hombres, con lo que se da una igualdad jurídica básica entre todos los seres humanos.

A veces se les ha atribuido el carácter de *absolutos* (que pueden ejercerse de modo ilimitado) pero la doctrina actual no reconoce esta nota y acepta que el ejercicio de estos derechos está sometido a ciertos límites (orden público, bien común, derechos de los demás...)

IV. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para que un derecho fundamental sea eficaz el Estado no sólo debe reconocerlo, sino además garantizar su ejercicio. Todo Estado debe, pues, contar con un normas que establezcan procedimientos utilizables por los ciudadanos cuando estimen que determinadas actuaciones del poder han socavado sus derechos.

Los sistemas de garantías son diversos en cada país. La protección y tutela de estos derechos suele encomendarse a los Tribunales; unas veces se atribuye a Tribunales ordinarios y otras a un órgano jurisdiccional específico como es el caso español, que cuenta con el Tribunal Constitucional al que pueden acudir los ciudadanos ejercitando el *recurso de amparo* (también el *recurso de inconstitucionalidad* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley). En el orden supraestatal está el *Tribunal Europeo de derechos del hombre* ante el que puede comparecer el ciudadano en queja frente al propio Estado (este Tribunal sólo actúa respecto a Estados que suscribieron el Convenio o de Roma de 1950, entre los que está España).

También en cierto modo cabe considerar como instrumento de garantía la institución el Defensor del Pueblo cuyo precedente está en el Ombudsman sueco y que es una institución no jurídica que recibe quejas de los particulares. Pero carece de función ejecutiva, por lo que su papel como instrumento de garantía de los derechos es muy limitado.

o

V. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se entiende por positivación el proceso por el que los derechos fundamentales son recogidos y formulados por

las normas positivas, haciendo posible su ejercicio eficaz.

El ejercicio de un derecho consiste en poder actualizar la pretensión contenida en el mismo, es decir, la posibilidad de dirigirse a otro reclamando del mismo un comportamiento, para lo que es preciso que el derecho esté recogido y concretado en una norma. El ejercicio comprende también la facultad de requerir de los Tribunales que exijan al obligado la realización de la conducta debida. Ahora bien, los Tribunales actúan aplicando la norma jurídica por lo que es imprescindible que el derecho esté positivado.

Ahora bien, los derechos existen previamente a la positivación, de manera que ésta no *crea* los derechos, no es *constitutiva* sino meramente *declarativa* (la norma *reconoce* los derechos).

En cuanto a los medios de positivación, los dos más importantes son:

- las Constituciones, que empiezan a aparecer a finales del XVIII coincidiendo con el momento en que la doctrina tiene ya elaborada la teoría de los derechos humanos. La primera Constitución francesa (1791) transcribe como Preámbulo la Declaración de Derechos Humanos de 1789
- la "Declaración Universal de Derechos Humanos", formulada por la ONU en 1948, que es la única declaración supraestatal de carácter universal. No obstante, se pone en duda si este texto constituye una auténtica positivación ya que los acuerdos de la Asamblea General no tienen carácter *obligatorio* para los estados miembros, sino que son meras "recomendaciones" y, la positivación consiste en recoger los derechos fundamentales en *normas jurídicas*.

VI. CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Se distinguen tres especies, que responden a tres etapas en el proceso de reconocimiento de estos derechos:

- Los *derechos civiles*, que son aquellos que afectan de modo más directo a la persona en cuanto se refieren a los aspectos más íntimos de la misma: derecho a la vida y a la integridad física, a la propiedad, a la libertad, a la dignidad, a la libre expresión del pensamiento y de conciencia, a la libre profesión de una religión, a la inviolabilidad del domicilio, etc.

Fueron los primeros en ser reconocidos y se mencionan en las primeras Declaraciones (en la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776) y en la *Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano* (1789) que encabeza la Constitución francesa de 1791.

- Los *derechos políticos* que se refieren en general a la intervención del ciudadano en la vida pública: derecho de sufragio, a participar en la vida política, al control del Estado, a la libertad de asociación y reunión, etc. La positivación de estos derechos se produce en el siglo XIX
- Los *derechos económico–sociales y culturales*, que atienden las aspiraciones de los sujetos en materia económica y de acceso a la cultura: derecho al trabajo, a una remuneración digna del mismo, a la seguridad e higiene, a la seguridad social, a la huelga, a la sindicación, al acceso a la enseñanza, etc...

Los derechos económico–sociales surgen durante el siglo XIX, cuando el proletariado va adquiriendo conciencia de clase y reivindica los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad, derechos que habrán de garantizar la participación *igual* de todos en los beneficios que comporta la vida social. A estos derechos económico–sociales se unen, ya en el siglo XX, los derechos culturales que se refieren al acceso de todos, en igualdad de condiciones, al mundo de la educación y a los productos culturales.

VII. BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos comienza en la Edad Moderna.

En el Medievo no se hallan expresiones claras de estos derechos humanos. Lo que se encuentra en los documentos de la época son meros *privilegios* que el monarca concede a un grupo de súbditos, a una ciudad etc... (tienen por tanto carácter *esporádico y fragmentario*) y sólo se pueden considerar *precedentes* de los auténticos derechos fundamentales.

Un ejemplo de estos precedentes medievales es la *Carta Magna* otorgada por el rey inglés Juan Sin Tierra en 1215. En la España medieval son frecuentes los pactos entre el rey y sus súbditos, entre ellos el acordado en las Cortes de León en 1188 entre Alfonso IX y su reino, los acuerdos de Burgos de 1301 y de Valladolid de 1322, el *Privilegio General de Aragón* otorgado por Pedro III en 1283 etc..

A partir del siglo XVI se produce la generalización de los derechos humanos. Europa se ve convulsionada por guerras religiosas, por ello la libertad religiosa es la primera reclamada. A este respecto son importantes el *Edicto de Nantes* otorgado por Enrique IV de Francia (1598), el *Acta de Tolerancia* de Maryland (1649) y la *Carta* concedida en 1663 por Carlos II de Inglaterra a la colonia americana de Rhode Island.

Aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientan hacia la conquista de otros derechos civiles y políticos. El primer lugar en el que se cumplen estas aspiraciones es Inglaterra con la *Petition of Rights* (1628), la Ley del *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689).

El paso siguiente se dará cuando en las Declaraciones se borre la referencia exclusiva a un pueblo determinado y no se hable de "derechos de los ingleses", sino de "derechos de los hombres", alcanzándose la *universalización* de los derechos humanos. Aunque fueron varias las colonias que formularon Declaraciones, la que mayor fama ha alcanzado es la *Declaración de derechos del pueblo de Virginia*, de 1776, que fue seguida pocos días después, el 4 de julio por la *Declaración de independencia de los Estados Unidos*.

Por lo que toca a Europa, la Asamblea nacional aprueba el 26 de agosto de 1789, la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, sancionada por Luis XVI y que se incorporó como Preámbulo en la Constitución de 1791.

Durante el siglo XIX van apareciendo las Constituciones en las que se reconocen todos o algunos derechos civiles y políticos. Los derechos económico-sociales y culturales se recogen por primera vez en el XX en las Constituciones mexicana (1917) y alemana (1919).

En la postguerra de 1945 vuelven a aparecer "Declaraciones" pero con la importante diferencia de que proceden de instancias supranacionales, produciéndose la internacionalización de los derechos humanos. Así, una de las primeras misiones que acometió la *Organización de las Naciones Unidas* (creada por la Conferencia de San Francisco de 1945) fue redactar, en 1948, la *Declaración Universal de derechos humanos* complementada por el *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales*, ambos de 1966 (ratificados por España en 1977).

Otras Declaraciones son *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*, aprobada en Bogotá en 1948, la *Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales*, suscrita en Roma en 1950 (ratificada por España en 1979).

Junto a estos textos han aparecido también Declaraciones de origen eclesial, como la Encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII (1963).

VIII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española de 1978, como toda Constitución moderna, recoge los derechos y libertades

fundamentales y ofrece un sistema de garantías satisfactorio. Los derechos y libertades fundamentales se recogen en el Título I –bajo el epígrafe *De los derechos y deberes fundamentales*– en los artículos 10 a 55.

A los económicos, sociales y culturales se dedica el capítulo III del Título I, en cuya rúbrica no les llama *derechos*, sino que les designa muy significativamente como *principios rectores de la política social y económica*. Y es que estos derechos tienen un tratamiento singular, cuando se habla de las garantías de las libertades y derechos fundamentales, se dice (art 53) que vinculan a los poderes públicos, pero esta afirmación no se hace respecto de los económicos, sociales y culturales, que no vinculan a estos poderes y no se puede por tanto, exigir del Estado que satisfaga estos derechos de modo inmediato. La propia Constitución los concibe no como auténticos "derechos" sino como principios inspiradores de la política social y económica que el Estado se propone seguir.

La razón es que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales requiere una acción estatal para que puedan ejercitarse de modo real y no siempre el Estado dispondrá de los recursos necesarios para ello.

¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO?

El Derecho nace como consecuencia de un acto de potestad o de autoridad de quien tiene poder para dictarlo y debe ser obedecido y aplicado. Los jueces aplican el Derecho en virtud de su potestad de jurisdicción (de *iurisdictio*, declaración del derecho). Este acto de aplicación viene precedido por la interpretación del precepto jurídico (que consiste en averiguar su sentido y alcance, así como su adecuación al caso concreto de que se trate)

I. EL DERECHO Y LOS JURISTAS PRÁCTICOS

Los juristas son los que se dedican al estudio y a la práctica del Derecho. Se distinguen juristas prácticos, que se dedican a resolver los problemas que plantea la interpretación y aplicación del Derecho, de los teóricos o científicos del Derecho, que lo hacen objeto de estudio o abstracción intelectual.

Las funciones tradicionales del jurista eran:

- *Respondere* (responder): dar respuesta a los casos concretos que los ciudadanos les planteaban
- *Agere* (hacer): aconsejar sobre acciones y fórmulas judiciales que debían ejercitarse para la protección de los derechos
- *Cavere* (prevenir): proporcionar esquemas y modelos de actos y negocios jurídicos

El jurista romano es eminentemente práctico y no crea teorías ni justifica sus decisiones. También son prácticos los glosadores medievales que con el *Digesto* pretenden resolver los problemas de su época.

Los humanistas del Renacimiento estudian el Derecho en su ámbito histórico y crean ya un Derecho científico. Más adelante, Savigny y su Escuela histórica distinguen un Derecho de juristas, de carácter práctico, de un Derecho de profesores, con finalidades históricas y sistemáticas.

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

- Asesoramiento (=respondere): ante las consultas de particulares o sociedades privadas o entidades públicas.
- Asistencia e intervención (=agere) ante los funcionarios, cargos u órganos administrativos o ante los tribunales administrativos.

- Asistencia y defensa (=agere) ante Juzgados y Tribunales en materia penal, civil, contencioso-administrativa y laboral.
- Asistencia en la redacción de documentos (*cavere*) o en la realización de negocios o contratos.

II. SISTEMAS ABIERTOS Y CERRADOS

Los actuales sistemas jurídicos se vienen distinguiendo en sistemas abiertos y cerrados.

- Los sistemas abiertos consisten en un Derecho vivo y jurisprudencial, en continua creación y evolución mediante decisiones casuísticas. Ej: el Derecho inglés y americano
- Los sistemas cerrados consisten en Derechos escritos y compilados en un cuerpo o código. El sistema cerrado es el de los Códigos Civiles del Derecho europeo continental.

Paralelamente, estos sistemas se clasifican en problemáticos (si se orientan hacia decisiones concretas) o axiomáticos (si son sistemas contruidos con reglas generales). Problemáticos y axiomáticos se dan en sistemas abiertos y cerrados aunque con distinta intensidad. o sea, que en los abiertos también hay jurisprudencia y en los cerrados también hay Ley (o Derecho positivo)

El Derecho romano es el *fundamento* histórico de estos dos sistemas (la jurisprudencia romana es una actividad creadora en continuo progreso –abierto– y las reglas que se deducen de las decisiones adoptadas han inspirado los Códigos Civiles –cerrado–)

1. Códigos Civiles

La corriente doctrinal, inspirada por los autores del Derecho de Pandectas, desemboca en los Códigos Civiles europeos. En Francia triunfa el movimiento codificador con el Código Civil de Napoleón de 1804, que tuvo una influencia decisiva en el proyecto de García Goyena de 1851 y en el Código Civil de 1889. En Alemania, el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) no apareció hasta 1900 por la resistencia que opusieron los autores de la escuela histórica que consideraban que el Código cerraría las fuentes vivas del Derecho como producto espontáneo y genuino del pueblo. Este Código se considera como la obra maestra de los juristas, junto con el Código Civil suizo de 1912 y el Código Civil italiano de 1942.

2. Derecho inglés y americano

Es el prototipo del sistema abierto en el que los jueces deciden sobre los casos concretos aplicando la técnica del precedente.

También en el Derecho anglosajón se contraponen un Derecho legal (*statute Law*) y un Derecho de juristas (*Common Law*). Sin embargo, este último es históricamente el más importante y en él se actúa en virtud de los principios inspiradores de la equidad (*Equity*) en un continuo proceso de elaboración de decisiones casuísticas y precedentes (*Case Law*). En la historia del sistema judicial inglés se considera al precedente como la base y el impulso creador del Derecho. La sentencia en un caso determinado no es adoptada como precedente hasta que no es aceptada por un juez sucesivo. Conforme a las reglas del *stare decisis*, las decisiones de la Corte o Tribunal superior son vinculantes para las sentencias dictadas por tribunales o jueces inferiores.

En esta concepción, el *Common Law* se considera como un ordenamiento jurídico superior que se desarrolla por los jueces mediante decisiones inspiradas en la equidad.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

Según el artículo 1.1 del CC "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

1. La Ley

En esta enumeración de fuentes, la Ley sigue manteniendo su primacía pero no se considera como la fuente única que en las concepciones de los positivistas, servía para resolver todos los casos posibles.

Dada esta primacía de la Ley, la costumbre se ha venido considerando como fuente subsidiaria de primer grado y los principios generales del Derecho como fuente subsidiaria de segundo grado.

La Ley es una norma estatal y escrita que procede del órgano legislativo.

Se diferencia de la costumbre:

- La Ley es Derecho escrito, la costumbre es Derecho no escrito
- El origen de la Ley es concreto y cierto, en la costumbre es incierto
- En cuanto a la extensión y eficacia, la Ley es universal y genérica, mientras que la costumbre se aplica a un ámbito territorial reducido o a un determinado grupo de personas.

2. La costumbre

En sentido jurídico, la costumbre es el uso social que es fuente de decisiones y reglas jurídicas. Es la conducta habitualmente repetida con el convencimiento de que obliga a las partes implicadas o de que es necesaria.

Los jurisconsultos romanos consideraban la costumbre como el "consentimiento tácito del pueblo".

Las costumbres por su relación con la Ley pueden ser:

- *secundum legem*: según la Ley
- *praeter legem*: fuera de Ley
- *contra legem*: contra Ley

También se distingue entre la costumbre como derecho popular (*Volksrecht*) y la costumbre elaborada por juristas y jueces (*Juristenrecht*).

En el Derecho español sólo se admite la costumbre en defecto de Ley aplicable, o *praeter legem* y también los usos y prácticas sociales. Además, según el artículo 1.3 del CC: "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".

El Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que la costumbre debe ser probada por la parte que la alega. La doctrina critica esta posición, ya que el Juez o Tribunal debe conocer la costumbre conforme al principio *iura novit curia* (la curia conoce los derechos).

3. Los principios generales del Derecho

El artículo 1.4. del CC dispone: "los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

Según De Castro, los principios generales del Derecho son "ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación" y distingue tres clases de principios:

- a) los principios del Derecho natural
- b) los principios tradicionales o nacionales, es decir, los que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de nuestro pueblo.
- c) los principios políticos, los que integran la constitución real del Estado.

La doctrina científica distingue entre los principios generales del Derecho y las reglas y máximas jurídicas que no tienen en sí valor jurídico y menos eficacia de fuente jurídica.

La jurisprudencia del TS ha pasado de exigir que los principios estén reconocidos en la Ley o en la doctrina jurisprudencial a aceptar aquellos principios que estén relacionados con los admitidos por la jurisprudencia. La mayoría de los principios son de origen romano, procedentes del *Digesto*.

Ej: – Nadie puede ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium*)

– Nadie puede ser condenado sin ser oído (*Nemo inauditum condemnari debes*)

– Nadie puede invocar el incumplimiento de un pacto que él mismo ha incumplido (*tu quoque*)

– No puede existir una sanción si no está legislada (*Nulla pena sine lege*, o principio de tipicidad)

4. La jurisprudencia

En sentido jurídico, Jurisprudencia indica los criterios seguidos en las sentencias de los Jueces y Tribunales o, incluso las sentencias dictadas por éstos.

Aunque su valor sea distinto en los sistemas abiertos (en el sistema abierto del *Common Law* el Juez decide un caso y crea reglas y principios que en virtud del precedente vinculan a los jueces posteriores) y cerrados (el juez es un mero intérprete de la Ley), no por ello en éstos últimos su importancia es secundaria. En la actual redacción de los apartados 6 y 7 del artículo 1 del CC se reconoce la función preeminente de la jurisprudencia:

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Se menciona por tanto a la jurisprudencia en el artículo que trata de las fuentes del Derecho.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

En primer lugar, debe distinguirse entre interpretación del Derecho (*interpretatio iuris*) o indagación del Derecho aplicable a una determinada situación, e interpretación de la ley (*interpretatio legis*), o esclarecimiento del alcance y contenido de la norma jurídica o de la ley.

Pero no sólo la ley es objeto de interpretación. también se interpretan los pactos y acuerdos entre particulares (a estos pactos se le llama *lex privata*), dado que puede existir una discrepancia entre las palabras utilizadas (*verba*) y la verdadera intención del declarante (*voluntas*).

Con la publicación del Código Civil de Napoleón en 1804 y el movimiento codificador que le siguió, la Ley adquiere tal preeminencia que llega a considerarse como única fuente del Derecho. Los jueces estaban obligados a aplicarla e interpretarla en su sentido literal. Sobre el objeto de esa interpretación surgen dos teorías:

- La opinión tradicional o teoría subjetiva que sostiene que el sentido y alcance de la ley debe encontrarse en la voluntad del legislador que la crea (*mens legislatoris*)
- La teoría objetiva que sostiene que lo que debe indagarse es lo que en la ley aparece como realmente querido (*mens legis*) y no lo que el legislador había querido al sancionar la ley.

El Artículo 3.1. del CC establece que: "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"

En esta redacción se mencionan los distintos criterios de interpretación: según el sentido propio de sus palabras (gramatical o interpretación literal); en relación con el contexto (lógico); los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (histórico-evolutivo), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas (criterio teleológico).

Siguiendo a De Castro, podemos distinguir, atendiendo a su origen, las siguientes clases de interpretación:

- * Interpretación *auténtica* es la que procede del mismo legislador
- * Interpretación *usual* es la realizada por jueces y tribunales
- * Interpretación *doctrinal* es la realizada por los autores (sólo tiene eficacia indirecta en cuanto sea acogida por la jurisprudencia)

Atendiendo a sus resultados, De Castro distingue las siguientes clases de interpretación:

- * Interpretación *literal* cuando el texto es claro
- * Interpretación *declarativa* cuando las palabras admiten varios sentidos.

A su vez puede ser:

- *Lata*: cuando se acepta el sentido más amplio de las palabras
- *Estricta*: cuando se acepta el sentido más restringido de las palabras
- * Interpretación *crítica o correctiva*, cuando se rectifica la letra de la ley para ponerla de acuerdo con el espíritu del texto. A su vez puede ser:
 - *extensiva* cuando es necesario ampliar la Ley porque se expresa en términos demasiado restringidos (*minus dixit quam voluit* = dijo menos de lo que quiso)
 - *restrictiva* cuando hay que darle un alcance más limitado a la Ley (*potius dixit quam voluit* = dijo más de lo que quiso)
 - *derogatoria* cuando la norma no puede aplicarse temporal o definitivamente y se suspende su aplicación

La jurisprudencia del TS ha venido aplicando tradicionalmente los siguientes criterios de interpretación :

* Sentido gramatical: "No hay lugar a interpretación cuando el precepto legal no ofrece dudas" "No se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición".

* Sentido lógico: Argumentos:

– *A maiori ad minus*: "El que puede lo más, puede lo menos" (=si la ley dice que puedes emitir acciones hasta el 50 % del capital social, también puedes emitir un 40%)

– *A minori ad maius*: "Quien no puede lo menos tampoco puede lo más"

– *A contrario*: "Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir" "Las disposiciones dictadas contra las reglas generales deben interpretarse restrictivamente"

(=si la ley te prohíbe hacer A, a sensu contrario, te permite hacer –A)

– *Reductio ad 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 teleológico: no ha de atenderse tanto a la observancia estricta del precepto como a su espíritu.

* Criterio histórico–sociológico: Es preciso que los resultados que se obtengan con esos elementos clásicos (gramatical y lógico) se refuercen por la aplicación del criterio sociológico que revela y completa la necesidad y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

¿SOBRE QUÉ SE APLICA EL DERECHO?

(PÚBLICO Y PRIVADO)

I. DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Con independencia de las teorías dualistas, subjetivistas o pluralistas que pretenden explicar esta división atendiendo al sujeto, al objeto o contenido o a la forma, se considera que la relación es de Derecho público cuando el Estado interviene en ella como supremo ente ordenador en virtud de su soberanía. Regula situaciones de desigualdad entre las partes, es decir, una parte está subordinada a la otra (ej. la relación entre el ciudadano y el Estado). Es Derecho privado el que regula las relaciones que se dan en un plano de igualdad entre las partes.

Pertenecen al Derecho privado el Derecho civil y el mercantil. Pertenecen al Derecho público el Derecho político, administrativo, fiscal, procesal y penal. Las nuevas materias y especialidades (agrario, marítimo, aeronáutico, etc.) no pueden encuadrarse en la esfera pública o privada porque sus normas son de las dos clases.

Es fundamental, sin embargo, distinguir la esfera pública o privada de las distintas situaciones, ya que determinan la autonomía de las partes y la efectividad de los actos, así como la jurisdicción y el procedimiento a seguir. En Dº privado las partes tienen autonomía. En Dº penal no decides ir, te llevan (robo, asesinato)

Esta bipartición del Derecho en Derecho Público y Privado ha tenido diversas interpretaciones a lo largo de la Historia:

En el Derecho Romano, decía Ulpiano que "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". El texto expone dos aspectos de una misma realidad unitaria, como es el Derecho Romano.

Según el historiador Tito Livio, la ley de las XII Tablas era la fuente de todo el Derecho público y privado.

En la Edad Media, debido a la influencia del vulgarismo, se confunden (=se funden, no hay diferencia) los diversos conceptos. Con la Recepción (=asimilación del Derecho romano por los Godos) 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 los iguales o pares y los de la subordinación.

Con el Renacimiento, Donello (siguiendo a Ulpiano) divide las reglas jurídicas conforme a su utilidad pública o privada. Un siglo más tarde, Domat divide el Derecho en Derecho de gentes (regula relaciones entre los pueblos), Derecho privado (regula convenios entre particulares) y Derecho público (trata de cómo llega el poder al soberano, la milicia, la administración de justicia, etc.)

En la Edad contemporánea, las ideas de la Revolución francesa y el Enciclopedismo traen consigo las reivindicaciones liberales (primacía de los derechos del hombre frente al Estado) de modo que el Derecho público queda reducido al conjunto de normas instrumentales al servicio del Estado mientras que el Derecho privado constituye el sistema y fundamento de los derechos y libertades individuales. Sin embargo, las necesidades sociales acaban por imponer la intervención del poder público a través de leyes que reducen el ámbito del Derecho privado (=intervencionismo) y el Derecho propende a hacerse él mismo Derecho público (D'Ors).

II. RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PÚBLICO

1. Derecho Político y o Derecho Constitucional

El derecho político se ocupa de las leyes y principios que regulan el gobierno del Estado.

El Estado, en su concepto actual aparece en el siglo XVI cuando se unifican regiones y minúsculos reinos, después de las guerras de religión. El Estado se configura en relación con tres elementos: el territorio, la población y la soberanía o poder político.

La palabra nación procede del término latino *natio* (grupo del mismo origen) y se identifica con Estado actual o que pretende serlo en el futuro. La CE introduce el término "nacionalidad" para referirse a las regiones tradicionales con características propias.

El Derecho constitucional estudia la Constitución como forma estable en que se estructura el Estado y se organiza el Gobierno. Es una Ley superior a las demás (ley de leyes).

En las Constituciones democráticas se sigue la teoría de la división de poderes (formulada por Montesquieu en su obra "*El Espíritu de las Leyes*" en el s. XVIII). Se distinguen:

- *poder legislativo* que elabora las leyes (Parlamento español)
- *poder ejecutivo* que aplica o ejecuta las leyes y dirige la política y a admon. pública.
- *poder judicial* que interpreta y aplica las leyes mediante jueces y tribunales de justicia que deben actuar como órganos imparciales e independientes.

El artículo 1.1. de la CE señala que "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 artículo 1.2 de la CE señala que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado"

Territorialmente el Estado se organiza en municipios provincias y Comunidades Autónomas (actualmente 17)

2. Derecho administrativo

El artículo 97 de la CE señala que "el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes".

El Derecho administrativo es una rama especial del Derecho que regula la Administración pública. Se entiende por Administración pública:

- a) la Administración del Estado en sus diversos grados y jerarquías.
- b) la Administración de las Comunidades Autónomas
- c) la Administración local (municipios y provincias)
- d) las corporaciones e instituciones públicas sometidas a control del Estado, de las CCAA o del Ayuntamiento o entidades locales

El Derecho administrativo se fundamenta en la concepción del Estado como persona jurídica independiente de los órganos que lo componen. También la Administración pública se considera dotada de personalidad jurídica propia al servicio de los fines colectivos.

Como rama del Derecho público el Derecho administrativo es, en parte, derecho de la organización de los servicios públicos y, en parte, derecho que rige las relaciones de la Admon, con los ciudadanos.

Conforme al principio de legalidad consagrado en el ART. 9.1 de la CE "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico. Frente a la Admon. el ciudadano puede invocar las siguientes garantías:

- *garantía económica* el daño sufrido por el particular puede ser objeto de indemnización
- *garantía jurídica*: exigencia de un procedimiento con audiencia del interesado y un sistema de recursos advos y contencioso–advos. Los recursos advos ordinarios proceden contra actos no excluidos expresamente y comprenden reposición (ante el mismo órgano que dictó la resolución) y alzada (ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución). Los recursos extraordinarios como el de revisión se fundan en motivos establecidos por la ley. Otros recursos son: súplica y reclamaciones económico–advas en materia fiscal.

3. Derecho Financiero, Derecho Tributario y Derecho Fiscal.

- **Derecho financiero**: Normas que regulan la recaudación, programación, gestión y gasto de ingresos del Estado y de los entes públicos.
- **Derecho tributario**: Normas que regulan la imposición y recaudación de los tributos y establecen los medios para regular las relaciones entre los entes públicos exactores de impuestos y los ciudadanos

– **Derecho fiscal:** Normas que establecen los impuestos vigentes del Estado y de los entes públicos y los hechos que dan lugar a la imposición y a las escalas y cuantías.

4. Derecho Penal

El Derecho Penal es el conjunto de normas públicas que tipifican los delitos y atribuyen a ellos las penas correspondientes.

Las doctrinas liberales que nacen en el siglo XVIII, defienden dos principios:

– la moderación de las penas: las corrientes humanitarias del XIX destacan la finalidad preventiva y estudian el delito centrándolo en la persona del delincuente y de su entorno social. Nacen la Criminología y la Penología y

– la primacía de la seguridad jurídica. =El ciudadano debe estar protegido frente a las posibles arbitrariedades de jueces y funcionarios y se definen los hechos que constituyen delito y las penas que se castigan. De ello derivan los siguientes principios:

* *nulla pena sine lege*: no puede imponerse una pena si no está prevista por la ley y para el hecho que se juzga. Las leyes penales son irretroactivas: no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración (art 1 del CP)

* *nullum crimen sine previa lege penale*: no es delito más que el hecho definido como tal antes de que se cometa

* Las normas de imposición de penas deben interpretarse restrictivamente y no cabe la extensión por analogía de los preceptos penales

5. Derecho Internacional Público

Regula las relaciones entre Estados y entre entes y organizaciones de carácter supraestatal. Por razón de estas relaciones se distingue entre derecho externo (el Estado interviene como sujeto de la comunidad internacional) y derecho interno (legisla para sus ciudadanos)

Ya existía en Roma, y se le conocía como Derecho de Gentes *ius gentium*. En el mundo cristiano existe normas de un Derecho de Gentes y una comunidad cristiana de naciones basada en la autoridad del Papa que motiva que las guerras sean consideradas justas o injustas en las obras de teólogos y juristas.

Para la resolución de conflictos entre Estados se distingue entre la resolución del modo no jurisdiccional (con Organizaciones internacionales o diplomáticos) o modo jurisdiccional (con Tribunales Internacionales de Justicia).

La organización internacional más importante es la ONU creada por la Carta de San Francisco de 1945.

6. Derecho Internacional Privado

Regula relaciones internacionales entre ciudadanos de diferentes Estados. Ej. si una alemana se casa con un español, se aplica a su régimen matrimonial de bienes el Dº español o el Dº alemán?

Algunas legislaciones siguen el criterio de aplicar sólo el Derecho Nacional. Otras permiten al Juez aplicar o tener en cuenta el Derecho extranjero. Otras dictan normas de conflicto y resuelven según la materia de que se trate.

Cuando en un mismo Estado existe pluralidad de legislaciones regionales (como en España) se regulan los conflictos entre ellas por medio del Dº interregional.

7. Derecho del Trabajo

Regula las prestaciones del trabajo productivo y libre realizado por cuenta ajena. El contrato de trabajo se realiza entre el empresario y el trabajador.

Tradicionalmente, la prestación de servicios se incluía en el contrato civil de arrendamiento de servicios (las partes eran libres para pactar las condiciones).

A partir de la revolución industrial del siglo XIX los movimientos reivindicativos de la clase obrera y la aparición de los sindicatos dan lugar a la aparición de una legislación especial sobre el contrato de trabajo. La importancia creciente de estas relaciones laborales determina la aparición del Dº del trabajo. Especial importancia tiene el Convenio Colectivo (contrato negociado por representantes de trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo).

8. Derecho Canónico

Es el Dº de la Iglesia católica. Hay que destacar tres aspectos:

- a) Su trascendencia histórica: con el Dº romano formó el Dº común por el que se rigió el Imperio cristiano de Occidente. Sus reglas y principios forman parte de los actuales Derechos europeos.
- b) Como Derecho eclesiástico o Derecho legislado del Estado que regula las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El convenio entre ambas partes se llama Concordato.
- c) Como Derecho matrimonial que regula el régimen y efectos del matrimonio católico. Las sentencias de los Tribunales eclesiásticos tienen efectos civiles pero su ejecución se tramita ante jueces y tribunales ordinarios.

III. RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PRIVADO

1. Derecho Civil

En Roma, existía el *ius civile* (derecho de los ciudadanos o jurisprudencial) y el *ius honorarium*, creado por el Pretor en virtud de su poder de *iurisdictio*. Por otra parte, el Derecho civil, en oposición al *ius gentium* y al *ius naturale*, es "el derecho que cada pueblo establece para sí" (Gayo). El emperador Justiniano recopila el Derecho romano en un libro llamado *Corpus iuris* (y desde la Edad Media, *Corpus Iuris civilis* para distinguirlo del *Corpus iuris canonici* –derecho de la Iglesia–).

El Derecho civil florece en la sociedad liberal del XIX como consecuencia de la prevalencia de la iniciativa privada y de la autonomía de la voluntad. Regula las circunstancias jurídicas de la persona desde su nacimiento hasta su muerte.

El contenido tradicional del Derecho civil se divide (por Gayo) en los tres grandes grupos: personas, cosas y acciones. Savigny distinguía cinco secciones: parte general, derechos reales, obligaciones, familia y sucesiones. Este es el plan adoptado por el Código Civil alemán.

El Código Civil español de 1889 consta de 1976 artículos, distribuidos en Título preliminar (normas jurídicas y su eficacia y aplicación) y cuatro libros (personas, bienes, propiedad y sus modificaciones, modos de adquirir la propiedad y obligaciones y contratos). Se alaba su concisión y claridad.

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

2. Derecho Mercantil

Se segrega del Derecho civil en el XIX. Aunque los precedentes históricos se encuentran en las prácticas y estatutos de las corporaciones de mercaderes de la Alta Edad Media, hay que remontarse al comercio que ya se practicaba ampliamente en el mundo antiguo, especialmente por fenicios, griegos, cartagineses y romanos.

Como disciplina independiente, el mercantil ha tenido un extraordinario desarrollo en nuestro siglo por el progreso del comercio.

En un sentido objetivo, los actos de comercio se definen como operaciones tradicionalmente consideradas como comerciales y reguladas en el Código de Comercio o que, sin estarlo, tengan naturaleza análoga. En una concepción subjetiva, que es la que se sigue actualmente, se considera al Derecho mercantil como el que regula la actividad profesional de los empresarios.

La materia propia del Derecho mercantil se regula de modo general, por el Código de Comercio de 1885.

La estructura de la organización mercantil se basa en tres conceptos fundamentales:

- a) empresario es el titular de la empresa, sujeto de derechos y obligaciones que nacen de la actividad empresarial.
- b) actividad empresarial es la actividad económica, organizada y profesional, ejercitada con una finalidad de producción o cambio de bienes y servicios para el mercado.
- c) establecimiento comercial es el conjunto de bienes y de servicios que forman el patrimonio de la empresa

En el régimen jurídico de la empresa tiene especial importancia la sociedad anónima. Es una sociedad capitalista, por acciones y de responsabilidad limitada, cuya última regulación se ha realizado por Decreto de 22 de diciembre de 1989. Existe, además, otros tipos de sociedades: colectiva, comanditaria y de responsabilidad limitada.

¿CÓMO SE ACTÚA EL DERECHO?

(PROCESAL)

El artículo 117.1 de la Constitución dice: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley".

Dada nuestra concepción actual de administrar Derecho, derivada de una concepción democrática del Derecho, se puede concluir en aras de los artículos 117.1 y 24. 1. de la CE que la administración del Derecho puede realizarse por diferentes órganos, unos carentes de independencia, como el Tribunal de Defensa de la Competencia o los Tribunales Económicos Administrativos (integrados en la Admon. Pública) y otros con total independencia como ocurre con los jueces y tribunales, así como con el Tribunal Constitucional (aunque todos están sujetos al control jurisdiccional). En última instancia el Administrador del Derecho es el pueblo, ya sea indirectamente, a través de sus representantes, o directamente como ocurre con el Tribunal de Aguas de Valencia, el sistema de Concejo abierto o la institución del jurado.

I. EL DERECHO PROCESAL

El proceso se puede definir como *la sucesión de actos regulados jurídicamente y desarrollados ante los órganos de la Administración de Justicia que se inicia con el ejercicio de la pretensión y conduce a la sentencia*.

En el Derecho romano, *derecho y acción* son dos aspectos de una misma realidad (son la misma cosa). La *actio* como acto jurídico del demandante existía previamente al derecho, así por ejemplo, el ciudadano para que se le reconozca su derecho de propiedad deberá ejercitar la correspondiente acción reivindicatoria.

Será en la etapa imperial cuando aflore el carácter público del proceso mediante la intervención en los actos procesales de jueces sujetos al emperador (juez supremo). El Derecho procesal pasa por tanto, de ser un derecho privado a ser un derecho público, aunque se conservan vestigios del antiguo carácter privado del proceso, derivados del Derecho romano, como la interrelación entre acción y derecho o el carácter rogado del proceso civil. La constitucionalización del proceso ha sido tal, que los principios del Derecho procesal se recogen no en la legislación procesal sino en el texto constitucional.

II. LA JURISDICCIÓN

Del mencionado artículo 117.1 se deduce que la soberanía nacional es la que otorga a Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, es decir, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A esta actividad de resolver conflictos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado es a lo que se le denomina Jurisdicción y se rige por los siguientes principios:

- a) *Principio de independencia* del Poder Judicial: Los Jueces y Magistrados son independientes en el desarrollo de sus funciones pero esa dependencia no es absoluta (deben actuar con sometimiento a la Ley y al Derecho)
- b) *Principio de exclusividad*: el ejercicio de la potestad jurisdiccional es atribuida exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por la ley (El Gob. no puede decir vamos a nombrar un Tribunal para tal cosa)
- c) *Principio de unidad jurisdiccional*: La Jurisdicción es única, como poder y como función. Esto no significa que podamos hablar de diferentes órdenes jurisdiccionales por razón de la materia que se enjuicie en cada una de ellas

De esta forma se distinguen las siguientes clases de jurisdicción:

1) *Jurisdicción Militar*

Se extiende a las materias que, dentro del ámbito estrictamente castrense, se establezcan por ley (en tiempos de paz) o por la declaración del estado de sitio.

Se rige por la *Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, Reguladora de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, y por la *Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Reguladora del Proceso Militar*, así como por el *Código Penal Militar*.

2) *Jurisdicción Laboral*

Conoce de los litigios en el ámbito de las relaciones laborales (despido, conflictos colectivos y seguridad social. Hay que señalar que antes de llegar a los Juzgados y Tribunales del orden social hay un intento de conciliación que se dirige por el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), formado por "mediadores", que no están integrados en el Poder Judicial.

3) *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Conoce de los litigios en los que es parte la Admon. Pública, siempre que su actuación esté sujeta al Derecho Advo. Cualquier actuación de la Admon. relativa a otro ámbito del Derecho será conocida por el orden jurisdiccional correspondiente (civil, penal, laboral...)

Se rige por la *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* que deroga a la anterior Ley de 1956 y que pretende adaptar este orden jurisdiccional a los cambios sufridos por nuestro ordenamiento jurídico (CE de 1978, organización territorial del Estado con CC.AA.) y en la que se crean los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (cumpliendo mandato de la LOPJ)

4) *Jurisdicción Canónica o Eclesiástica*

Conoce de las causas matrimoniales de nulidad y separación cuando el matrimonio se hubiera celebrado por la Iglesia Católica, no cuando el matrimonio sea civil, ni cuando la causa del litigio sea el divorcio, para lo cual será competente la Jurisdicción Civil.

Se rige por el *Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983*.

5) *Jurisdicción Constitucional*

Es competente para conocer la posible violación de Derechos fundamentales y Libertades públicas (arts. 14 a 29 y 30.2 de la C.E.). Su competencia se extiende a controlar el que todos los poderes públicos actúen con sujeción a la CE a través del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad.

Se rige por la *Constitución de 6 de diciembre de 1978* y por la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979*

El Tribunal Constitucional es el Supremo intérprete de la CE.

6) *Jurisdicción Civil*

Conoce de los litigios en los que se discute una relación jurídica material derivada del Derecho privado (Derecho civil o mercantil).

Excepto en los procesos relativos al estado civil de las personas, rige el *principio dispositivo* según el cual las partes ostentan la titularidad de la pretensión y el Juez al resolver se verá vinculado por tal pretensión.

En el proceso civil rige fundamentalmente el *principio de escritura* aunque se tiende a la *oralidad* del mismo (sobre todo con el nuevo proyecto de LEC) que facilitaría los *principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad*.

La oralidad facilita el princ. investigación porque ayuda al órgano jurisdiccional en la búsqueda de la verdad, el princ. de inmediación porque todo el procedimiento tiene lugar ante el órgano jurisdiccional, el princ. de concentración ya que se reduce la duración del proceso, y la oralidad por último facilita la publicidad de los actos.

Se rige por la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* reformada actualmente por el *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* que, entre otras cosas pretende lograr una mayor celeridad del procedimiento potenciando el *principio de oralidad*.

7) *Jurisdicción Penal*

Conoce de las causas incoadas por la posible comisión de un hecho punible. Su objeto es la pretensión

punitiva (petición de que se aplique una pena al acusado).

En materia penal o criminal los principios informadores son:

– *la oralidad* para lo que resulta fundamental que la mayor parte del proceso transcurra ante el órgano jurisdiccional. Por eso, el principio de *inmediación* aparece como subprincipio del de *oralidad*.

– *la publicidad*: hay que distinguir entre la fase instructora que se caracteriza por la ausencia de publicidad con respecto a terceros y la fase del juicio oral en la que rige el principio de publicidad que deriva del derecho fundamental a un "proceso público"

– *el principio acusatorio–inquisitivo*, según el cual para garantizar la objetividad de la sentencia, las dos fases del proceso (instrucción y juicio oral) se encomiendan a órganos jurisdiccionales distintos: el órgano instructor (encargado de la acusación) y el órgano decisor.

Se rige en cuanto al procedimiento por *La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882* y en cuanto a la parte material o sustantiva por el *Código Penal de 1995*.

Existen determinados delitos cuyo enjuiciamiento se atribuye al llamado Tribunal del Jurado. son los recogidos por el artículo 1º de la *Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, Reguladora del Tribunal del Jurado*:

- a) Delitos contra las personas (homicidio, asesinato)
- b) Delitos cometidos por funcionarios públicos (prevaricación, cohecho)
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos contra la libertad y la seguridad
- e) Algunos delitos contra el medio ambiente, como el delito de incendio.

Capítulo VIII

¿QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA EL DERECHO?

El Derecho desempeña fundamentalmente cinco funciones:

I. SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

Las polémicas dentro del grupo son inevitables, pero resolver esas situaciones de modo privado, tomándose cada uno la justicia por su mano sería suicida. El Derecho sirve para revolver dichas polémicas.

La forma más primitiva de resolver de modo no violento las contiendas fue el *arbitraje*. Pero los árbitros actuaban "según su leal saber y entender", recurriendo a una especie de justicia instintiva, pero no aplicando normas jurídicas. En los ordenamientos actuales persiste la institución arbitral; así, por ejemplo, el art. 402 del CC prevé que, cuando una cosa pertenezca a varios propietarios, la división de la misma podrá hacerse por los interesados o por árbitros nombrados a voluntad de los partícipes.

Tales reliquias del arbitraje son, sin embargo, excepcionales. La regla general es hoy que sea el Derecho el que ofrezca soluciones a los casos conflictivos con la esencial diferencia de que mientras someterse al laudo de un árbitro es potestativo de las partes, la sumisión al Derecho es obligada, en virtud de su imperatividad.

Pero el Derecho, además de resolver conflictos, se adelanta, por así decirlo, a los mismos y ofrece las normas adecuadas para impedir que nazcan, dotando de ordenación legal a las posibles relaciones que puedan establecerse y proporcionando con ello seguridad jurídica a los ciudadanos.

II. DOTAR DE VALORES A LAS RELACIONES SOCIALES

El Derecho ordena las relaciones sociales pero no es admisible cualquier ordenación, sino solamente aquella que sea *justa*; eso es lo que 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*, para lo que se precisa que el propio Derecho sea *justo*.

San Agustín afirmaba que "no hay ley que no sea justa" o lo que es lo mismo, si no es justa, no es ley, opinión recogida más adelante por Sto. Tomás y la escolástica que, por ese camino construye la doctrina del derecho de *resistencia* frente a la ley injusta.

Sin embargo, la tesis no es defendible, en primer lugar porque no hay leyes que sean *íntegramente* justas. 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 entienda que una ley es injusta, puede intentar su modificación por los sistemas democráticos previstos.

Además de proyectar sobre la sociedad justicia, el Derecho ha de proporcionar *igualdad*, de modo que las leyes se apliquen a todos sin distinciones, principio recogido en el artículo 14 de la CE.

El Derecho ha de ser también portador del valor de la *moralidad*, entendiendo por moral el conjunto de valores éticos reconocidos y aceptados como vigentes por una determinada sociedad y teniendo en cuenta que esta moral se modifica al compás de los tiempos, debiendo el Derecho ajustarse a la misma en cada momento.

III. MODELAR LA ESTRUCTURA Y LA DINÁMICA DEL GRUPO

El Derecho es un orden regulador de la convivencia social. Pero los grupos humanos son esencialmente dinámicos, sometidos de modo imparable al curso de la historia. Y esta historicidad de lo social se transmuta al Derecho, que tiene que cambiar al compás de las variaciones de esos grupos sociales.

Sin embargo, se plantea la cuestión de si es bueno que el Derecho cambie tanto y con tanta rapidez como evoluciona la sociedad. Un ordenamiento sacudido por constantes y súbitas mutaciones pone en peligro la seguridad jurídica de los ciudadanos que nunca tienen la certeza de que el acto legal que hoy realizan seguirá siéndolo mañana o de si tendrá las mismas consecuencias y alcance. Por lo tanto, la prudencia del legislador debe evitar que se llegue a lo que llamada Karl Schmitt "una legislación motorizada y ortopédica", de gran movilidad y limitada a una labor de parcheo. Además el ordenamiento jurídico es un sistema con coherencia interna por lo que la precipitada modificación de una norma puede chocar con otras normas no alteradas.

Esta adaptación de las normas a la realidad social crea una imagen peyorativa del derecho, presentándolo siempre "a remolque" de esa realidad, pero también el Derecho va "por delante" del cambio social e influye sobre la estructura del grupo modificando sus comportamientos mediante normas que o bien estimulen una determinada conducta o bien la inhiban. (ej. si se aprecia que los ciudadanos han dejado de ahorrar, se puede incentivar ese ahorro mediante beneficios fiscales)

IV. CREAR UN MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL PODER

En toda sociedad humana organizada existe no solo elementos individuales sino también un factor sin el cual no es posible pensar en la existencia de ese grupo social organizado: el *poder*. En el poder reside la capacidad de mando y es, además, el depositario de la fuerza.

Durante la mayor parte de la historia (salvo breves paréntesis en la historia de Roma y la democracia ateniense) el poder estuvo concentrado en la persona del monarca: era un *poder absoluto*. Pero a comienzos del siglo XVI aparece la noción de Estado (la palabra fue acuñada por Maquiavelo) que recibe un desarrollo definitivo en la obra de Jean Bodin al atribuirle como elemento esencial el concepto de *soberanía*, lo que quiere decir que no existe ningún poder por encima de él. Además, a partir de la existencia del Estado, el poder no está ya vinculado a la figura del monarca. Sin embargo, la despersonalización del poder no bastará para eliminar la arbitrariedad: existía el Estado, pero éste podía ser absoluto, como manifestaba Luis XIV con su célebre *L'Etat c'est moi*.

En el siglo XIX, junto a la ideología liberal, surge el concepto de *Estado de Derecho* que consiste en que no sólo los particulares están sujetos al Derecho, sino también el propio Estado, es decir que el poder y la fuerza del Estado son controlados por las leyes, quedando el ciudadano a cubierto de posibles arbitrariedades.

Con el Estado de Derecho adquiere protagonismo la *persona humana*: 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 éste. Dice Legaz "Estado de Derecho es aquel que realiza una determinada concepción de la justicia...; esa concepción de la justicia es la *personalista*."

NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS

I. LA RELACIÓN JURÍDICA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

I.1. La relación jurídica

Se define como la situación de mutua y recíproca 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 y que tiene por objeto la realización de determinadas prestaciones.

En esta definición se distinguen los siguientes elementos:

a) mutua y recíproca vinculación: la situación en la que se encuentran los sujetos es siempre correlativa. Puede suceder que un sujeto tenga una facultad y a otro se le imponga el deber correlativo ej. la facultad del perjudicado de pedir indemnización y el deber del causante de resarcirle. También puede suceder que aparezcan situaciones compensadas ej. en la compra-venta el comprador tiene el derecho de pedir la entrega de la cosa y el deber de pagarla.

b) los sujetos pueden ser el activo (exige la prestación) y el pasivo (tiene el deber de realizarla)

c) El origen de la relación ha de ser un *hecho determinante*. Será natural si no es originado por el hombre (ej si un animal causa daños en un sembrado, ello obliga al dueño de aquél a resarcir los perjuicios) o voluntario

d) la norma reguladora es la que establece los derechos y deberes de las partes

e) el objeto de la relación es la **prestación** que debe realizar cada parte

I. 2. El negocio jurídico

Es un tipo de relación jurídica: la establecida como consecuencia de actos voluntarios y lícitos. Los negocios jurídicos se clasifican:

– *inter vivos y mortis causa*: los primeros producen efectos durante la vida de los autores (ej. contrato de compra-venta) y los segundos comienzan a producir efectos cuando muere su autor (ej. testamento)

– *patrimoniales y no patrimoniales* según tengan o no contenido evaluable en términos económicos. Los patrimoniales, a su vez, pueden ser:

. *a título oneroso*: la prestación de una parte tiene como contrapartida la prestación de la otra ej. la cosa entregada por el vendedor y el precio que paga el comprador

. *gratuitos*: la prestación se realiza sin finalidad de lucro ej: préstamo de uso

. *lucrativos*: la prestación supone enriquecimiento de una parte a costa de la otra, que se empobrece ej: la donación

II. LA FAMILIA

II.1. La familia

La familia es una agrupación de personas formadas por una pareja y por sus hijos o por otros familiares que conviven con ellos. En la regulación jurídica de la familia intervienen:

- elementos biológicos: unión de un hombre y una mujer dirigida a la procreación
- elementos morales y religiosos: la familia está regida por unos principios morales comunes
- 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 la protege y ayuda y de la que exige respeto y obediencia.

La familia es el núcleo sobre el que se construyen entidades superiores (tribus, asambleas y comicios). En este sentido Cicerón afirmaba que la familia era *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*.

Ulpiano considera a la familia como el núcleo de personas sometidas a la autoridad del paterfamilias por la naturaleza o por el derecho. En esta noción se contienen las referencias a los dos tipos de parentesco: civil o por agnación y de sangre, por cognación.

Esta es la familia patriarcal que es la más frecuente aunque existen otras como el matriarcado primitivo o la poligamia, de ámbito más reducido.

En la Edad Moderna se regula la familia monógama. Una serie de factores han provocado la crisis de la familia, entre ellos:

- biológicos: el control y disminución de la natalidad, inseminación artificial, fecundación in vitro etc.
- morales y sociales: promiscuidad sexual, divorcios, admisión de uniones estables homosexuales etc.
- económicos: incorporación de la mujer al mundo laboral

II.2. El Derecho de familia y su división

En el Derecho de Familia se regulan las relaciones de sus miembros atendiendo al interés social, lo que impone fuertes limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad (característico del Derecho privado), y hace trasladar al Derecho público sus normas.

El Derecho de Familia se regula en el Código Civil de 1889 (reformado en múltiples ocasiones para adaptarlo a la Constitución y a las nuevas exigencias sociales)

Los grandes temas del Derecho de familia son:

- 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 Código Civil dice que "la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos" (art. 108) y la CE declara a los hijos "iguales ante la ley, con independencia de su filiación" (art. 39.2)
- la adopción o filiación civil que se produce por la declaración del adoptante de que quiere ser el padre o madre del adoptado y debe ser aprobada por el juez, previo dictamen del Ministerio Fiscal y una vez acordada la conveniencia para el adoptado
- la prestación de alimentos (=todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, instrucción si es menor de edad...) que impone el Código a los parientes próximos: cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos.
- la tutela y curatela, instituciones que sustituyen a la patria potestad cuando no existen padres y tienen por objeto guarda y protección de la persona y/o bienes, de los menores e incapacitados.

II.3. El matrimonio

Es la unión estable de marido y mujer para la procreación y educación de los hijos.

Históricamente se suceden dos concepciones del matrimonio:

- la romana clásica: existe matrimonio cuando la convivencia tenga la consideración social de unión estable. Perdura mientras persista el afecto entre los cónyuges y se extingue cuando cese este amor
- la romana postclásica y canónica en la que se atribuye valor definitivo al consentimiento inicial que intercambian los contrayentes al celebrar el matrimonio.

Actualmente existen dos tipos de matrimonio: el civil, celebrado ante el juez y el religioso en la forma prevista por una confesión religiosa. El matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho canónico o en cualquier otra forma religiosa produce efectos civiles. Ha de inscribirse en el Registro Civil

En cuanto a la crisis y extinción del matrimonio, hay que distinguir entre la *disolución* que se produce por muerte de algún cónyuge y por divorcio y la *separación* que consiste en la suspensión de la vida en común de los cónyuges, decretada por el juez. La separación mantenida por un tiempo (un año si están de acuerdo o si vence el demandante en litigio; cinco años aunque el cónyuge no culpable no quiera el divorcio). La *nulidad* se produce cuando falta la forma o los presupuestos esenciales o existen vicios en el consentimiento. Sobre la nulidad de los matrimonios celebrados conforme al Derecho canónico son competentes los Tribunales eclesiásticos.

II.4. Relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges

art. 32 CE. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (ha desaparecido el régimen de la autoridad marital).

En cuanto a las relaciones patrimoniales, el régimen económico del matrimonio es el que decidan los

contrayentes en el contrato de capitulaciones: separación absoluta de bienes (cada cónyuge conserva sus haberes y ganancias con la obligación de contribuir a las cargas familiares) o régimen de participación en las ganancias (son comunes para ambos cónyuges los beneficios obtenidos por ellos, exceptuándose los bienes privativos que el cónyuge tenía antes del matrimonio, o los adquiridos por herencia o donación)

III. HERENCIA Y DONACIONES

III.1. Herencia

La muerte supone un cambio forzoso en la titularidad de los bienes y de las relaciones jurídicas. En la concepción romana de la herencia, el heredero ocupa la posición del difunto y se hace titular de sus bienes y deudas (carácter universal de la sucesión hereditaria).

En la doctrina se distingue entre sucesión universal y particular, según se trate de la transmisión de un patrimonio o de un bien particular. También se diferencia entre la sucesión inter vivos y mortis causa. En este último caso puede ser una sucesión testada o intestada. En este sentido la sucesión puede ser *testamentaria* o *legítima*: la primera es la que depende de la voluntad del hombre manifestada en el testamento. La segunda se abre por disposición de la ley.

Los hijos y el cónyuge del causante tienen derecho a una parte de la herencia, llamada *legítima*. Constituyen la legítima de los hijos las dos terceras partes del caudal hereditario de los padres, la tercera parte restante de la herencia será de libre disposición.

La sucesión legal o intestada tiene lugar cuando el causante no otorga testamento o éste es inválido, o no comprende todos los bienes, o renuncia alguno de los herederos y no hay sustitutos, o cuando no se cumple la condición puesta a la institución del heredero o el instituido heredero es incapaz de suceder. A falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo/a y al Estado.

El orden de suceder en sucesión intestada es:

- hijos y descendientes vivos más directos del hijo fallecido
- ascendientes: padres, abuelos y bisabuelos (si los hay por cada parte, la mitad por cada línea)
- cónyuge
- parientes colaterales (hermanos, sobrinos, tíos), parientes en cuarto grado, y en su defecto, el Estado

III.2. Donaciones

La donación es un acto de un donante a favor de un donatario que supone un empobrecimiento del primero y un enriquecimiento del segundo

Como la donación repercute en las expectativas de cobrar de los acreedores y en las esperanzas de heredar de los herederos con derecho a legítima, se establecen limitaciones a la libertad de donar: si faltan recursos para pagar las deudas, la donación pura se considera en fraude de acreedores. Si los herederos legítimos ven reducida su legítima por las donaciones, tienen derecho a una reducción de esas donaciones.

La donación puede revocarse en determinados supuestos (nacimiento posterior de hijos, por ingratitud –cuando el donatario comete delito doloso contra la persona, la honra o los bienes del donante–)

Las donaciones remuneratorias u onerosas son las que se hacen a las personas por sus méritos o por sus

servicios prestados al donante.

IV. PROPIEDAD POSESIÓN Y DERECHOS REALES

IV. 1. Cosa, posesión y derechos reales

En las relaciones del hombre con las cosas podemos distinguir dos conceptos: propiedad y posesión.

Si se contempla sólo el hecho físico de la apropiación de una cosa o el asentamiento de alguien sobre un campo por ej. se habla de detentación o posesión natural. Si el Derecho protege al poseedor de manera que si le es arrebatada la cosa se le restituye mediante el ejercicio de los interdictos, se trata de posesión civil o interdictal.

Un paso más en la protección de la relación con las cosas es la *propiedad*. Es una potestad *plena* sobre las cosas que el CC define como "derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes". En el ámbito procesal, cuando el propietario pierde la posesión de la cosa, puede reivindicarla de quien la posee (ejercer la acción reivindicatoria)

IV.2. Clases de cosas

Objeto del derecho son no sólo las cosas materiales sino también 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 (art. 333 CC).

Son bienes muebles: tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo y todo lo que esté unido a un inmueble de un modo permanente. También máquinas o utensilios de una explotación o industria, viveros de animales, minas y canteras y determinados derechos, como las concesiones administrativas de obras pública y las servidumbres.

Todas las demás cosas susceptibles de apropiación son bienes muebles.

Un conjunto de objetos en el que existe unidad para su utilización (bibliotecas, museos, rebaños) es una *universalidad*.

Las cosas producen frutos (o rendimientos). Se frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de animales. Frutos civiles son el alquiler de los edificios, el precio de arrendamiento de tierras etc.

IV. 3. Modos de adquirir la propiedad

Los modos de adquirir la propiedad son *originarios* (se produce la adquisición con independencia de la relación con otros propietarios) y *derivativos* (se atiende a la relación con otro sujeto que pierde su derecho de propiedad al tiempo que la adquiere el nuevo dueño). La usucapión es un modo de adquirir que puede considerarse tanto originario como derivativo.

a) Formas *originarias*

Las principales son: *Ocupación* (se adquiere la propiedad por apropiarse de bienes que "por su naturaleza careen de dueño ej: la pesca), *Accesión* (cuando una cosa se incorpora definitivamente a otra principal, el propietario de ésta adquiere lo que se le une ej: adquiere lo que el agua de un río deposita en su terreno)

b) Formas derivativas

La *usucapión* consiste en adquirir la propiedad de una cosa por su posesión continuada durante el plazo establecido por la ley. Si son bienes muebles, su propiedad se prescribe por la posesión no interrumpida de 3 años con buena fe o de 6 años sin ninguna otra condición.

En el caso de bienes inmuebles, se prescriben por la posesión durante 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes con buena fe y justo título, y por la posesión no interrumpida durante 30 años sin necesidad de otros requisitos. El justo título suele identificarse con el acto o hecho originario de la posesión.

IV.4. Derechos reales en cosas ajenas

A) Derechos de goce

– *Usufructo*: Es el derecho de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos, respetando su forma y sustancia. El titular del derecho es el usufructuario y el dueño de la cosa dada en usufructo, nudo propietario. uso del bien

– *Uso y habitación*: El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia. La habitación es el derecho de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de la familia.uso del fruto

– *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 es el predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

B) Derechos de garantía

Son los que aseguran el cumplimiento de una obligación por la concesión al acreedor de la facultad de vender una cosa ajena para pagar con su precio el importe de su crédito

– *Prenda*: El deudor le entrega al acreedor la posesión de bienes muebles para garantizar su deuda. El acreedor puede realizar su valor en caso de incumplimiento de la obligación. La enajenación de la cosa pignorada se hace en subasta pública y sólo si después de dos subastas no se vendiese, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda (art. 1872 CC)

– *Hipoteca*: Se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar una obligación principal sin que la posesión de estos bienes pase del deudor al acreedor. La hipoteca se regula por la Ley Hipotecaria y su Reglamento. La hipoteca sujeta los bienes sobre los que se impone, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida

– *Anticresis*: El acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito (art. 1881 CC)

C) Derechos de adquisición

– *Tanteo*: Consiste en comprar una cosa por tanto precio como ofrezca otro comprador. El enajenante tiene que notificar al titular de este derecho la venta proyectada. (Tienen derecho de tanteo ej los coherederos)

– *Retracto*: Cuando ya se ha producido la venta el titular de este derecho puede "subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o donación en pago". Ej: retracto de copropietarios de una cosa común

V. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

V.1. La obligación

Según el art. 1088 del CC, la obligación es un vínculo jurídico por el que una persona, deudor, se compromete con otra persona, acreedor, a realizar una prestación consistente en *dar, hacer o no hacer alguna cosa*.

En el primitivo derecho romano se ofrece como garantía del cumplimiento de la obligación el propio cuerpo (*nexum*). En el Derecho clásico y también en la actualidad, la responsabilidad es patrimonial (el deudor responde con su patrimonio).

La finalidad de la obligación es la realización de la prestación. Dicha prestación ha de ser posible, lícita y determinada.

"Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia" (art. 1089 CC).

Las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento aunque también se admiten otros actos o supuestos de extinción (art. 1156 CC)

V.2. El contrato

"El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 1254 CC).

El art. 1261 del CC especifica los 3 requisitos esenciales del contrato 1º) consentimiento de los contratantes 2º) objeto cierto que sea materia del contrato 3º) causa de la obligación que se establezca.

El consentimiento no pueden prestarlo los menores no emancipados, los locos y dementes y los sordomudos que no sepan escribir.

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

No pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.

V.3. Tipos de contrato

A) *Compraventa*

Contrato por el que una parte (vendedor) se obliga a transmitir una cosa o un derecho a la otra (comprador) a cambio de un precio cierto.

Es un contrato bilateral (hay obligaciones para las dos partes), consensual (se perfecciona por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de que la cosa se entregue) y obligatorio (no produce la transmisión de lo vendido sino que obliga a su transmisión).

La venta puede ser *civil o mercantil* según esté regulada por el Derecho civil o mercantil.

El vendedor está obligado a la entrega (poner en poder y posesión del comprador) y saneamiento (que esté libre de gravamen y de defectos ocultos) de la cosa objeto de la venta.

El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

B) Permuta

Según el art. 1538 del CC la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. El CC presta poca atención a este contrato y remite en todo lo que no se halle especialmente determinado a las "disposiciones concernientes a la compraventa".

Si un permutante pierde por evicción la cosa recibida (el que se la dio no era el dueño de la cosa) puede optar entre recuperar lo que dio a cambio o reclamar indemnización de daños o perjuicios. Si un permutante ha recibido la cosa que se le prometió y demuestra que el que se la dio no era su dueño, no puede ser obligado a entregar la que el ofreció a cambio y cumplirá con devolver lo que él recibió.

C) Arrendamiento (arrendador/arrendatario)

El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios. En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Es un contrato bilateral, consensual y oneroso.

El arrendador está obligado 1) a entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato 2) a hacer en ella durante el arrendamiento las reparaciones necesarias 3) a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento durante el tiempo del contrato.

El arrendatario está obligado 1) a pagar el precio convenido 2) a usar de la cosa arrendada destinándola al uso pactado (en defecto de pacto al que se infiera de la naturaleza de la cosa) 3) a pagar los gastos de escritura del contrato.

Si no se cumplen estas obligaciones se puede rescindir el contrato o pedir indemnización de daños y perjuicios. El contrato de arrendamiento puede prorrogarse o renovarse una vez cumplida su vigencia.

D) Mandato (mandante/mandatario)

"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 CC)

El mandatario tiene la obligación de cumplir el mandato y es responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al mandante de no ejecutar el mandato. Si muere el mandante, debe acabar el negocio que estuviere comenzado. Es responsable también del dolo y de la culpa, que se estimará por los Tribunales.

El mandante está obligado al pago de la retribución cuando proceda, a anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, a hacerse cargo de las obligaciones contraídas por el mandatario en su nombre y que estaban comprendidas en el contrato, a reembolsar lo que el mandatario hubiese anticipado y no se hubiese perdido por su culpa y a indemnizarle por daños y perjuicios.

E) Préstamo

Hay dos tipos

a) Comodato (comodante/comodatario)

Una de las partes (comodante) entrega a la otra una cosa, no fungible, para que use de ella durante cierto

tiempo y se la devuelva. Es un contrato *real* (es necesaria la entrega de la cosa para su validez) y *gratuito* (si existiese retribución sería arrendamiento).

El comodante conserva la propiedad de lo prestado. El comodatario puede hacer uso de ello pero no adquiere los frutos y debe dar a la cosa el uso pactado.

b) Mutuo (mutuante/mutuatario)

Es un contrato por el que una persona (mutuante) entrega a otra (mutuatario) dinero u otra cosa fungible con la condición de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1740 cc)

F) Depósito voluntario (depositante/depositario)

Es aquel en el que se hace la entrega por voluntad del depositante... (art. 1763 cc)

Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla.

Es un contrato gratuito excepto acuerdo en contrario.

G) Fianza (fiador/acreedor)

Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste (art. 1822 cc). Las partes que intervienen son: el acreedor de la obligación principal y el fiador, sin ser necesaria la intervención del deudor. Es un contrato unilateral, (pues sólo nace la obligación en el fiador) y gratuito

Capítulo I

1

80