

Este capítulo se publica bajo Licencia [Creative Commons BY-NC-SA 3.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/)

TEMA 1 (RESUMEN): EL DERECHO.

1.- Orígenes del Derecho

El Derecho comienza con la Ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente), que supera la violencia a través de la cual los pueblos primitivos resolvían sus conflictos. De aquí se pasa a una compensación económica, y más tarde se van imponiendo las normas por los pontífices en relación con los Dioses.

Particular relevancia merece el Derecho Romano donde nace el Derecho *laico* y que tanto ha influido en el Derecho vigente (piénsese fundamentalmente en el Derecho material: Derecho Civil –contrato, propiedad, herencia, etc.- y en el Derecho Penal –dolo, delito, etc.-; también en el Derecho Procesal).

GARCÍA GARRIDO, MANUEL¹, Catedrático de Derecho Romano de la UNED, habla que el Derecho Romano constituye el “*alfabeto jurídico*”.

Finalmente, tampoco debe desmerecerse la relevancia del Derecho Canónico y la influencia que también ha ejercido en nuestro Derecho vigente

2.- Distinción entre el Derecho Natural (iusnaturalismo) y el Derecho positivo.

Dos concepciones explicadoras del Derecho:

2.1.- Iusnaturalismo (Derecho Natural): Evolución desde el iusnaturalismo escolástico (“teológico” –religioso-), que se extiende desde el Renacimiento –Siglos XV y XVI- hasta el S: XVII con el iusnaturalismo “racionalista” –laico- (basamento en la filosofía moral y política), que se extiende desde el S: XVII y XVIII, teniendo como algunos de sus pensadores más importantes, Tomas Hobbs, Jon Locke y Rousseau. Es con el iusnaturalismo racionalista con el que nace el Estado moderno centralista, bajo una concepción absolutista del poder.

2.2.- Positivism jurídico (normas escritas vigentes).- Viene a responder a la concepción iusnaturalista del Derecho, existiendo tres grandes tipos de positivismo:

- 1) Positivism jurídico naturalista.- Sostiene que el factor determinante del Derecho, son las realidades sociales. Dentro de esta corriente, cabe diferenciar:
 - a. Positivism jurídico sociológico (ej. las costumbres).
 - b. Positivism jurídico psicológico.- Ideas o valores que predominan en una sociedad (ej. las costumbres admitidas o reconocidas socialmente).

¹ GARCÍA GARRIDO, MANUEL, *Orígenes e historia del Derecho*, en el servicio TeleUned, sitio <http://www.teleuned.com/teleuned2001/html/>

- c. Positivism jurídico teleológico.- Las normas que resuelven necesidades sociales.
- 2) Positivism jurídico conceptualista.- El Derecho son categorías o elementos conceptuales que se construyen a partir de la lógica racional; en definitiva, el Derecho es una realidad lógica. Ejemplos de esos conceptos serían el de norma, negocio jurídico, persona jurídica, derecho subjetivo, interés legítimo, etc.
- 3) Positivism jurídico normativista.- El Derecho positivo se identifica con el conjunto de normas que coexisten vigentes en un espacio político. Dos tesis:
- Legalista (representado por la Escuela Francesa de la exégesis, construida entorno al Código de Napoleón).- Derecho y Ley son equivalentes, ésta creada por el *Estado soberano*.
 - Formalista.- (Hans Kelsen “Teoría pura del Derecho”).- Conjunto de normas jurídicas válidas por ser creadas según las formalidades establecidas en las normas de rango superior (procedimentalista), no siendo relevante ni el contenido ni otras axiologías (naturaleza de los valores o principios).

Conclusión.- Las teorías positivistas no son suficientes para explicar el Derecho, como tampoco las teorías iusnaturalistas, por lo que tesis iusnaturalistas y tesis positivistas deben complementarse.

3.- Concepto y acepciones del Derecho.

3.1.- Introducción.

Dos enfoques en el estudio del *Derecho*:

1.- Desde la perspectiva del “*Ordenamiento Jurídico*”, como visión de conjunto de las normas, de sus relaciones, de su interdependencia y de su pertenencia a un conjunto unitario que las engloba. Esta es la versión que se estudia en este tema.

2.- Desde la perspectiva de la “*norma jurídica*”, que se fija en lo particular, en lo concreto, en los elementos individuales que conforman el Derecho. Enfoque que tendremos ocasión de tocar en el tema siguiente.

3.2.- Concepto y acepciones.

3.2.1.- Concepto.- Existen definiciones diversas, la definición teórica romana, decía que el Derecho aspira a ser “*el arte de lo bueno y de lo justo*”. El Profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO², se refiere al concepto “*nuclear*” del Derecho, que para los juristas clásicos es, efectivamente, lo “*justo*”, en tanto para los juristas posclásicos, lo “*recto*”.

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, *La unidad del Derecho y sus clasificaciones*, en el servicio TeleUned, sitio <http://www.teleuned.com/teleuned2001/html/>

Una idea más reciente, de carácter práctico, de lo que es el Derecho, aludiría a que es: “*lo que mandan los jueces*”.

Pero en definitiva, intentando aglutinar todas esas definiciones del Derecho objetivo, podríamos afirmar que es un *cuerpo normativo* (conjunto de normas) *de carácter imperativo* (obligatorio), *que rige las conductas en las relaciones humanas* (es una realidad humana, ni animal ni de la naturaleza) *externas* (tiene proyección externa, no regulando el fuero interno, regido por las normas morales, y al fin y al cabo se dice que “el pensamiento no delinque”) *de una persona con otra* (actos de “alteridad”), *orientada a la realización de la justicia* (lo justo, como tendencia), y presentando dos aspectos fundamentales: positivo (creador de facultades) y negativo (sancionador).

3.2.2.- Acepciones:

- Derecho *objetivo*.- Es el Derecho denominado con “D” mayúscula, constituido por el conjunto normativo en abstracto, sin individualizaciones (ejs. concepto de derecho de propiedad, mayoría de edad a los 18 años, etc.).

- Derecho *subjetivo*.- Es el derecho con “d” minúscula, normas que conceden facultades a los sujetos (ej. en el derecho de propiedad, la facultad de usar y defender, en la mayoría de edad, entre otras, adquirir la capacidad obrar).

3.3.- Conceptos o figuras afines:

3.3.1.- Ordenamiento jurídico.- No obstante los dos enfoques del Derecho descritos más arriba (como ordenamiento jurídico y como norma jurídica), en sentido estricto pueden llegar a definirse los términos Derecho y Ordenamiento Jurídico. Eso es lo que hace la Profesora GÓMEZ ADANERO, MERCEDES³, cuando se refiere a esta última expresión (Ordenamiento Jurídico), diciendo que es el conjunto de normas aludido, pero de una forma “ordenada”, y así, citada Profesora define el *Ordenamiento jurídico* como: “*conjunto total y ordenado, de normas, principios, valores e instituciones vigentes, que regulan jurídicamente las acciones y las relaciones humanas en una determinada sociedad.*”

Añade, además, la forma como es ordenaba el Derecho en bruto, siguiéndose para ello tres criterios:

- 1.- Por la materia.
- 2.- Por la competencia de los productores del Derecho (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, los ciudadanos –costumbre-)
- 3.- Y por la jerarquía de esos operadores jurídicos (ej. Poder Ejecutivo: Presidente del Gobierno y Consejo de Ministros, Reales Decretos; Ministros, Decretos; etc.)

3.3.2.- Sistema jurídico.- Se identifica con el ordenamiento científicamente elaborado, mediante la interpretación por parte de los dogmáticos o científicos del Derecho.

³ GÓMEZ ADANERO, MERCEDES, *La lucha por la unidad sistemática del Derecho*, en el servicio TeleUned, sitio <http://www.teleuned.com/teleuned2001/html/>

3.3.3.- Derecho y ley.- Aún cuando en muchas ocasiones son expresiones empleadas de forma indistinta, hay que afirmar que no todo Derecho se traduce en ley.

El Derecho positivo le hemos venido a definir, resumidamente, como el conjunto del ordenamiento jurídico que rige en una sociedad en un momento determinado (intervienen dos elementos: espacio y tiempo).

Por su parte, la Ley, concepto diferenciado y diferenciable, por ejemplo, del Reglamento, así como de otras normas jurídicas), es definida por la Real Academia Española (RAE) en una de sus acepciones, como: *“Precepto (norma jurídica) dictado por la autoridad competente (quien tiene potestad, esto es, el Poder Legislativo encarnado en las C.G. y Asambleas o Parlamentos Autonómicos), en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.”*

No obstante, ésta sería la acepción ideal como irreal, siendo más real la siguiente acepción: *“En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes y sancionada por el jefe del Estado.”*

Pero, en definitiva, dejar sentada la idea de que el Derecho u Ordenamiento Jurídico es una idea mucho más amplia que la de Ley, que sería una de las expresiones o manifestaciones de aquél, junto con otro tipo de normas jurídicas, como formales, como los Reglamentos, o como las normas jurídicas consuetudinarias, entre otras.

4.- Características del Derecho u Ordenamiento Jurídico:

Existe una diversidad de notas caracterizadoras del Derecho u Ordenamiento Jurídico, sin perjuicio de lo cual, aludiremos a las que pueden ser consideradas más socorridas:

1) Unidad sistemática del Ordenamiento Jurídico.- El Derecho es un conjunto normativo único, aunque *“plural”*, pues existen distintas ramas del Derecho (Constitucional, Civil, Penal, etc.)

2) Plenitud y coherencia.- Significado:

1.- El ordenamiento jurídico ha de presentar soluciones para todos los casos que puedan presentarse, aún cuando se produzcan “lagunas jurídicas”, por no existir una norma general y abstracta que prevea una solución jurídica al supuesto planteado.

Dejando a un lado las teorías acuñadas por las doctrinas positivistas para la solución de lagunas jurídicas, que en todo caso no han conseguido dar una solución satisfactoria a la problemática planteada por las lagunas, la doctrina normativista ha referido la *Teoría de la plenitud potencial*, según la cual el ordenamiento jurídico siempre tiene solución cualquiera que fuera el hecho, a través de dos posibles vías a las que se ha referido el Profesor UTRERA GARCÍA, JUAN CARLOS⁴:

- La heterointegración.- Normas de otro sistema jurídico extranjero, pudiendo ser ésta:

⁴ UTRERA GARCÍA, JUAN CARLOS, *El Ordenamiento Jurídico*, en el servicio TeleUned, sitio <http://www.teleuned.com/teleuned2001/html/>

1.- Heterointegración propia.- A través de códigos éticos o principios contenidos en leyes extranjeras, en normas internacionales, etc.

2.- Heterointegración impropia.- Acudir a fuentes distinta de la ley: costumbre, principios generales del derecho, precedente, etc.

- Autointegración.- Recurso al propio ordenamiento jurídico:

1.- Analogía.- Aplicar a un caso no regulado, normas que rigen para casos similares, siempre que concurran unos requisitos.

2.- Principios generales del derecho.- Sean expresos (positivados) o inexpressos (no escritos), se trata de las normas fundamentales del sistema que estructuran el ordenamiento jurídico.

2.- El ordenamiento también ha de poder resolver la incompatibilidad entre las normas (“antinomias”).- Tres criterios de solución:

- Jerarquía.- La norma de rango superior se aplica con precedencia sobre la norma inferior.

- Especialidad.- Si las normas contradictorias tienen el mismo rango, la norma que regula la materia de forma específica se aplica antes que la norma general.

- Cronología.- Y en ausencia de norma específica, o ante dos normas específicas contradictorias, la norma posterior se aplica con antelación a la norma anterior.

3) Generalidad (sujeción tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos –véase art. 9.1 C.E.).

4) Imperatividad (obliga en cuanto a un *mandato* o una *prohibición*, no siendo, por tanto, circunstancial)

5) Alteridad (del latín “*alter*” (el otro), el Derecho rige las relaciones de conducta de una persona en relación con otra).

6) Coercibilidad (coactivo).

5.- Funciones que desempeña el Derecho:

Siguiendo al Profesor ESCALONA MARTÍNEZ, GASPAR⁵, señalaremos principalmente (que no exclusivamente), cinco funciones del Derecho:

⁵ MARTÍNEZ ESCALONA, GASPAR, *¿Qué funciones desempeña el Derecho?* en el servicio TeleUned, sitio <http://www.teleuned.com/teleuned2001/html/>

1. Solucionar conflictos sociales de intereses entre los miembros de un grupo, a través de la institución del arbitraje que ostenta la autoridad por virtud de las normas jurídicas, interviniendo una vez el conflicto ya se producido (intervención ex post o a posteriori), o antes de que el conflicto surja (intervención ex ante o a priori).

2. Dotar a la sociedad de unos valores, por todos, la justicia.- No basta cualquier ordenación de la convivencia en sociedad, sino un orden dotado de unos valores, cobrando la mayor relevancia, la “justicia” del Derecho, concepto ideal como relativo, lo que lleva a afirmar que el Derecho lo es desde que ha sido creado de acuerdo con las formalidades establecidas (procedimiento). Además, la “igualdad” y la “moralidad social” (lo que está bien).

Podrían predicarse otros valores; en nuestro, son valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico español (art. 1.1 C.E.): libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

3. Establecer una estructura y la dinámica de la sociedad (como se organiza) y proyectar hacia el futuro las relaciones sociales.

4. Crear un marco jurídico para el ejercicio del poder (por el Estado).- La evolución del ejercicio del poder ha transitado desde su ostentación por parte del Rey absoluto, hasta el surgimiento del “Estado”, al que se atribuye el poder, siendo por tanto despersonalizado. En una fase posterior, el Estado es sometido a control, surgiendo así el llamado “*Estado de Derecho*”, según el cual los poderes públicos quedan sujetos a la ley (primacía de la ley), haciendo que las personas pierdan la condición de “súbditos”, pasando a ser “ciudadanos”.

5. Proteger el ejercicio de los derechos fundamentales.

6.- Clasificaciones.

Existen diversos criterios de distinción, siendo la clasificación más importante, la que diferencia entre Derecho Público y Derecho Privado, debida a ULPIANO. Pero, además, aludiré sólo a cuatro clasificaciones del Derecho, las siguientes:

6.1.- Derecho Público y Derecho Privado.

- Derecho Público.- Regula las relaciones cuando una de las partes es un Ente Público, persiguiendo intereses generales (ej. Derecho Penal, Procesal, Administrativo, etc.)
- Derecho Privado.- Regula las relaciones entre los particulares (ej. Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Laboral, Derecho Internacional Privado).

6.2.- Derecho interno y Derecho internacional:

- Derecho interno o nacional.- Es el conjunto de reglamentaciones de Derecho positivo que se encuentran vigentes en un determinado Estado. Derecho positivo que tiene fuentes y sanciones que le son propias a ese Estado y que constituyen normas que regirán las relaciones de los particulares dentro del Estado sin que intervenga ningún

elemento extraño o exterior a la propia Nación. Por tanto, el Derecho interno es el que está limitado por el principio de soberanía a un determinado territorio.

- Derecho internacional.- Está constituido por el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales (entre Estados, o entre individuos de diferentes estados, o de un Estado con individuos de otro Estado).

La división de Derecho Interno y Derecho Internacional combinada con la división de Derecho Público y Derecho Privado nos va a dar como resultado:

- Derecho Internacional Público.- Regula las relaciones entre los Estados (de Estado a Estado). Sus fuentes son fuentes supranacionales, pueden estar constituidos por los tratados internacionales y/o convenciones internacionales que realizan los Estados entre ellos. Otras de las fuentes serán la costumbre internacional y todos aquellos principios generales de derecho internacional admitidos como válidos por las naciones civilizadas hoy día
- Derecho Internacional Privado.- Reglamentaciones tendentes a regir las relaciones de los particulares que pertenecen a diferentes Estados, es decir, relaciones de particulares en el ámbito internacional (ej. un divorcio de un nacional de un Estado casado con una ciudadana nacional de otro Estado, que fijen su residencia en un tercer Estado).

6.3.- Derecho escrito y Derecho consuetudinario.- El primero es el Derecho positivo; el Derecho consuetudinario es el basado en la costumbre, por tanto, no escrito.

6.4.- Derecho Común y Derecho Foral.- Dentro del Derecho Privado, el Derecho Común rige en todo el territorio nacional, excepto en los territorios que gozan de Derecho Foral (Cataluña, Navarra, Balear, Gallego), fundamentado por razones históricas –D.A. 1ª y 2ª C.E.-