

UNED

# Nociones Jurídicas Básicas

MEGARESUMEN TEMAS 1 A 5

MIGUEL ANGEL GORBE MARTINEZ

Tutor: @miguelgorbe



- Historia: hechos humanos y reglas, principios de convivencia ordenada propias de la vida en sociedad. En los **albores de la humanidad** reina la guerra, la violencia, **se impone la ley del vencedor y la venganza (feb19)**
- Temor a la divinidad dominadora, Primitiva regulación exige **la igualdad entre el daño y el acto vengativo la Ley del Tali3n (feb17 feb15)** : ojo por ojo. (Justicia retributiva, reciprocidad).
- Después, se admite la **compensaci3n econ3mica y el rescate de la ofensa**: la v3ctima prefiere unas cabezas de ganado a ejercitar su venganza sobre el que le ofendi3. (Justicia restitutiva). **El Derecho, como el hombre para el que se crea (feb19)**, est3 dominado por los avatares de la historia.
- **C3digo de Hammurabi**: (1750 A C.) **el dios Sol Shamasc dicta leyes (feb16)** a **Hammurabi, intermediario entre dios y su pueblo. (feb19)**

## II. LAS FUENTES HIST3RICAS DEL DERECHO.

- Fuente del Derecho, es la acepci3n que designa los **3rganos o entes que crean el Derecho nace, en estrecha relaci3n con la potestas pol3tica (FEB13)** o mando a una comunidad. (El *imperium* era un poder absoluto propio de c3nsules, *potestas* que era **el poder pol3tico capaz de imponer decisiones mediante la coacci3n y la fuerza**. Y *auctoritas* que era un poder moral, basado en el **reconocimiento o prestigio (feb19)** personal.)
- En sus or3genes el hombre acepta normas m3gico-religiosas de la divinidad mediante las revelaciones de los sacerdotes y brujos, **dux, o jefe (feb19) investido de potencia divina. (Sep15)**

• Se distingue entre fuentes de producción y fuentes del conocimiento del Derecho:

- **Fuentes de producción**, son órganos de creación del Derecho. (Feb15)
- **Fuentes de conocimiento** del Derecho, son los libros, documentos y textos jurídicos. Algunos valor constante

*Corpus iuris civilis. 1583*(Justiniano I (527-565). *Codex repetitae praelectionis*, la *Digesta* y las *Novellae e Instituciones*.

### III. LOS DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD

- En las creencias de los **pueblos antiguos**, las leyes las dictan los dioses y las aplicaban los brujos y sacerdotes dotados de poderes sobrenaturales, **Esto es no existe derecho como ámbito independiente de la religión y la moral (Feb15)**. Creencias dinámicas animísticas basadas en las fuerzas de la naturaleza, dan paso a vínculos religiosos. El Dios decide la justicia.
- Los **griegos y egipcios no deslindaron** lo jurídico de lo religioso, ofreciendo solamente un rudimentario y primitivo ordenamiento de Derecho. **Entre los derechos de la antigüedad Único destacable, el derecho romano.(Feb18R)**
- Caracteres de los **Derechos de la Antigüedad (D)**:
  - **No distinguen** entre el comportamiento humano y preceptos morales y religiosos. (Feb14)
  - El Juez, como sacerdote e intérprete de la divinidad decide sin atenerse a reglas. (Feb14B)
  - **No existe una ordenación jurídica lógica**, por ello, los preceptos u órdenes aparecen repetidos y dispersos.

## IV. DERECHO ROMANO

- Vigencia como **modelo del Ordenamiento jurídico en Roma, evolución de 13 siglos ( del VIII aC al VI dc)** desde la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 a.C. hasta la muerte del emperador Justiniano en el año 565 d. C. **Vigente en los pueblos de tradición romanística y ciencia histórica romanística hasta nuestros días.(Sep19)**

**El jurista Domicio Ulpiano, (228) Siglo III (Sep17R)** definía la justicia con tres máximas: «Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo»

Juristas laicos sustituyen a los sacerdotes, y publican **la Ley de las XII Tablas** (siglo V a.C), que es código preceptos las **costumbres de los mayores (Feb17R/)** o **antepasados** (mos maiorum).

- **Los jurisconsultos aconsejan a los ciudadanos, cómo ejercitar sus derechos mediante acciones (legis acciones) (Sept18/Feb14).** En los juicios prevalece la iniciativa de los litigantes .
- El **pretor (magistrado romano** cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la de Cónsul) **encauza el litigio y lo somete a un juez o arbitro** en las primeras formas de juicio. El sentido realista del romano le lleva a identificar la posesión con la cosa poseída y el derecho a servidumbre con el paso o camino sobre el que se ejercita.



- El **paterfamilias (jefe de la familia Feb17)**, sobre el huerto familiar *heredium*, ejerce el *mancipium* (símbolo de potestad física y jurídica):

- Sobre la mujer la *manus*.
- Sobre los esclavos la *dominica potestas*.



- Los sometidos a la **patria potestas forman la familia agnaticia (Feb18)**, diferente de la familia **cognaticia unida por vínculos de sangre(Sep18R/15)**. El matrimonio queda regulado con el *Convenio in Manum*, la adquisición por el marido de la *Manus* de la mujer. **La dote o aportación de la mujer o de su paterfamilias al matrimonio (Feb18)** se hace propiedad del marido y sólo puede reclamarse a su disolución. Siendo herederos (*heredes sui et necesarii*) tras la muerte, puede designar sucesores mediante testamento, traves de *mancipatio* o antes de batalla ante el ejercito (*testamento in procinctu*) o los comicios (*asamblea*).
- **La herencia primitiva aparece como sucesión en la jefatura de la familia, patrimonio familiar, ceremonias y cultos (Feb18). El heredero adquiere por acto de adición (Feb18R)**, y la acción de petición de herencia es universal (**hereditatis petitio**), son relevantes los legados y fideicomisos, la voluntad del testador prevalece. Si fallece sin testar se abre la sucesión intestada (*ab intestato*).
- Las tierras ocupadas a los enemigos se distribuyen entre los soldados veteranos.



- La **acción publiciana protege al poseedor de buena fe mientras transcurre el tiempo para adquirir la propiedad por usucapión (Sep16R)** (poseedor de mejor derecho frente a otro poseedor de peor derecho)  
Estos contratos civiles, **contratos consensuales** -compraventa, arrendamiento, sociedad, matrimonio-, (ius civile) nacen por la exigencia del comercio internacional y el derecho de gentes (ius gentium: comprende las instituciones del derecho romano de las que pueden participar los extranjeros (peregrini) que tenían tratos con Roma y sus ciudadanos (cives).
- **Delitos**, la labor de interpretación de la jurisprudencia, especialmente en torno al lex Aquilia de damno, lleva a los conceptos fundamentales del dolo y de la culpa aquilina o extracontractual, según exista **intención de causar daño (dolo) (Sep18R)** o **sólo falte la diligencia debida (culpa** que se puede manifestar en negligencia, inobservancia, impericia...).
- **El heredero la adquiere por otro acto único, la adición.(Feb18R)**



### 3. El dominado y la crisis del Imperio Romano.

- La crisis se produce por una serie de factores internos y externos que generan una larga decadencia que lleva a la conquista por los bárbaros y la desaparición del Imperio Romano. **Caracalla 212 dc concede ciudadanía a todos habitantes libres del Imperio (Feb18R/14/13) .**
- Especial importancia tuvo **el emperador Justiniano en s.VI(Feb18RySep18+R)** (años 527-656 d.C.), **que encargó recopilar** la obra del ***Corpus iuris***, formado por (feb13) el:
  - Digesto**, magna obra que **recoge los iura o escritos, fragmentos de los juristas clásicos(Feb16r/Sep14/13).**
  - **El Código**, o compilación de leyes imperiales, y
  - las Novelas** o nuevas leyes justinianeas, introducido por las
  - Instituciones**, obra esta de carácter docente para iniciarse en el estudio del Derecho (Feb18)
- **El derecho postclásico se caracteriza por la influencia del vulgarismo**, tendencia corruptora y simplificadora. Se plantea el valor que debe darse a la costumbre , ante el contraste legislación y práctica, sobre todo cuando es contrario a la ley. Mientras Constantino niega que la costumbre tenga fuerza para derogar la ley *contra legem*, Justiniano lo admite.
- **Son de especial importancia las Instituciones de Gayo (exposiciones destinadas a la enseñanza del Derecho)(Sept16)**, esta obra, imitada por Justiniano, ha tenido gran influencia en los modernos Códigos Civiles.



## V. DERECHO MEDIEVAL.

- Se caracteriza por la diversidad de fuentes y ordenamientos territoriales y locales. (Pluralismo jurídico (Jun/15))
  - En Occidente la obra de **especial importancia en la recepción medieval del derecho romano fue la Lex Romana Visigothorum, o Breviario de Alarico**, promulgada por Alarico II (Feb12) en el año 506 d.C., fue una recopilación de **leyes imperiales romanas y textos jurisprudenciales** y representaba el Derecho culto frente a usos y costumbre del Derecho germánico.
    - . Las costumbres locales hacen que se retorne a un primitivismo jurídico, donde el uso de la fuerza y la violencia se manifiestan en los duelos y ordalías y en los llamados juicios de Dios. El **descubrimiento del Digesto o Pandectas en Bolonia en el siglo XII, supone un regreso a las fuentes romanas**
- En el Código de las Siete Partidas, de Alfonso X el Sabio (Feb17/Feb12) (1263-1265),
- El Ordenamiento de Alcalá 1384 de Alfonso XI (Feb17R/16), consagra como fuentes supletorias los fueros municipales y las Partidas, reconoce oficialmente la recepción romano-canónica.
- La escuela de los comentaristas o postglosadores del siglo XIV.



# VI. DERECHO MODERNO

- Derecho común ordenamiento universal basado en **derecho romano, es obra de los juristas (prácticos Feb17R)** que al extraerlo crean el Derecho europeo.
- Frente a las tendencias prácticas de los **glosadores y comentaristas (mos italicus)**, se inicia **un movimiento humanista (mos gallicus)** en el siglo XVI, como consecuencia del **Renacimiento (Feb16)**. Se pretende reconstruir el Derecho Romano, liberándolo de las distintas alteraciones introducidas por los compiladores y comentaristas.
- En el siglo XVII, **la Escuela del Derecho Natural** defendía un derecho universal para todos los pueblos fundado en el Derecho Romano, considerándolo como la suprema razón escrita (ratio scripta).
- En el siglo **XIX, la Escuela Histórica Alemana** considera el Derecho producto espontáneo de su propio espíritu y se fundamenta en principios romanos. Los autores del Derecho de Pandectas elaboran la dogmática jurídica, base de la redacción de los Códigos Civiles.
- En Castilla en la edad moderna se publican tres recopilaciones de carácter oficial, obra legislativa, y los materiales no se fusionan: Libro de leyes u Ordenanzas o Ordenamiento de Montalvo, bajo los Reyes Católicos, La Nueva Recopilación 1567 bajo Felipe II La Novísima Recopilación 1805, Carlos IV.
- En Cataluña también 3: la primera de 1485 sigue el plan del código justiniano, la segunda 1588 Constitutions y altres drets de Catalunya, y la tercera en 1704 con el mismo nombre puesta al día.

El **Derecho nace** como consecuencia de un **acto de potestad o de autoridad de quien tiene poder o prestigio para dictarlo y debe ser obedecido y aplicado.**(Feb19) Los Jueces aplican el Derecho en virtud de su potestad de jurisdicción (de iusdictio: declaración del derecho).

## 1- El Derecho y los Juristas Prácticos.(Feb19R)

- Los **Juristas** son los que se dedican al **estudio y a la práctica** del Derecho y hace de la jurisprudencia su profesión. Hoy se distinguen los juristas **prácticos** que se dedican a **resolver los problemas que plantea la interpretación y la aplicación** del Derecho. Y los **teóricos o científicos** del Derecho que lo hacen objeto de **estudio o abstracción**.
- **Las tradicionales funciones del jurista (R Sep17/15)** eran:
  - **-Respondere:** dar **respuestas** o decisiones jurídicas sobre los casos concretos que los ciudadanos les planteaban.
  - **-Agere:** **aconseja** sobre las acciones y fórmulas judiciales que debían ejercitarse para la protección de los derechos.
  - **-Cavere:** proporcionan los **esquemas y modelos** de los actos y negocios jurídicos.

**Los juristas romanos eran ciertamente prácticos(Feb14R)** También eran prácticos los glosadores medievales, que con los textos del Digesto pretendían resolver los problemas de su época.

**El jurista práctico actual está representado por el abogado (Sep19)** funciones:

- **-Asesoramiento:** ante una consulta de los particulares, sociedades privadas y públicas, aconseja sobre los medios más idóneos.
- **-Asistencia** en la redacción de documentos o en la realización de contratos o negocios.
- **-Asistencia e intervención ante la administración.**
- **-Defensa y asistencia ante los juzgados** en materia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral.

## **2-Sistemas Abiertos y Cerrados. (Sep18/R17/Sep16)**

- Los actuales sistemas jurídicos se vienen distinguiendo en **abiertos y cerrados**. El ordenamiento jurídico romano es el centro y fundamento histórico de estos dos sistemas.
  - **Abiertos sistema vivo y jurisprudencial (Sep19R/S18/f17/15)**, en continúa creación y evolución mediante las **decisiones y sentencias** que se dan para cada caso en los tribunales. Un ejemplo de sistema abierto es el casuístico inglés y americano, llamados case law method. (jurisprudencia). Ha disminuido *Restatements* como reglas mercantiles coherentes.
  - **Cerrados. consisten en Derecho escrito y compilado en un cuerpo o código (Feb18/R18/15)**. El sistema cerrado es el de los Códigos Civiles del Derecho europeo continental (Feb13). Principios Unidroit reglas de comercio internacional

En una **clasificación paralela** estos sistemas también se distinguen en:

- **Problemáticos** si se orientan hacia las decisiones concretas, se dá en sistemas abiertos y cerrados.
- **Axiomáticas** si se trata de sentencias construidas con reglas generales aplicadas a los nuevos casos que se presentan, y hace derivar por deducción un sistema de normas admitido generalmente.

## 3- El Derecho Privado Europeo.

- En la Unión Europea se han seguido distintos caminos y **procedimientos para la unificación** del Derecho Privado.
- Una **primera vía mediante Directivas y Reglamentos**. Se trata de instrumentos legislativos para la coordinación/unificar de las regulaciones de los Estados miembros de la Unión sobre importantes materias.
- La **segunda** vía es la de los **Principios** de Derecho unificado europeo. La tendencia denominada Soft Law trata de establecer unos principios basadas en los elementos comunes de las instituciones.
- La **tercera** vía es la **codificadora**. **La Academia de Pavia**, dirigida por el prof. Gandolfi, ha redactado un anteproyecto de Código europeo de Contratos. Se parte de la idea de que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la integración europea.

### 3.1-Códigos Civiles

- La **corriente doctrinal** basada en la tradición romanística e inspirada por los autores del Derecho de Pandectas desemboca de los **Códigos civiles europeos**. En Francia Código de Napoleón de 1804 (FEB15) que **influye poderosamente en codificaciones de numerosas naciones**. También en España una influencia decisiva en el Código Civil de 1889. Aunque este código quedó anticuado, obra maestra junto con el Código Suizo de 1912. CC Italiano 1942 mas perfecto en contratos.



## 3.2- El Derecho inglés y americano

- Como prototipo del **sistema abierto** o en continua evolución, los jueces deciden sobre las cosas concretas aplicando la técnica del *precedente*. **Derecho de Juristas (common law) (Sep19/17)**.
- **Common Law**, es el históricamente 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).

### 4- Aplicación Jurisprudencial de Principios Generales de Origen Romano.

**Principios generales procedentes del Derecho Romano son** consideradas en los argumentos de los fallos judiciales como un **punto de referencia**, al ser un punto de **coincidencia en el conjunto normativo** compuesto por los distintos ordenamientos en los Estados .Se refieren ramas jurídicas tan dispares

#### 3. Los principios sobre Derecho de los contratos.

Principios del Derecho europeo de Contrato” elaborados durante la última década del siglo pasado por una Comisión de Derecho contractual europeo presidida por el sueco Ole Lando son:

- Los **Restatement of Contracts** americanos formulados por el American Law Institute a partir de 1932 para promover la clasificación del Derecho, sobre todo en las relaciones comerciales.
- El **Tratado de Viena de 1980** sobre la compraventa internacional de mercancías.
- Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales(Feb16). Se presentan como la *lex mercatoria*, **usos y costumbres que regulan el comercio internacional. (Sep19R)**,

# TEMA 3: Concepto Unitario y Plural.

## 1- El Concepto Unitario del Derecho

- El hombre es un ser social por naturaleza. Aristóteles (384-322 ac) define al ser humano como **zoon políticón(F17R)**. animal político (cívico). Surge el derecho como una necesidad imperiosa de organizar la vida social. Este concepto de derecho se corresponde con el que la dogmática moderna denomina
  - derecho objetivo, en el sentido de conjunto normativo. EJ. Grado en Derecho.
  - derecho subjetivo, entendiendo por tal la facultad del particular sobre una cosa o frente a otra persona. Derecho al paro.
- El gran legado de Roma a la prosperidad ha sido el Derecho.
- La **unidad y la unicidad del Derecho** se contraponen al hecho de que aquel está **formado por una pluralidad de normas**. Dicha diversidad, dos problemas:
  - -1.un mismo supuesto de hecho se produce una **contradicción** entre lo dispuesto en los mismos. (mismo hecho, resultado distinto)
  - -2.La segunda cuestión es inversa en su planteamiento, no existe en el ordenamiento jurídico ninguna norma que lo contemple o regule.(Laguna)
- Derecho responde a un **estructura jerárquica piramidal, Hans Kelsen**. (1881-1973) (Feb19/18/17/16/S16R/F15)  
En esta teoría, denominada normativa, la intervención provoca una **subordinación normativa correlativa** hasta llegar al vértice de la pirámide legislativa, la Constitución, que es la normal fundamental de la que derivan todas las demás normas.



- En suma, **de la unidad del ordenamiento jurídico** deben derivar otros dos rasgos (Feb19/R) definitorias del mismo:
  - la **coherencia**. Normas compatibles, no establecen consecuencias distintas a supuestos idénticos. antinomias
  - la **plenitud**. La segunda de estas cualidades se da cuando ante una afectiva laguna normativa bien por analogía o bien por razón de aplicación extensiva.

Así el principio de la **unidad del Derecho** provoca en su aplicación la necesaria **seguridad jurídica al ciudadano**.

## **2- Concepto Nuclear del Derecho.**

- Derecho proviene de *directum*,. Origen latino, no utilizada por la jurisprudencia romana, utilizaba *ius*, su generalización debe situarse en la etapa postclásica, tras el **cristianismo** Derecho=lo recto adecuación conducta-norma. **Lo justo, el Derecho**, coincide con lo recto, **entendiendo por tal la adecuación de la conducta con aquellas normas que establecen el comportamiento que debe adoptarse para actuar correctamente (Sep15R)**. Los juriconsultos clásicos utilizaron prerentemente la voz *ius* que, puede equipararse a lo justo.
- El Digesto es una obra de recopilación elaborada en el siglo VI d.C. Por mandato del Emperador Justiniano.(JunT20 , Sep19) etapa clásica, siglos I a.C a comienzos del III d.C.
- *Ulpiano: Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de donde deriva el término ius. Es llamado así por derivar de justicia, pues como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.*(Sep17)
- La **justicia forma, junto con la prudencia, la fortaleza y la templanza, el conjunto cuatripartito de las virtudes cardinales (Sep19)**



Alegoría del pensamiento griego (Platón 427-347 a. C Mito carro Alado, Fedro). Es la **prudencia, el auriga** que, en cada circunstancia, **indica que es lo justo, que lo templado o que es lo conforme a la fortaleza**. En opinión de Fernández Buján F. las **notas más características que conforman el Derecho** son las siguientes:

**1-Conjunto orgánico, sistemático y concatenado** que trata de evitar la antinomia entre las normas. Estas normas tienen por **objeto la regulación de la vida social** del hombre.

2. Dichas normas deben formularse **con arreglo a unos valores y principios**, que serán referentes para la correcta organización de la sociedad.

3. Dichas **normas son imperativas**, entendiendo que son coercitivas o de obligado cumplimiento

### **3- El Concepto de Ley en su relación con Concepto de Derecho (DESRROLLOFEB18)/SEP16R**

- hoy existe una **tendencia a reducir el concepto Derecho al conjunto normativo legislado**. RAE: **3. f. Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.**

El contenido de la ley **mandato o prohibición, resaltando la ley como precepto imperativo**, es el carácter coercitivo y **finalidad** de la ley: cuando se afirma que su contenido debe **estar en “consonancia con la justicia y dictarse para el bien de los gobernantes”**.

- **4ª acepción que aparece:** En el régimen constitucional, respecto de la disposición votada por las Cortes  
Se refiere esta acepción, a la norma **votada en el Parlamento**. La sola fuente de producción de la ley confiere a esta su condición de fuente de conocimiento. **Es ley la ley positiva, la ley votado en la Cámara representativa**. La ley es **expresión de la voluntad del pueblo elector**, a través del **referendum** que es **expresión de la democracia directa y no de la representativa**.
- Evidente positivismo, en español expresiones que se adentran en el ámbito moral. Expresiones: *A toda ley: con estricta sujeción a lo justo.*, **Ley de caballero: asegura la verdad de lo afirmado. (Sep17)**, *Con todas las de la ley: cumplimiento ético de lo debido. De buena ley: de perfectas condiciones morales. De ley: de forma recta u honrada.* El **Saber popular** ha expresado bajo el vocablo **LEY algo más que lo legislador** por el poder constitutivo.

#### 4- El Árbol del Derecho

- El **Derecho como un conjunto unitario**, puede ser objeto de divisiones o clasificaciones que permiten reconocer distintas parcelas del ámbito de lo jurídico. **Estas ramas del Derecho fueron configurándose** a través de un proceso progresivo de diferenciación, donde el ejercicio de la abogacía, es cada vez más especializada

#### 5- La Principal Bipartición: Derecho público y Derecho privado. (DFEB18/Feb16/14)

- La **clasificación de la mayor raigambre histórica (Sep14R)**, es aquella que **diferencia entre el Derecho Público y el Derecho Privado**. Vigente desde hace más de veinte siglos, por claridad y sentido común.
- La **bipartición es una creación jurisprudencial romano**. La división se encuentra formulada o recogida en un texto de Ulpiano. El fragmento lo conocemos gracias que ha sido recopilado en el Digesto de Justiniano.
- Se comprueba que **la referida distinción diferencia entre una y otra categoría del Derecho por razones de interés. (Sep14)**
- El fragmento de **Ulpiano Siglo III dc. (EX)** Digesto Libro 1º. *Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es derecho público el que respecta al estado de la república, privado el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público consiste en el ordenamiento religioso, de los sacerdotes y de los magistrados. El derecho privado es el tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles.*
- Diferencia por razón **del interés cosa pública** o beneficio particular. **Derecho Público, el ente público interviene** desde una **posición de superioridad** sobre el particular, **Derecho Privado son de carácter dispositivo (JUN20)** y suele ser que tenga carácter **subsidiario**.

## VI. OTROS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN:

### 1. Derecho General y Derecho Especial

- **Derecho General** al conjunto normativo que regula la **vida social**. **El derecho general por excelencia es el Derecho Civil (Sep16/16R)** –desde su origen romano – (Codigo Civil, art4º, párrafo 3º “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.”
- Se considera **Derecho Especial** conjunto normativo tiene un ámbito o campo de **regulación y aplicación concreto** y determinativo. Derecho especial ámbito o campo concreto y determinado. Ej: Derecho mercantil dentro del mismo : derecho societario, bursatil. Estatal supletorio y general, Autonómico derecho especial

### 2. Derecho Común y Derecho Particular. (distinción Territorial.)

- **Derecho Común** aquel conjunto normativo que tiene una aplicación **generalizada en todo el territorio del Estado**. El Derecho contenido en el *Código Civil* presenta la característica de configurarse como Derecho Común porque su ámbito de aplicación directa o subsidiaria se extiende a todo el Estado.
- **Derecho Particular** aquel que restringe su ámbito de aplicación a una **concreta y determinada parte territorial**: dicha determinación se suele concretar en una Comunidad Autónoma. Dentro del particular, distinguir Derecho Foral (históricos) y Derecho Autonómico fruto del desarrollo del Tit VIII O T delaCE
- Uno de los **orígenes históricos del reconocimiento de los actuales derechos forales es** la promulgación de Los **Decretos de Nueva Planta (Feb18)**. Son un conjunto de decretos promulgados entre 1707 y 1716, por el rey **Felipe V de Borbón. Forales. Compilaciones Vizcaya, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón, Navarra (Feb17)** en 1974, recogen el depósito histórico de Derecho civil en cada territorio autentico derecho particular frente al común del Código Civil que se **mantiene como Derecho supletorio**.

### 3-Derecho escrito y Derecho consuetudinario.(Feb17)

- El **Derecho**, en los sistemas llamados continentales como España, se conforma como un conjunto ordenado de normas y preceptos escritos de distinto rango que configuran un **todo orgánico**. La CE norma fundamental.
- De acuerdo con la denominada pirámide legislativa, después se encuentran las **Leyes Orgánicas**, que se aprueba por el poder legislativo a través de las Cortes Generales y que por razón de su importancia requieren una **mayoría cualificada (Feb15R)** (Art. 81.absoluta) en las Cámaras legislativas- Congreso de los Diputados y Senado-, para su aprobación. A continuación se sitúan las **leyes ordinarias**, aprobadas por las Cámaras por **mayoría simple**. Después los **Decretos aprobados** en el Consejo de ministros, después las **Órdenes Ministeriales**,. **Todo este conjunto normativo es siempre una manifestación de Decreto escrito**. Código Civil art. 2,1º *“Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa”*
- Puede decirse que el **Derecho consuetudinario conforma un conjunto orgánico**. Se trata de las **normas expresadas en la costumbre**. **Esta conciencia de obligatoriedad en lo que trasforma una mera costumbre social en una auténtica norma jurídica.(Feb18)**
- El Derecho consuetudinario **surge de forma espontánea** y su protagonista **creador es el conjunto social** a diferencia del Derecho legislado cuya fuente de producción es el poder normativo del Estado.
- Código Civil **Artículo 1** : 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la **ley, la costumbre y los principios generales del derecho** 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior 3. 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**. **Los usos jurídicos** que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de **costumbre**.

- Se consagra en el derecho escrito el **carácter supletorio de un derecho no escrito, materializado en la costumbre**. A pesar de su evidente vigencia actual, es obvio que ha perdido mucho importancia en su ámbito de aplicación.
- En la **aplicación del Derecho escrito rige el principio, *iura novit curia*, el Juez o el Tribunal conoce el Derecho** porque no es necesario porque no es necesario probarlo sino que *basta con invocarlo*. Por el contrario **invoque una costumbre** como forma de defender sus pretensiones en un litigio o controversia judicial, debe aportar el juzgador las pruebas necesarias para **probar su vigencia**. LEC salvo si la otra parte **no se opone**.
- La **doctrina científica** ha señalado las **condiciones** que debe cumplir una **costumbre** para que pueda ser considerada fuente del Derecho:
  1. ser **conforme** a la moral y al orden público;
  2. existir la **convicción** de su obligado cumplimiento, *opinio iuris seu necessitatis*;
  3. **permanecer en el tiempo**, *longaeva consuetudo*, finalmente, ser respetada de forma generalizada y pública.
- Por último, **atendiendo a las relaciones** entre el derecho escrito y el derecho no es escrito, a lo que es lo mismo, entre la **ley y la costumbre** la doctrina suele distinguir **tres clases de costumbre**:(Sept19R, Jun20)
  - **costumbre *secundum legem*, de conformidad con la ley.(CC)**
  - **costumbre *praeter legem*, al margen de la ley. (Como fuente)**
  - **costumbre *contra legem*, contra la ley. (La Compilación Navarra : *costumbre establecida y asentada en la realidad social navarra, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito (Feb13)***



- 1- APROX. CRITICA, AL CONCEPTO FUENTE DEL DERECHO (FEB19DESAROLLO)
  - La expresión *Fuentes de Derecho*: **Instancias** de las que procede, e **instrumentos normativos** en los que es susceptible plasmarse la regulación jurídica. (Feb17.Materia (agentes que lo crean) y Formas (las normas mismas))
  - 2- FUENTES DE PRODUCCIÓN Y FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO (FUENTES HISTORICAS DEL DERECHO FEB19) Decimos que el Derecho emana de unas fuentes, distinguiendo:
    - **Fuentes materiales (FEB19R)**: según **quiénes lo crean**, los agentes creadores órgano o instancia, **fuerza de producción**.
    - **Fuentes formales (SEPT19R, Reglamentos)**: mediante que **formas se manifiesta**, instrumento en que se plasma, las normas propiamente dichas, **fuerza de conocimiento**. (Feb16, Constitución Española)
  - 1. La Antigüedad y la Edad Media.
    - **coexistencia de fuentes**. En Roma, **pretors, jurisconsultos, el senado o los emperadores ostentan condición de fuente** de producción, ninguno de ellos en exclusiva. Edictos, leyes, constituciones, opiniones y citas conforman fuentes de conocimiento que se completan e integran entre sí, en un **orden jurídico complejo y dinámico**
- Derecho Medieval fuentes de producción de derecho, de las que derivan las correspondientes fuentes de conocimiento :leyes, bulas, fueros, sin clara relación jerárquica. Alto grado de heterogeneidad y fragmentación del derecho en el Medievo. Nota común a estos órdenes, vigentes hasta los siglos XIV y XV, es el **pluralismo jurídico**, en cuanto a la pluralidad o coexistencia de fuentes (de producción y de conocimiento) dará paso al **monismo jurídico una vez que el Estado** moderno se afirme **como única fuente de producción de Derecho** y niegue cualquier otra.

## 2. El Estado moderno y contemporáneo.

- Con el triunfo del Estado, siglos XVII y XVIII, se configura como **estado absoluto (Absolutismo)**, el **rey acumula todo el poder y autoridad para dictar la ley en el territorio**. La idea de una nación, un soberano (fuente de producción única) y de la ley que expresa su voluntad (fuente de conocimiento) fundamento y origen del ordenamiento jurídico. La **soberanía personificada por el gobernante**, en exclusiva para crear el Derecho, sometiendo a su voluntad la actividad legislativa. **Jerarquización del sistema de fuentes en la cúspide la voluntad del monarca y sus preceptos.**
- El paso del estado absoluto al **estado liberal, consagrado en la Revolución Francesa 1789**, no supuso cambio de estado como fuente primordial sino una **transformación de titularidad del poder estatal**. La concentración del poder del monarca dio paso al principio de **separación de poderes, el legislativo (parlamento), el ejecutivo (gobierno) y el judicial (administración de justicia)** se distribuyen el poder estatal y la potestad legislativa
- En resumen, en este periodo **reducción de fuentes de producción a una sola, el Estado** (absoluto o liberal) y la voluntad del legislador estatal (monarca o parlamento) Con el proceso de *constitucionalización* de ordenamientos esta concepción positivista-monista experimenta transformaciones.

## 3. La actualidad.

- En lo sustancial este modelo positivista heredero de la Revolución Francesa, sigue vigente, el **Estado principal fuente producción** y la **ley fuente de conocimiento**, apareciendo **nuevas fuentes** que ponen en cuestión su exclusividad, motivos:
  1. **La integración en entidades supranacionales**, lo que debilita el principio de *soberanía nacional al ceder parcialmente competencias* de decisión y regulación. Caso UE donde Comisión Europea, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo auténticas fuentes de producción, nuevos instrumentos legislativos en los ordenamientos jurídicos internos.
  2. **La Globalización**, incremento del comercio internacional, desbordamiento de fronteras, reforzamiento del papel de los organismos internacionales. Caso **OIC organización internacional del Comercio, fuente creadora de derecho** al margen de los estados, **nuevas prácticas y usos del comercio internacional**, nueva *lex mercatoria*, los estados obligados como condición de su desarrollo económico. Erosión de la soberanía estatal, y rebasamiento de su marco jurídico interno.
  3. **La desregulación y privatización en sectores del derecho**. Nuevas fuentes por la autonomía de la voluntad en la resolución de conflictos con la extensión de los procedimientos de Arbitraje (laudos) y Conciliación (recomendaciones), la Mediación, suponen la quiebra del monopolio normativo del Estado en ámbitos del derecho civil, laboral, e incluso penal.

### **3- LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL (FEB17)**

- Por un lado, el **Código Civil (1889)** que establece relación precisa de las fuentes convencionales, por otro **la Constitución Española 1978** que se constituye como fuente suprema del derecho, modifica y completa **sustancialmente el conjunto del sistema de fuentes español.**
- Debemos acudir al **artículo 1, 1º del Código Civil**, cuyo tenor reza: ***Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*** (FEB19R), (Feb17)

#### **1. La Ley.**

La ley es **fuentes de conocimiento del derecho** por excelencia, instrumento por el que se manifiesta la voluntad del estado y de sus órganos legislativos. expresión de la voluntad popular aprobada por sus representantes en el parlamento, por ello fuente primordial del derecho.

Tomamos la **noción de ley** en sentido amplio (norma), (decretos-ley, reglamentos, decretos legislativos) que comparten una **nota común**: son **normas jurídicas de carácter general dictadas por los órganos estatales competentes.** Características:(SEPT19R)

1. **Generalidad**(regulan supuestos abstractos para pluralidad de sujetos)
2. **Publicidad.** (vigencia generalmente desde su publicación)
3. **Jerarquización.** (establece su posición de superioridad o inferioridad)
4. **Permanencia.** (salvo excepciones indefinida hasta su derogación )



## 2. La costumbre. (SEP15 DESARROLLO)

- El Artículo 1.3 del Código Civil, dice *“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.”* La costumbre es una fuente del Derecho, requisitos:
  - 1- Que exista una **regulación constatada y demostrable**
  - 2- Que se haya constatado que **quienes ajustan su conducta a determinada costumbre, le otorgan auténtico valor de ley del lugar, conscientes de que cumplen la regla vigente**, cuya violación perjudicaría su buen nombre y prestigio.
  - 3- Que **no exista ley al respecto, pues la costumbre es fuente supletoria**: esto es, rige solo en defecto de ley.
  - 4- Que no sea contraria a la moral ni al orden público.

## 3. Los principios generales del Derecho. (SEP14R)

- Establece el art. 1,4: *Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre (FEB17R), sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. (SEPT18)*
- Se trata de **criterios jurídicos** que poseen un **carácter transversal**, susceptibles de proyectarse sobre la totalidad de una regulación jurídica (igualdad, proporcionalidad), **y, por otra, a principios generales** del Derecho civil, procesal, penal, etc, que son específicos de cada una de estas ramas. (**buena fe (SEP16R)** artículo 7.1 del *Código Civil* establece que "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las **exigencias de la buena fe** el propio ordenamiento recoge **explícitamente alguno de ellos (es el caso de la buena fe)**, pero otros subyacen. Constituyen una **fuente del Derecho en tanto que proporcionan al aplicador jurídico un criterio de carácter amplio y comprensivo**, que permite no solo aplicar con rectitud las normas al caso concreto, sino también **resolver supuestos de antinomias y lagunas**.



#### 4. El caso especial de la jurisprudencia. (FEB17)

- En nuestro ordenamiento jurídico (sistema continental) **la jurisprudencia NO es fuente de conocimiento (FEB18R No es fuente formal)** (ni los jueces y magistrados fuente de producción) del derecho en sentido propio, al contrario que en los sistemas anglosajones.
- El Código Civil en su artículo 1.6 cuando dice "*La Jurisprudencia **complementará** el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo **al interpretar** y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*".
- La del Tribunal Supremo se considera fuente del derecho en tanto completa y aclara el sentido y alcance de las demás fuentes.
- Sin embargo, y pese al criterio restrictivo con que el Código civil *desde cierto punto de vista*, toda jurisprudencia, (no solo del TS) constituye fuente del Derecho.
- **La jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, que aun cuando no se está recogida en el Código civil constituye una **fuentes del Derecho de primer orden**. No porque pueda legislar, sino porque en su función de control, su interpretación de las disposiciones constitucionales sobre **derechos fundamentales** en cada caso concreto **posee fuerza vinculante para jueces y tribunales**.



## 5- La Constitución como Fuente (FEB18/SEP16/FEB15 DESARROLLO)

- la incorporación de las constituciones supuso una **crisis del sistema tradicional de fuentes**, centrado en la primacía de la ley. En el caso español, la aprobación de la Constitución de 1978 establece un **marco general de la estructura institucional** del Estado y la **distribución de poderes**, obliga a **reconsiderar el sistema de fuentes de conocimiento y de producción**.
- La Constitución tiene **valor normativo directo, directamente aplicable, sin necesidad de desarrollo legal.(SEP16/FEB13)**. Su preceptos tienen la condición plena de **fuerza de conocimiento (FEB16/14) (FEB14B/SEP14R fuente formal) del mayor rango y vinculantes** para los tribunales. El conjunto del ordenamiento, y la ley como fuente, ha de interpretarse de conformidad con el texto constitucional.
- Otra novedad **Constitución Española**, incorpora **Principios y Valores** de igual valor normativo y reconfiguran los principios generales .
- - **Art.1.1..** 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**. (informan el conjunto de normas vigentes en el ordenamiento).
- - Art. 9.3. La Constitución garantiza el **PRINCIPIO** de **legalidad**, la **jerarquía** normativa, la **publicidad** de las normas, la **irretroactividad** de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la **seguridad jurídica**, la **responsabilidad** y la **interdicción de la arbitrariedad** de los poderes públicos.

## 5. EL DERECHO EUROPEO

- La Unión Europea posee un ordenamiento jurídico (distinto del derecho internacional) y su legislación se integra en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Es *derecho originario* de la UE, los tratados fundacionales que regulan sus instituciones y funcionamiento orgánico. Sus tres principales instrumentos considerado *derecho derivado* de la UE, Reglamentos, Directivas y Decisiones
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es el encargado de garantizar la efectiva aplicación de estas normas y de **resolver conflictos entre los estados miembros y las instituciones** europeas. Año de creación: 1952 Sede: Luxemburgo



## 2- LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO UN PROCESO AUTOMÁTICO.(FEB16R)

- Como suele suceder con los grandes conceptos jurídicos, el de **aplicación del Derecho presenta multitud de aspectos**,. La clave es el *punto de vista* que adoptemos ejemplo, si tenemos una visión de tipo **positivista**, esto es, **si reducimos lo jurídico a la sola ley, aplicación será prácticamente automática**, al considerarlo como una simple **operación lógica** de subsunción s: hechos incluidos en la norma, si coinciden con el tipo se deriva una consecuencia jurídica (concesión, denegación, sanción...)
- Desde el punto de vista **lógico**, esto tiene, el formato de un **silogismo JunT20**.
  - 1- **premisa mayor** (el texto de la **norma** aplicable),
  - 2- **premisa menor** (el **hecho** -acto, conducta u omisión),
  - 3- **conclusión** (asignación de un efecto jurídico -que denominamos **consecuencia jurídica**- al hecho referido en la premisa menor).

## III. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y SU PROBLEMÁTICA.

- **actividad intelectual** que consiste en **indagar, desentrañar y aclarar el significado de las normas jurídicas, con el fin de aplicarlas al caso concreto**. Dos elementos principales:
  1. El **objeto** de la interpretación, lo que se interpreta: **las normas**.
  2. El **sujeto que efectúa la interpretación**, o intérprete: el **operador jurídico** .
- **Dificultad: Redacción, vaguedad, indeterminación, carácter técnico y especializado. pluralidad y diversidad**

- La norma tienen una **textura abierta** (Hart), son un **marco abierto a varias posibilidades de solución** (Kelsen).
  - Por supuesto, esto **no quiere decir** que la tarea del operador jurídico que se enfrenta a una **norma se disuelva en su pura voluntad**.
- 1- **frente a la concepción positivista-logicista** que hacen bascular el proceso interpretativo sobre la **norma** y sostiene que no hay sino **aplicación de un derecho preexistente al caso de la vida real**.  
(aplicación casi automática media reglas lógicas)
  - 2- **frente a la percepción voluntarista-logicista** que centra dicho proceso en el **operador jurídico** y afirma que un muchas ocasiones se da una auténtica **creación libre** de derecho por el operador jurídico
- Es decir, la interpretación de la norma, donde el interprete determina el significado en un caso concreto.**
- Esto supone que el intérprete ha de enfrentarse al texto legal en una suerte de si, **diálogo con él**:
    - **haciéndolo hablar**, expresión de Larenz.(FEB19) Por contraposición a
    - La **boca muda de la ley** según expresión de Montesquieu.(SEP17R)



#### IV. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

- La interpretación del Derecho, está sometida a ciertas reglas, también llamadas **métodos** de interpretación del Derecho, que además **reducen la complejidad de la actividad interpretativa**. El artículo 3.1º del **Código Civil**, “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas(FEB19), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellos*” enumera tales métodos:
  - 1.Método literal:** análisis y comprensión del significado lingüístico del texto normativo (según el **sentido propio** de sus palabras art.3.1º). Para ello es necesario **combinar su análisis semántico** (su significado convencional y/o técnico) y el **pragmático** el que le otorgan los hablantes del ámbito jurídico.
  - 2.Método sistemático:** interpretar las normas en relación con otras de su ámbito, con el fin de precisar su alcance al aplicarlas. (*atendiendo fundamentalmente al espíritu y .. art.3.1º )Espíritu del sistema Bobbio*. Para concordar y complementar normas.
  - 3. Método histórico:** interpretar normas según su origen o génesis histórica, teniendo en cuenta sus antecedentes histórico-legislativos. Atendiendo a la voluntad del legislador (*voluntas legatoris*), (**los antecedentes históricos y legislativos**, art.3.1º)
  - 4.Método teleológico:** interpretar los fines objetivos que persigue la norma (*voluntas legis*) (*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellos art.3.1º*)
  - 5.Método valorativo:** interpretar según los valores jurídicos en que se fundamenta. (justicia, libertad, igualdad, seguridad...etc).



- Algunos opinan que los métodos han de aplicarse según el orden expuesto. Sin embargo, **tal orden no es jerárquico**, y el interprete ha de manejarlos de modo concurrente, empleando unos u otros en atención a las particularidades y relevancia en el caso concreto. **Tales métodos son, complementarios. (principio de complementariedad de los métodos de interpretación.)**

## V. TIPOS DE INTERPRETACIÓN. (FEB19R/SEP19/FEB16/14)

Tras estos planteamientos generales hay una gran casuística, si bien existe la posibilidad de ordenar y clasificar los modos de interpretación de acuerdo con criterios generales. Nos referimos a algunos de los más importantes.

### 1-En razón de la fuerza vinculante de la interpretación. (FEB15PyPriv)

Con este criterio, podemos distinguir entre *interpretación privada e interpretación pública*.

**La interpretación privada** es la realizada por todos aquellos **operadores jurídicos que no** están revestidos de **autoridad** para imponerlos resultados de su interpretación como jurídicamente obligatoria. Ej: los particulares, los abogados que asesoran a las partes en un proceso, quienes emiten informes o dictámenes no vinculantes.

**La interpretación pública** : corresponde a **órganos uni o pluri-personales con competencia** para imponer como obligatoria su interpretación de las normas en un ámbito determinado. Ej: , siendo esta última la que finalmente prevalece, puesto que los actos de la **administrativa o judicial** (FEB17/15/13) son recurribles en vía judicial.



## 2- En razón del intérprete

### (FEB19R, sep16/13R (Auténtica, judicial, cautelar, doctrinal))

Desde este punto de vista, se distinguen en función del **tipo de operador jurídico** que realiza la interpretación.

1- **Interpretación auténtica** es la que lleva a cabo el mismo **órgano autor (FEB18R/SEPT15R)** de la norma. (Ej: Ministerio explica un reglamento)

2- **Interpretación judicial** es la que realizan los **órganos jurisdiccional**. Importancia superior pues toda interpretación realizada por un órgano del Estado está sometida a control judicial.

3- **Interpretación cautelar** -según Díaz Picazo- función de **asesoramiento** a los particulares, ya se haga en el ejercicio de una función pública (notarios, registradores) o privada (abogados, gestores). Cautelar se refiere a que **evitan conflictos** en multitud de ocasiones.

4- **Interpretación doctrinal** la realizan **los teóricos (FEB18/14) del derecho** en el ejercicio de su función docente y/o investigadora. No vinculante, pero importante por su prestigio intelectual.

## 3- En razón del resultado. (SEP19/14, Extensiva y Restrictiva)

1- **Interpretación extensiva** es la que **amplía el alcance de la norma a supuestos no comprendidos** en su tenor literal. supuestos entran dentro del sentido del preceptor (lo que suele denominarse la *ratio legis*) **permite resolver lagunas**

2- **Interpretación restrictiva es la que limita** dentro de la **estricta literalidad**. Por sistema, deberán ser interpretadas siempre de **modo restrictivo las normas que limitan derechos o sancionan**. El caso más evidente es el de las **normas penales (FEB19)**, que **no pueden ser interpretadas extensiva o analógicamente. (FEB18R)**

# TIPOS DE INTERPRETACIÓN



1-En razón de la fuerza vinculante

1. Interp Privada  
Por operadores NO autoridad

2. Interp Pública  
órganos uni o pluri personales con competencia para imponer.

1- Administrativa

2- Judicial



2-En razón del intérprete

1- Interp Auténtica (autor)

2- Interp Judicial (órgano)

3- Interp Cautelar (asesor)

4- Interp Doctrinal (teóricos)



3-En razón del resultado

1- Interp Extensiva (resuelve lagunas)

2- Interp Restrictiva (Ej Normas Penales, ni extensiva ni analogía)

