

UNED

Nociones Jurídicas Básicas

TEMA 3. Concepto Unitario y Plural del Derecho.
(EDICIÓN ESPECIAL PREPARACIÓN DE TEST)

MIGUEL ANGEL GORBE MARTINEZ

Actualizado

20/21

Tutor: @miguelgorbe



Capítulo 3: Concepto Unitario y Plural.

1- El Concepto Unitario del Derecho

- Sin perjuicio de la distinción Derecho Público/Privado, y dentro disciplinas jurídicas, debe afirmarse que **la realidad del Derecho responde siempre a un todo unitario.**
- El **hombre es un ser social por naturaleza.** Aristóteles (384-322 ac) define al ser humano como **zoon políticón(F17R)**. animal político (cívico). (Estado es creación natural, para ello naturaleza le ha otorgado el don habla, Estado lugar donde alcanzar la felicidad= fin del hombre, el medio= la virtud (aptitud, excelencia)ejercitando la función mas propia la actividad Racional de acuerdo con la moral e intelectual, la contemplación filosófica).
- Las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas, pues, la propia condición humana y la convivencia provoca conflictos y controversia . La vida en sociedad venga regulada por **unas normas objetivas que regulen las esferas de libertad y de actuación entre los particulares.**

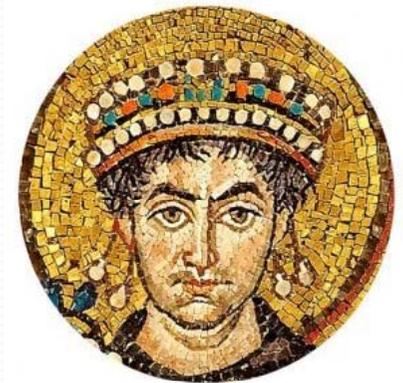
Surge el derecho como una necesidad imperiosa de organizar la vida social. Este concepto de derecho se corresponde con el que la dogmática moderna denomina :

- **derecho objetivo, en el sentido de conjunto normativo.(Feb20)**
- **derecho subjetivo, entendiendo por tal la facultad del particular sobre una cosa o frente a otra persona.**

Cada escuela ha definido lo que entiende por Derecho. sorprendente que los dos grandes concepciones presentes en nuestro universo jurídico contemporáneo tengan que recurrir al Derecho Romano para explicar su forma de entender y aplicar al Derecho.



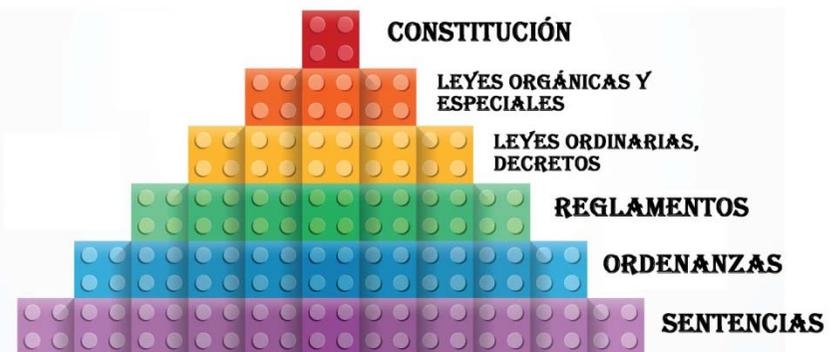
- **El gran legado de Roma a la prosperidad ha sido el Derecho.** Su genial creación jurisprudencial desarrollada en la época clásica en la que los juristas ofrecían una solución a la cuestión litigiosa que se sometía a su actividad dictaminadora. También su inigualable tesoro recopilatorio que logra que un equipo de estudiosos del Derecho “encerrarse” en unos textos recopilatorios lo más genial que se contenía en las Constituciones imperiales y en las obras de los juristas de la etapa clásica. Así puede decidirse que en Roma el Derecho ha sido creado en las respuestas casuísticas emanadas de las autoridades de los jurisconsultos. Pero debe advertirse que ese mismo Derecho, disperso y asistemático, ha sido transmitido a tiempos posteriores a través de la **Compilación justiniana**, denominada desde el siglo XV **Corpus Iuris Civilis**.
- Ahora bien al mismo acervo común al Derecho Romano, casuístico o compilado, para comprender tanto el llamado sistema de *common law*, como el denominado derecho continental con base en la tradición napoleónica. Así:
 - **sistema anglosajón** se sirve del derecho práctico, problemático y casuístico, emanado del modelo jurisprudencial romano-clásico,
 - **sistema codificador** entroncaría con el derecho recogido en la compilación justiniana.



- La **unidad y la unicidad del Derecho** que se declara en relación con un concreto ordenamiento jurídico parece que se contrapone al hecho de que aquel está *formado por una pluralidad de normas*. Dicha diversidad, dos problemas, contradicciones y lagunas:
 - -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 contempla 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**. (Feb20)

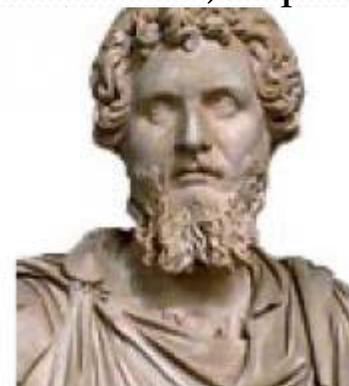
Así el sistema legal es realmente eficaz y operativo al dar respuesta a toda la demanda social. Además, el principio de la **unidad del Derecho** provoca en su aplicación la necesaria **seguridad jurídica**, en virtud de la que el ciudadano tiene garantía que el Derecho objetivo protege plenamente sus efectivos derechos subjetivos.



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, entendiéndolo 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.
- Para iniciarse en el conocimiento del concepto del derecho, acudir al Digesto de Justiniano (el mayor Teshaurus jurídico). El Digesto es la parte esencial de la compilación justiniana, llamada *Corpus Iuris Civilis* desde el siglo XV. Se inicia el Digesto con el Título I del libro I que lleva por rúbrica: “sobre la Justicia y el Derecho”.
- El Digesto es una obra de recopilación elaborada en el siglo VI d.C. Por mandato del Emperador Justiniano.(Sep19/Jun20) La recopilación se hace sobre la base de ordenar por materias o por temas una pluralidad de fragmentos de obras de los juristas que viven en la denominada etapa clásica, que comprende fundamentalmente los siglos I a.C a comienzos del

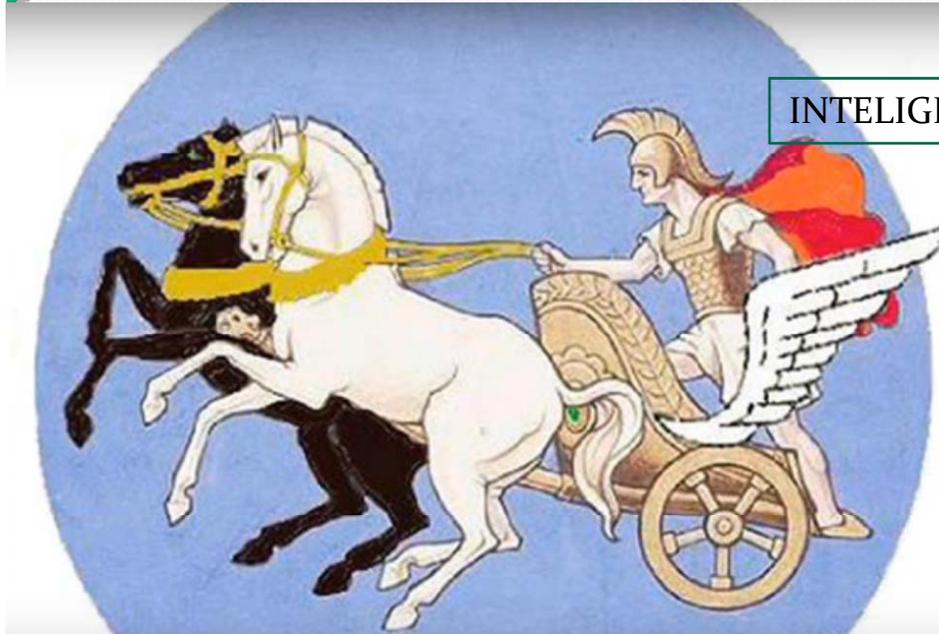
Ulpiano: Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de donde deriva el término ius. Es llamado así por derivar de justicia, pues como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.(Sep17)



- El jurisconsulto está diciendo que primero es la iustitia, la justicia y después sería el ius, el derecho. Lo lógico parece que el **ius**, lo es por ser justo, la **justicia es tal por acomodarse al ius**.
- En el pensamiento griego **la justicia es una virtud**. Puede entenderse por tal la disposición (del alma aptitud excelencia) habitual y firme de hacer el bien. La persona que dirige sus acciones de acuerdo con lo preceptuado en las virtudes tiende hacia el bien. (Platón: Justicia, Armonía cuando las partes del alma cumplen su función de manera virtuosa habrá hombre justo que será Sabio, Fuerte y Moderado. Armonía entre la clases sociales) (Aristóteles. Justicia: Término medio, *“propia del medio, mientras que la injusticia lo es de los extremos”*)
- La **justicia forma, junto con la prudencia, la fortaleza y la templanza, el conjunto cuatripartito de las virtudes cardinales (Sep19) (cristianismo)**. Se trata de virtudes humanas que tienen por objeto **ordenar las conductas de los hombres** para alcanzar una vida conforme a la moral. Son denominadas cardinales por ser las más importantes en su categoría. Tienen una adjetivización idéntica a los cuatro puntos cardinales.
- Cada una de las cuatro virtudes cardinales tiene en el actuar del hombre una función bien definido. Las cuatro son informantes del quehacer humano. La **templanza es la virtud que procura el equilibrio en el disfrute de los bienes materiales**. La **fortaleza proporciona al hombre la firmeza y la constancia** necesaria en las adversidades. La **justicia es la firme voluntad de dar cada uno lo suyo** y la **prudencia, por último, es la virtud que dispone a la razón práctica a discernir**, en toda circunstancia o conflicto, que se debe de evitar. Es aquella virtud conductora de las otras tres.



Platón. Mito carro Alado. Diálogo Fedro.



A) Auriga. **Alma Racional.** cerebro.

Función= Dirigir ByC

Virtud=Prudencia,sabiduría.

B) C.Blanco. **Alma Irascible.** Pecho.

Función= Ayudar A)a controlar C

Virtud=Fortaleza/voluntad, coraje, valentía.

C)C.Negro. **Alma Concupiscible.**Abdomen

Función=Dejarse Dirigir x A) NO caer en tentaciones

Virtud=Templanza, moderación.

- 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.** El desorden en las virtudes puede ser por exceso o por defecto. En uno y otro caso, cada vez que en el campo de cualquier de estas tres virtudes el hombre no actúa prudentemente, es decir, prescindiendo su conducta por la prudencia, provoca por dichas virtudes no alcancen su finalidad por lo que su comportamiento no será virtuoso. (Armonía y por tanto JUSTICIA cuando las partes del alma cumplen su función de manera virtuosa. habrá hombre justo que será Sabio, Fuerte y Moderado. Armonía entre la clases sociales)

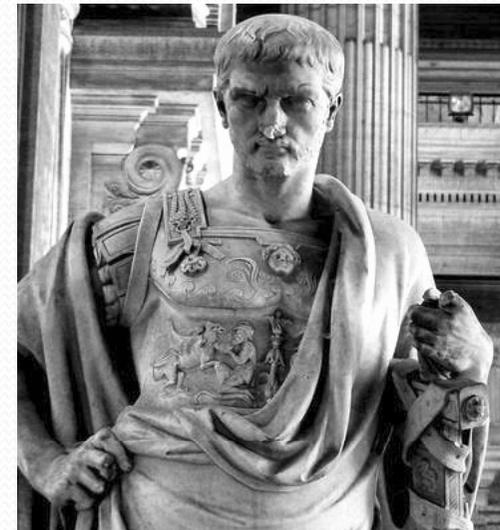


- Si la justicia como virtud es causa del Derecho, cabe afirmar que la justicia entendida como meta y objetivo es la razón de ser del Derecho. El Derecho aplicado debe pretender alcanzar la justicia. La **justicia es principio y fin del Derecho**. No ha sido frecuente entre los juristas ofrecer definiciones de los conceptos o de las instituciones que eran objeto de su atención y tratamiento. La jurisprudencia romana definió:

*Ulpiano: El Derecho elegantemente define
Celso, el derecho es el arte de lo bueno
y de lo justo.*

El Derecho que es arte, es también ciencia y es práctica.

En la tarea de **discernir lo justo de lo injusto se centra la labor de jurista**, que por ser tal es llamado prudente o jurisprudencial. La prudencia es la virtud que posibilita a la razón práctica discernir lo que se debe hacer de lo que se debe evitar, es evidente que cuando esta virtud se aplica el derecho, al **ius**, surge la **iusprudentia**, que tiene por objeto discernir lo justo de lo injusto.



Ulpiano: La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas. La ciencia de lo justo y de lo injusto.

- Habiendo definido los griegos la justicia como la virtud por la cual se debe dar a cada uno “lo suyo”,-el genio romano jurídico, transformó esta noción abstracta griega, realizando una concreción pragmática y no especulativa.

Ulpiano “Es justicia la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”

- Quedaba así reconducida esa justicia abstracta griega - resultaba inconcreto- al concreto campo del Derecho, pues lo suyo se transforma en su derecho, pudiendo en cada caso materializarse lo suyo, sabiendo que es lo que en cada circunstancia establece el Derecho como suyo.
- Estas nociones programáticas han sido matizadas por una diversidad de planteamiento doctrinales elaborados desde distintas corrientes iusfilosóficas. Puede decirse que todo estudioso del Derecho llegado a un grado de profundización y excelencia en su comportamiento, tiende a intentar formular su propia definición de Derecho.



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.
2. Estas normas tienen por **objeto la regulación de la vida social** del hombre.
3. Dichas normas deben formularse **con arreglo a unos valores y principios**, que serán referentes para la correcta organización de la sociedad.
4. 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

- Por lo que se refiere al concepto de Ley es preciso comenzar afirmando que hoy existe una **tendencia a reducir el concepto Derecho al conjunto normativo legislado.**
- **RAE:** 1. f. Regla fija a la que está sometido un fenómeno de la naturaleza.
2. f. Cada una de las relaciones existentes entre los diversos elementos que intervienen en un fenómeno.
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.
 - Es una corrupción hablar de “autoridad” cuando debería decir “potestad”.
- El contenido de la ley viene alternativamente señalando como **mandato o prohibición.** Con ello se trata de resaltar la nota definidora de la ley como precepto imperativo, es el carácter coercitivo de la norma lo que la define como jurídica. Por último, se trata de destacar la **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”.**

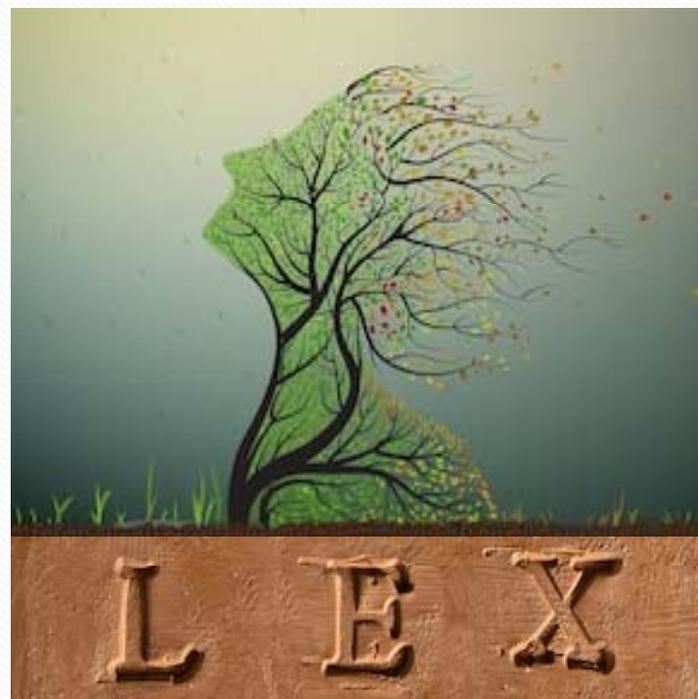


- 4ª acepción que aparece: En el régimen constitucional, respecto de la disposición votada por las Cortes
- Se refiere esta acepción, a la norma **votada en el Parlamento**. La sola fuente de producción de la ley confiere a esta su condición de fuente de conocimiento. **Es ley la ley positiva, la ley votado en la Cámara representativa. La ley es expresión de la voluntad del pueblo elector**, si bien esta consideración de su causa, aparece más claramente en las concreciones legales directamente aprobadas por las ciudadanos 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.
 - *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.



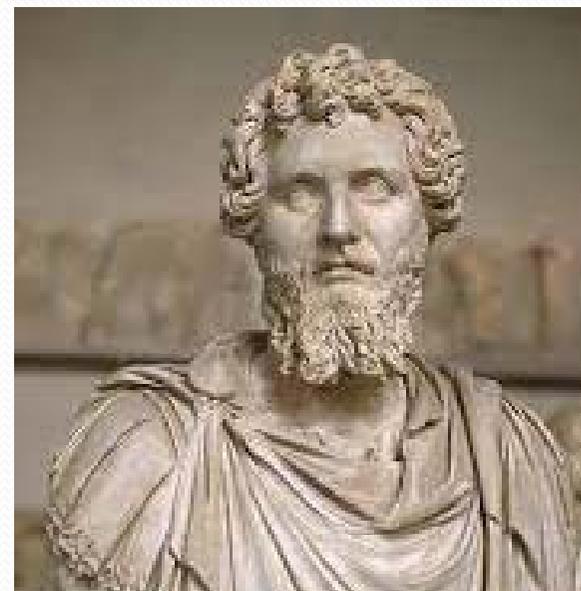
4- El Árbol del Derecho

- El Derecho en una perspectiva global responde a una necesidad y obedece a un principio rector. Ello conforma al **Derecho como un conjunto unitario**. No obstante, ese conjunto 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. Las divisiones y la consiguiente definición de las diferentes disciplinas jurídicas responden básicamente a construcciones y creaciones doctrinales. La doctrina científica quien ha procedido a individualizar.
- La imagen de un árbol frondoso del que siempre brotan nuevas ramas de su fértil tronco común. Ello es más evidente en nuestro tiempo actual, en el que tanto la **realidad normativa como la actividad forense en el ejercicio de la abogacía**, es cada vez más especializada por lo que la división e individualización de nuevas parcelas jurídicas se encuentra en plena expansión.



- **5- La Principal Bipartición: Derecho público y Derecho privado. (DFEB18/Febr16/14)**
- 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. Teoría del interés. También se diferencia por Relación jurídica Ente público (Ej: ius variandi, factum principis), privado relaciones sociales en plano de igualdad.
- En las relaciones jurídicas reguladas por una norma **de Derecho Público, el ente público interviene desde una posición de superioridad(Feb20)** sobre el particular. El conjunto de normas de **Derecho Público presenta un carácter imperativo (Junio20)** que impide el pacto al contrario. Ello implica que las normas son coercitivas o coactivas.
- Las normas del **Derecho Privado son de carácter dispositivo y suele ser que tenga carácter subsidiario.** Esto significa que regulan la relación jurídica de acuerdo con lo dispuesto en las mismas solo en el supuesto que las partes intervinientes no pacten las condiciones de su relación. Libertad.



Diferencias entre Derecho Público y Derecho Privado

Derecho Público

Contiene las normas de organización de la sociedad.

El Derecho Público va dirigido al Estado.

El interés está centrado en el Estado.

El Derecho Público es irrenunciable.

El Derecho Público es imperativo.

Derecho Privado

Contiene las normas de conducta del ser humano.

El Derecho Privado va dirigido a las personas.

El interés está centrado en el individuo.

El Derecho privado es facultativo.

En el Derecho privado se impone la voluntad.



VI. OTROS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN:

1. Derecho General y Derecho Especial

- Se denomina **Derecho General** al conjunto normativo que regula la **vida social** en su aspecto más amplio o completo. **El derecho general por excelencia es el Derecho Civil (Sep16/16R)** –desde su origen romano - ya que se recogen principios y conceptos que informan todo el ordenamiento jurídico.
- Se considera **Derecho Especial** todas aquellas otras materias en los que su conjunto normativo tiene un ámbito o campo de **regulación y aplicación concreto** y determinativo.



- Así el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el **Código Civil**, capítulo segundo respecto de la aplicación de las normas, en su artículo 4º, párrafo 3º dice *“Las disposiciones de este Código se **aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.**”* Es decir el CC es ley general, supletorio de último grado respecto a una ley especial.
- Es **supletorio**, respecto de materias de Derecho Privado (Derecho penal) y en ciertos casos D. público (Derecho Administrativo: propiedad, responsabilidad y LEC)
- Supletoriedad mas amplia en la Constitución Española Tit VIII OT 149.3

*“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá **al Estado**, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas **en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.**”*



Estatul supletorio y general
17 Autonomío derecho especial

- Otros ejemplos: El contrato, nace jurisprudencia romana , a lo largo del desarrollo histórico según su especialidad y variantes, surgen:
 - contrato administrativo -carácter público-,
 - el contrato mercantil -carácter privado-,
 - el laboral -carácter mixto imperativo/dispositivo-
- Así Derecho especial se considera un ámbito o campo concreto y determinado. Ej: Derecho mercantil dentro del mismo se sustentivizan: derecho societario, bursátil, bancario, marítimo, entre otros.



2. Derecho Común y Derecho Particular.

- Se denomina **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.
- Por el contrario, se considera que es **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.
- Como particular ej distinguir Derecho Foral (históricos) y Derecho Atonómico fruto del desarrollo del Tit VIII O T delaCE



Común y Particular
distinción Territorial.



- CE 1978. **Disposiciones adicionales. Primera:**La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La **actualización** general de dicho **régimen foral** se llevará a cabo, en su caso, en el **marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía**.
- El Tribunal Constitucional en 1981, identifica **derechos históricos con foralidad** desde un punto de vista organizativo y de atribución de competencias.
- **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**, vencedor de la Guerra de Sucesión Española (1701-1713), por los cuales quedaron **abolidas las leyes e instituciones propias del Reino de Valencia y del Reino de Aragón** el 29 de junio de 1707, del Reino de Mallorca el 28 de noviembre de 1715 y del Principado de Cataluña el 16 de enero de 1716, **todos ellos integrantes de la Corona de Aragón**.



- Desde 1959 se produce un proceso de recuperación de normativa en la compilaciones Civiles o **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.**
- **Sensibilidad histórica respetando el pasado plural del derecho civil Artículo 149.** El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

*“8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los **derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.** En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con **respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.**”*

Los **Derechos Forales deben ser considerados como una manifestación del *ius singulare* (Feb20)**, y no como un *privilegium*. La **razón** que justifica su existencia no es su contenido o especialidad sino su **explicación histórica** en razón a la vigencia territorial de su aplicación.



- LEY 1/1973, de 1 de marzo Compilación foral de Navarra. Art6. **El Código Civil y las Leyes generales de España serán Derecho supletorio** de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la ley.
- **El Derecho Autonómico es absolutamente distinto del Derecho Foral.**
- **El Derecho Autonómico es el legislado sus las asambleas/cortes en desarrollo del artículo 143.1**

“En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.”

Queda así definido el Estado de las Autonomías 17, legislativo propio, **148** **elenco de materias en las que podrán asumir** competencias. La CE reserva **marco de competencias exclusivas al estado en el artículo 149.**

Las CCAA desarrollan dentro del marco CE y según lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía, en todo caso **Derecho particular**. El derecho autonómico responde a contenidos de Derecho administrativo y el Derecho foral a materias e instituciones de Derecho Civil.



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**, cuya aprobación corresponde al Ministro del Departamento ministerial del que dependa la materia regulada. **Todo este conjunto normativo es siempre una manifestación de Decreto escrito.**



Tutor: @miguelgorbe



Su **vigencia** conforme establezca **cada ley** y de forma **subsidiaria** 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”

- Frente a esta manifestación del Derecho escrito el ordenamiento jurídico tiene también un derecho no escrito que se denomina **Derecho consuetudinario**. Esta forma de expresarse el Derecho se encuentra tanto en los sistemas jurídicos de Derecho continental como en el sistema del *common law*. Los orígenes de este derecho son tan antiguos como la misma realidad jurídica coincide con la necesidad primigenia de regular la propia convivencia social.
- 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 transforma 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.** (Feb20)

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 en la aplicación del derecho consuetudinario, el principio clásico establecía que la parte que **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)
 - costumbre *secundum legem*, **de conformidad** con la ley.(CC)
 - costumbre *praeter legem*, **al margen** de la ley.(Jun20) fuente
 - costumbre *contra legem*, **contra** la ley. (La Compilación Navarra la acepta excepcionalmente)(Feb13)



- **Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la** **Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.**
Artículo 2. Las leyes de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra que se especifican a continuación quedan redactadas en la forma que se expresa:

“La Ley 2.Prelación de fuentes. En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente:

1. *La costumbre establecida por la realidad social navarra. (la primera)*
2. *Las leyes de la presente Compilación y las Leyes civiles navarras.*
3. *Los principios generales del Derecho navarro.*

Ley 3. Costumbre. La costumbre establecida y asentada en la realidad social navarra, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito (Feb13) siempre que no se oponga a la moral o al orden público. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales.”

Fuero General de Navarra.
Manuscrito siglo XIV



Tutor: @miguelgorbe

