

Lección 2. Fuentes del Derecho.

Sumario.

1. Las fuentes del Derecho: La Constitución de 1978. La ley y sus diferentes tipos. La costumbre. Los principios generales del Derecho. El valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico. Especial referencia al valor de las sentencias emanadas del Tribunal Constitucional.

Objetivos.

1. Que los estudiantes identifiquen las fuentes del Derecho Civil.

Las Fuentes del Derecho.

1. Concepto de fuentes del Derecho.

Cuando se habla de fuentes se tienen en cuenta, en primer lugar, las fuerzas sociales que producen de manera legítima dentro de una organización jurídica los distintos tipos de normas que constituyen el ordenamiento jurídico y la segunda es la que trata de establecer la forma de expresión o exteriorización que asume la norma.

Señala Kelsen, que: "*fuerza de derecho es un conjunto normativo que determina a su vez la producción de otras normas*". Las fuentes del derecho, son todas aquellas de las que se extrae el derecho. Si queremos obtener un concepto más técnico, diremos, que es una fuente del derecho (o fuerza social con facultad normativa) todo de donde salen las normas jurídicas que regulan la sociedad y son:

- Poder legislativo
- Costumbre

Las fuentes del derecho son por este orden: (artículo 1.1 del Código civil)

- 1º. Ley
- 2º. Costumbre
- 3º. Principios generales del derecho

Las fuentes se regulan constitucionalmente, y para ello hay que tener en cuenta un principio constitucional de validez, que es el Principio jerárquico de las normas: Supones que a las normas se le asignan un rango independiente de su forma, es decir, que la constitución es superior a cualquier ley y que la ley es superior a cualquier decreto.

a) **La Ley.**

La ley es una regla del derecho dictada de manera reflexionada y solemne por la autoridad legítima o bien común. No siempre el tratamiento que se hace al concepto de ley es uniforme, en ocasiones se denomina ley a todas las normas que sean escritas o no, otras veces vista en sentido amplio equivale a derecho objetivo, regulando todas las normas del ordenamiento jurídico. El tratamiento que hace el CC en su artículo 1. 1 engloba todas desde la Carta Magna, hasta las leyes ordinarias, y decretos y decretos legislativos. Resumiendo ley es aquella que emana del poder legislativo.

Principios jerárquicos de la ley.

- Constitución
- Leyes orgánicas (artículo 81 de la Constitución Española)
- Ley ordinaria
- Decreto ley
- Decreto legislativo (ordenación de materias complicadas)
- Decreto (Disposición del consejo de ministros, no tiene carácter de ley)
- Orden ministerial
- Reglamentos.

La Ley en sentido amplio contempla todas las normas escritas. Incluye.

- Nivel estatal:
 - 1º. Constitución 1978. Como norma jurídica, art 14 al 29 y 53.2 de la Constitución.
 - La ley en sentido estricto. Normas emanadas de un órgano legislativo.

Normas estatales.

- a. Leyes Orgánicas. Art 81 CE
- b. Especial referencia a los Estatutos de Autonomía, art 147 de la CE
Normas legales de origen autonómico. Determinación de las competencias autonómicas. Art 148-149 CE.

Normas con rango de ley emanadas del Gobierno Estatal o autonómico.
Decreto Ley. Ar 86 CE.
Decreto legislativo art 82 CE.

Los Tratados Internacionales, art 1.5 del CC. Art 96.1 CE.

Derecho de la Unión Europea.

- a) Derecho originario, Los Tratados.
- b) Derecho derivado.
 - Normas vinculantes: Reglamento, Directiva, Decisión.
 - Normas no vinculantes. Recomendaciones y Dictámenes.

Notas esenciales

La Constitución es democrática y popular como fruto de los partidos políticos y refrendada por el pueblo español, por ello el art 66.1 dispone que las Cortes Generales representan al pueblo español, existe el sufragio universal. Se establece la división de poderes: art 1 de la Constitución que se materializa de la siguiente forma:

- a) Potestad legislativa a las Cortes, 66.2 CE.
- b) Potestad ejecutiva. El Gobierno, art 97.
- c) Potestad judicial. Los jueces, magistrados y tribunales.

La soberanía es un poder único, pero el art 93 permite la posibilidad de cederla a organismos supranacionales, sin que ello signifique que el Estado español deje de ser soberano. *“ Al amparo de este precepto y mediante la Ley Orgánica 10/1985 de 2 de agosto se autorizó la adhesión de España a la Comunidad Europea.*

La Constitución goza de primacía por determinadas razones_

1. Fuerza derogatoria lo cual aparece porque la se aplican los principios de temporalidad: ley posterior deroga a la anterior, y jerarquía normativa (la ley superior deroga a la inferior). Sus efectos se producen respecto de todas las normas que son incompatibles con la misma y que estuvieren vigentes en ese momento y se extiende a las posteriores.
2. Superioridad formal, Por sus procedimientos para elaborarla y para reformarla.
3. Como norma se protege por los jueces. (art 9.1 CE).
4. Existencia del Tribunal Constitucional. Es el órgano intérprete de la Constitución, se sujeta solo a la misma y tiene su propia ley orgánica, pero no se sujeta al resto del ordenamiento jurídico.
5. Recurso de inconstitucionalidad. Es un mecanismo de control objetivo o abstracto sobre la constitucionalidad o no de una norma, con independencia de los casos específicos, tres meses después de la aprobación de la ley. (Presidente de gobierno, defensor del pueblo, 50 senadores, 50 diputados y en algunos casos Gobiernos y Parlamentos Autonómicos.
6. Cuestión de inconstitucionalidad. Recurso directo y concreto que se plantea con motivo de la aplicación de una norma, puede plantearla el juez exclusivamente cuando tenga dudas acerca de una norma, que deba aplicar a un caso concreto.
7. Recurso de amparo. Único recurso que puede ser interpuesto por los ciudadanos directamente ante el TC. Es un recurso de carácter extraordinario que sólo puede ser pedido en aras de la protección de derechos fundamentales y de los artículos 14 y 30.2 del CE, frente a vulneraciones de los poderes públicos.

Leyes orgánicas y leyes ordinarias.

Se diferencian por el grado de participación parlamentaria en el proceso de aprobación, modificación y derogación de las mismas. y por las materias que regulan.

Las primeras exigen la mayoría absoluta del Congreso sobre el conjunto del proyecto. Las segundas la mayoría simple de los votos emitidos.

Las materias. Las orgánicas. Regulan todo lo concerniente al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, la organización militar, el Defensor del pueblo, suspensión individual de derechos fundamentales, el orden sucesorio de la Corona.

Leyes autonómicas.

La nueva organización ha incluido los Estatutos de Autonomía y las leyes autonómicas.

Estatuto de Autonomía: Norma que fija la estructura organizativa básica de la Comunidad Autónoma. No vale más ni menos que la estatal, pero sólo podrá conocer las materias que le sean concedidas.

Decreto legislativo.

Las Cortes generales pueden delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias que no se exija Ley Orgánica (art 82 al 85, a eso se llama Decreto legislativo).

Decreto –ley. (art 82.1 CE).

En caso de urgente necesidad el Gobierno puede dictar estas disposiciones, con carácter provisional. Pero las mismas no pueden afectar derechos, deberes y libertades de los ciudadanos.

Reglamentos.

Actos normativos del Gobierno, existen jerarquías:

- a) Decretos. Procedentes del Consejo de Ministros.
- b) Órdenes. Dictadas por las comisiones delegadas del gobierno o por cada Ministro.
- c) Disposiciones de órganos inferiores. Circulares, resoluciones, instrucciones.

Tratados internacionales.

En el sistema de fuentes constitucionales los Tratados internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico español. Son fuente, sin necesidad de que se dicte alguna norma jurídica estatal para dar cumplimiento.

La posición jerárquica en la ordenación de fuentes arroja la subordinación a la Constitución de los Tratados Internacionales, art 95.1 CE, si un Tratado contiene estipulaciones contrarias a la CE, se exigirá la revisión. La CE prevé un control de constitucionalidad de los Tratados.

Derecho de la Unión Europea.

El art 93 de la CE abrió el camino a la integración de España en la UE, Leyes Orgánicas de 2 de agosto de 1985, y de 16 de nov de 1986 permitieron la ratificación y adhesión a los Tratados constitutivos de la UE y del Acta Única Europea que reformaba los Tratados constitutivos.

Así nace el llamado Derecho comunitario.

El originario es el que nace de los Tratados constitutivos, en el cual se diseña la estructura del mismo: Instituciones de la UE, y los principios básicos de libre circulación de personas, mercancías, medio ambiente, consumidor, etc.

El derivado. Se forma por las distintas fuentes. Reglamentos y Directivas.

Reglamentos. Es una norma general vinculante para todos los Estados miembros y directamente aplicable, sin que se tenga que hacer ninguna adaptación, y su entrada en vigor implica que sea inaplicable el Derecho interno del país en cuestión.

Directivas.

Es igualmente una norma general, pero a diferencia del Reglamento concede un plazo de incorporación a los Estados miembros, para que se puedan hacer las modificaciones en Derecho interno. En base al principio de autonomía institucional que significa que el Estado miembro es quien debe según sus normas internas determinar quién debe cumplir en su seno la obligación comunitaria y como hacerla. Si en este período de incorporación se produce una normativa contraria a la Directiva, se puede invocar ante los Tribunales nacionales el principio de interpretación del Derecho interno conforme a la norma.

La competencia en materia de turismo aparece recogida en el artículo 148.1.18º CE «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... 18º Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial», y todas las Comunidades Autónomas han convertido en realidad la posibilidad que dicho artículo 148 les ofrece.

La costumbre

Forma espontánea de creación del derecho y constituye la segunda fuente del ordenamiento jurídico, a la cual se tiene que recurrir únicamente cuando no existan leyes para aplicar. *“La costumbre es la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica”* (Vid. Sentencia 18 de abril de 1951).

Es una norma que aunque y generalmente empieza de forma casual, su uso repetido y la voluntad de la sociedad la convierte en una norma jurídica consuetudinaria.

Puede ser derogada por su desuso o por el empleo de otra posterior.

El Código civil no establece los requisitos de la misma. Entiende Albaladejo que se debe acudir en este sentido a los principios generales del derecho. Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1.3 del Código civil: *“la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no resulte contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada”*.

Caracteres de la misma. (desarrollados por Diez Picazo y Gullón).

- Son auténticas normas jurídicas, y se distinguen de las normas de cortesía.
- Deben su nacimiento a la voluntad no estatal.
- Su origen en los grupos sociales
- Es una fuente del derecho y nace independiente de la ley.
- Es subsidiaria

La [STSJ Valencia 29-5-1996 \(AS 1996, 1615 \)](#) , declara improcedente el despido de un trabajador al no conseguir demostrar la empresa que existe una **COSTUMBRE** en el sector que prohíbe el uso de barba a los trabajadores en contacto directo con el público. El trabajador, por el contrario, prueba que otros empleados también en contacto directo con el público llevan bigote y perilla de largo superior al suyo por lo que el Tribunal declara inexistente la **COSTUMBRE** alegada por la empresa.

Principios Generales Del Derecho.

Constituyen una fuente de derecho, y son como señala Albaladejo las Ideas fundamentales que informan el derecho positivo español que se contienen en las leyes y costumbres, y en última instancia aquellas directrices que derivan de la justicia.

Tomado de Diez Picazo: *“Los principios generales del Derecho no son exclusivamente, ni juicios de valor simplemente. Ni escuetos dictados de razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Estas normas gozan de una característica especial, no se encuentran fundadas en la autoridad del Estado, como la ley, ni en los usos o prácticas de determinadas fuerzas o grupos sociales como la costumbre. Tienen su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es ella el auténtico poder creador de las normas.*

Constituyen la última fuente del derecho y con ella se llenan las lagunas o vacíos que existen en el derecho legislado. Es importante señalar que en lo que respecta a la aplicación de los mismos deberán serlo cuando proceda por el Tribunal en cuestión. De ahí que cuando le conste al juzgador la existencia del mismo, la falta de la ley y costumbre debe juzgar tomando en consideración el citado principio, incluso aunque no haya sido alegado, por la misma libertad que tienen los Tribunales en general de fallar cada caso según la norma que consideren procedentes, en virtud del principio *iura novit curia*, que es un aforismo latino, que se traduce en que el juez *conoce el derecho, de manera tal que el juez conoce el derecho aplicable* y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en una litis lo que dicen las normas.

El principio, sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, y no los fundamentos de derecho aplicables. El juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa.

Funciones.

1. Constituye el fundamento de todo el ordenamiento jurídico.
 2. Son normas orientadoras de la función interpretativa.
 3. Constituyen un sistema de integración de las lagunas de la ley. Cuando no haya una ley aplicable a un punto controvertido y no existe tampoco norma consuetudinaria que no permita resolverlo, debe el juez decidir de acuerdo con los principios generales del Derecho.
2. Valor de la jurisprudencia como fuente del derecho.

El valor de la jurisprudencia podemos entenderlo en un doble sentido:

- 1º-. Manera de hablar de un juez a través de sus sentencias. Básicamente el Tribunal Supremo
- 2º-. Criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado a través de sus sentencias.

Concepto de jurisprudencia.

La forma más restrictiva es llamar jurisprudencia cuando provienen de los órganos jurisdiccionales a los que se les atribuye la misión de controlar la aplicación de la ley por estos y de uniformar los criterios. En España es la del Tribunal Supremo. Señala Vicente Montés al respecto: *“La expresión jurisprudencia ha venido significando el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho”*.

El Tribunal Supremo niega como tal el valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2001. De ahí que la Presidencia del Tribunal Supremo haya sentado el *“no carácter de fuente de la jurisprudencia*. Pero aboga por la necesidad de dotar a la misma de valor vinculante como atributo estrictamente funcional *“con vistas a la unificación de criterios para la mejor interpretación de la ley por el Tribunal Supremo”*.

Díez Picazo y Gullón: *“La función que se le asigna es la de complemento o integración del ordenamiento jurídico. No está entre las fuentes, pero las complementa”*.

Conceptos claves que hay que dominar. IMPORTANTE

- a) Entrada en vigor. Las normas entran en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, art 2.1 del CC.
- b) Vigencia de la norma. Es el período que media entre la entrada en vigor de la norma y la derogación. El plazo que media entre la publicación de la norma y la entrada en vigor se denomina *vacatio legis*.
- c) Retroactividad de la norma. Las normas jurídicas retroactivas contienen disposiciones cuyos efectos se proyectan en un tiempo anterior a la entrada en vigor de la norma en cuestión.
- d) Derogación. Dejar sin efecto una norma por la aprobación de una norma posterior.
- e) Aplicación. Constituyen el conjunto de actividades requeridas y necesarias para adecuar la realidad social a lo previsto o regulado en la norma.
- f) Analogía. Permite la aplicación de una norma para un supuesto que la norma no regula, pero guarda similitud o semejanza con otro supuesto regulado por la norma.
- g) Fraude de ley. Se produce cuando se elude el cumplimiento de la ley (ley defraudada) al amparo de unas normas dictadas(ley de cobertura) con una finalidad diferente