

PROGRAMA DE DERECHO E INFORMATICA

APENDICE 2. ESTRUCTURA JERARQUIZADA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LAS FUENTES DEL DERECHO

I.- LAS FUENTES DEL DERECHO. CONCEPTO

II.- CLASES

III.- JERARQUIA NORMATIVA

IV.- LA LEY

A) CONCEPTO

B) ELEMENTOS

V.- LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

A) CONCEPTO

B) ELEMENTOS

C) CLASES

D) VALOR JURÍDICO

E) PRUEBA DE LA COSTUMBRE

VI.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: CONCEPTO

VII.- JURISPRUDENCIA: CONCEPTO

I. LAS FUENTES DEL DERECHO. CONCEPTO.

La expresión fuentes del Derecho tiene muy diversos significados, empezando por el gramatical, lugar de donde mana el agua; en sentido jurídico, como causa última del Derecho, o fuerzas sociales que lo producen legítimamente, o forma de expresión o como fuente de conocimiento, el material utilizado para averiguar el contenido de las normas jurídicas.

No cabe definir fuente del Derecho unitariamente, en un sentido preciso técnico-jurídico, sino que -como hace toda la doctrina moderna- se distingue fuente material y fuente formal.

Fuente material es la fuerza o el poder social con facultad normativa creadora; los elementos que contribuyen a la creación del Derecho, de normas jurídicas; personas o grupos sociales que tienen la potestas normandi, o lo que es igual la potestad de elaborar leyes, tanto partidos políticos, como gobierno o como un grupo de ciudadanos que promuevan una ley o la reforma de alguna existente.

Fuente formal es la forma externa de manifestarse el Derecho positivo; la forma de exteriorización de la norma; el medio de establecer la norma, concretamente las leyes, los reglamentos, los códigos, la costumbre, etc.

La Fuente material del Derecho es el pueblo (el espíritu del pueblo, que ostenta la soberanía nacional (art. 1, 2º, de la Constitución) a través del poder legislativo del Estado, que radica en las Cortes Generales (arts. 66 y siguientes de la Constitución): crea las leyes, fuente formal.

También el pueblo, no en el sentido anterior, es fuente material del Derecho, cuando éste se manifiesta, como fuente formal, en la costumbre. Del conjunto de Ordenamiento se deducen los principios generales del Derecho, nacidos, pues indirectamente, también del espíritu del pueblo.

Fuentes formales, según el artículo 1 del Código Civil, son la ley, costumbre y los principios generales del Derecho; de las que se tratará con más detalle a continuación.

II. CLASES.

Aparte de la distinción entre fuente material y formal, que no son clases de fuentes, sino su distinción esencial, no hay clasificaciones de fuentes, sino enumeración. Las clases de fuentes, en el sentido de enumeración de las fuentes formales es la que debe analizarse.

Como ha quedado dicho, el artículo 1, apartado 1, del Código civil enumera las fuentes del Derecho: **ley, costumbre y principios generales del Derecho**. Otras presuntas fuentes, como la Jurisprudencia, la doctrina o la analogía y equidad no son fuente del Derecho, sino que aplican, estudian o interpretan una fuente formal, son las llamadas fuentes complementarias. El citado artículo 1, 1º, del Código civil dice: las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Aunque, también hay otras fuentes mencionadas en el propio artículo 1 CC (los Tratados Internacionales, en el apartado 5º) o no las expresa porque no existían al tiempo de dictarse dicho artículo, en 1974, (por ejemplo el Derecho comunitario europeo o el Derecho de las Comunidades Autónomas).

Partiendo de las clases de fuentes que admite el Código civil se puede hacer la siguiente enumeración de fuentes en general:

CONSTITUCIÓN de 6 de diciembre de 1978. No se trata de una fuente no prevista en el artículo 1 del Código civil, sino que la Constitución es como la ley de leyes; es una ley -ley suprema- y como tal, fuente del Derecho ("es una ley superior" dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981). Es la norma suprema del ordenamiento jurídico, dice el artículo 5 de la L.O.P.J., por ello ninguna norma de nuestro ordenamiento puede ir contra los principios que en ella se consagran.

En este sentido es norma suprema de toda la legislación, sus principios informan la interpretación de las demás fuentes del Derecho y parte de sus normas tienen aplicación directa. De esta manera las podremos ver invocadas en Sentencias y demás Resoluciones judiciales.

En relación con la Constitución, tiene importancia la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete de la Constitución y como elemento negativo de las fuentes del Derecho, anulando normas que vayan contra la misma.

LEY como fuente formal más importante del Derecho moderno. Puede ser LEY ORGÁNICA o LEY ORDINARIA. La primera se ocupa del desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y demás previstas en la Constitución (art. 81 de la Constitución). Las segundas pueden regular cualquier otra materia. Varía su procedimiento de elaboración: las orgánicas requieren mayoría absoluta en el Congreso (artículo 81,2º) y para las ordinarias basta la simple, así el Código Penal que regula la libertad del individuo, derecho fundamental de las personas es una Ley Orgánica y el Código Civil, que afecta a derechos no fundamentales es una Ley Ordinaria.

Con consideración de Ley nos encontramos.

A) TRATADOS INTERNACIONALES ratificados por España que, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento jurídico, tal como dispone el artículo

96 de la Constitución y el artículo 1, apartado 5º del Código Civil. Prevén su elaboración los artículos 93 y ss. de la Constitución, cuyo artículo 95 exige su constitucionalidad, hasta el punto que si el tratado tiene alguna estipulación contraria a la Constitución se exige la previa revisión constitucional; en caso de duda, se puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción, bien mediante la solicitud de informe, bien mediante la presentación de Recurso de Inconstitucionalidad.

Así ocurrió con la Constitución Europea que debió ser declarada constitucional por el Tribunal mencionado, antes de someterla a referéndum.

B) DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. Al ingresar España en la Comunidad Económica Europea, en virtud de su Tratado de Adhesión, forman parte del ordenamiento jurídico los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, empezando por el de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la misma, y posteriores que lo completan o modifican. España firmó el Acta de Adhesión el 12 de diciembre de 1985. Tales tratados son -con un paralelismo a nivel internacional- como la Constitución de la Comunidad y, como tal, no sólo obligan a los Estados que han firmado el Tratado, sino también pueden tener efecto directo sobre todos los ciudadanos de los países de la Comunidad, incluidos los españoles, siempre que contengan un mandato claro e incondicional. Los Tratados, como tales, deben haber sido publicados en el Boletín Oficial del Estado. El Derecho comunitario contenido en los tratados se conoce en la doctrina con el nombre de Derecho primario, de acuerdo con el mencionado paralelismo con la Constitución de un Estado. El Derecho derivado, subordinado y "derivado" del anterior, está formado por las normas emanadas de las instituciones dotadas de poder legislativo de la C.E., que, son la Comisión y el Consejo.

En este apartado se ha de hacer mención especial a la Constitución Europea, aprobada ya por España, pero pendiente de aprobación e incluso rechazada en otros países, lo que sin duda retrasará su entrada en vigor, la Carta Magna para los europeos, se considerará como la máxima Ley de todos los ordenamientos jurídicos, de tal manera que deberán estar sometidos a ella, y no podrán ser contrarios a sus principios.

Por último, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene el mismo valor que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en el ámbito del Derecho comunitario, así como en el nacional.

C) DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. El artículo 149, 1, 8º, de la Constitución reconoce competencia al poder legislativo de las Comunidades Autónomas, en Derecho civil, para conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil, foral o especial.

COSTUMBRE. que no sea contraria a la moral o al orden público, como expresa el artículo 1, apartado 3º, del Código civil.

La costumbre, dice el mismo artículo 1, apartado 3º, sólo regirá en defecto de ley aplicable. Estudiaremos la costumbre en trabajo de clase con la Sentencia que se adjunta al final de la lección.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. El artículo 1, apartado 4º, del Código civil los enuncia como fuente del Derecho, dándoles una aplicación subsidiaria y al mismo tiempo y contradictoriamente, reconociéndoles su carácter informador: los principios generales del

derecho se aplicará en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Tal como dice FEDERICO DE CASTRO y acepta toda la doctrina, los principios generales del derecho son inspiradores de todo el ordenamiento jurídico y han de ser tenidos en cuenta antes, durante, y después de las demás fuentes del Derecho. Es decir, como resume ALBALADEJO, los principios generales se aplican siempre y directamente en tercer lugar, en defecto de ley y costumbre.

III. JERARQUIA NORMATIVA.

Coexistiendo diversas fuentes formales del Derecho se hace preciso establecer su jerarquía normativa, es decir, su primacía y su subordinación respectivas, de acuerdo con su rango, que determina su eficacia.

Del artículo 1 del Código civil se desprende la jerarquía normativa que prevé: la ley, en primer lugar, en su defecto la costumbre y en defecto de una y otra los principios generales del Derecho, aunque ya antes se ha dicho el verdadero sentido de esta fuente. Pero a esta sencilla enumeración hay que sumar las demás fuentes antes enumeradas: Constitución, Tratados y Derecho comunitario europeo; no el Derecho de las Comunidades Autónomas, pues éste se integra en las mismas fuentes, siendo preferente el Derecho foral al Derecho civil común, en el ámbito territorial en que aquel se aplica.

La jerarquía determina, pues, como se ha dicho, la eficacia de la fuente; una que vaya contra otra de rango superior carece de eficacia.

IV. LA LEY.

A) CONCEPTO.

La palabra ley tiene diversos significados extrajurídicos (leyes morales, leyes económicas, leyes físicas, leyes de la naturaleza, etc.) que aquí no interesan.

No entran en el concepto de ley ni las Exposiciones de Motivos que la preceden, en muchos casos, aunque tienen un indudable valor interpretativo, ni los Proyectos de Ley, antes de ser aprobados.

En un sentido preciso, técnico-jurídico, se ha de partir de que la ley es una fuente formal del Derecho, es decir, una forma -la principal- de establecer la norma jurídica. Aunque, como tal fuente, está sometida a la Constitución. Por otra parte, tiene primacía -rango preferente- sobre la costumbre y sobre la aplicación directa de los principios generales del Derecho.

Es clásica, y, válida, hoy día, la definición de Santo Tomas de Aquino que, adaptándola al sistema actual de fuentes del Derecho y destacando la legalidad, generalidad y publicidad, ***define la ley como norma jurídica emanada del poder legislativo del Estado, de obligatoriedad general, debidamente promulgada.***

B) ELEMENTOS.

Del anterior concepto se deducen los tres elementos que lo informan o, como también se les denomina en la doctrina, sus caracteres o requisitos. Son la legalidad, la generalidad y la publicidad.

Primero: LEGALIDAD.

El artículo 9,3º de la Constitución declara que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La legalidad consiste esencialmente en que la Ley emane del poder legislativo del estado, el cual lo detentan las Cortes Generales, integradas por el Congreso y el Senado. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado.

La iniciativa legislativa la tienen: el Gobierno, el Congreso, el Senado, las Asambleas de las Comunidades Autónomas y la iniciativa popular (art. 87 de la Constitución). Una vez aprobada la ley por las Cortes Generales, el rey la sancionara, promulgara y ordenara su inmediata publicación (art. 91 de la Constitución).

Segundo: GENERALIDAD.

El elemento de generalidad significa que la ley tiene obligatoriedad general. Le ley tiene aplicación y obligatoriedad general. Puede ocurrir que en forma de ley, aprobada por las Cortes Generales, se dicte una norma de carácter particular (así, como ejemplo típico, una ley que concede una pensión extraordinaria a tal persona), en cuyo caso es ley impropia, ley que cumple la forma pero que carece del elemento de generalidad: se la llama “ley formal”, porque no crea Derecho, sino que sólo contiene un acto concreto, pero en forma de ley, en contraposición a la ley en sentido propio, llamada también “ley material”.

Tercero: PUBLICIDAD.

La ley debe ser publicada para que se tenga general conocimiento de la misma por la ciudadanía, y, por ende, obligatoriedad general. La Constitución garantiza -dice su artículo 9.3º- la publicidad de las normas. Y el Código civil, en su artículo 2,1º, subordina su entrada en vigor a la publicación: ***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.

La publicación consiste en la inserción completa de la ley en el Boletín Oficial del Estado y a partir de que termine su inserción completa (una larga ley puede venir en varios números seguidos) se entiende cumplido el elemento de publicidad y comienza el cómputo de veinte días para su entrada en vigor.

V. - LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO.

Fuente material del Derecho es la fuerza o el poder social con facultad normativa creadora y *fuentes formal*, la forma externa de manifestarse el Derecho positivo. Se ha dicho también que fuente material es el pueblo, a través del poder legislativo del Estado que manifiesta el Derecho en forma de ley, o directamente, que lo manifiesta en forma de costumbre. Es la costumbre una forma -fuente formal- de crear normas jurídicas, las consuetudinarias, de crear Derecho.

La costumbre es la forma espontánea y popular de la creación del Derecho o, en otros términos, la norma nacida de los propios hechos de la vida jurídica y especialmente de los usos uniformes.

La costumbre se diferencia de la ley y de las normas dictadas por los órganos del Estado en que éstas han sido establecidas por virtud de un acto expreso y reflexivo del poder legislativo y requieren un proceso de elaboración, una declaración y una promulgación y publicación, mientras que las normas fijadas por la costumbre surgen de manera espontánea por la actuación uniforme y continuada o habitual de los grupos sociales afectados por el fenómeno normado. La ley se dicta, la costumbre se vive. La ley, en el Derecho actual, adquiere vigor por su concreción por escrito y por su publicación, la costumbre rige aunque no se haya recogido por escrito y basta que sea comprobada por el uso manifiesto.

La costumbre es fuente del Derecho, en defecto de ley, como dice el artículo 1, apartado 2 del Código civil: es, pues, fuente subordinada a la ley, si bien, en casos concretos, la ley se remite, para regular un punto, a la costumbre.

A) CONCEPTO.

CASTRO la define como norma creada e impuesta por el uso social. Este concepto se ampliará con la definición de costumbre que se hace en la Sentencia que se adjunta con la presente lección, para su trabajo en clase, según las indicaciones que les daré.

B) ELEMENTOS.

Primero: Elemento material. El uso, consistente en la realización de una serie continuada de actos de una manera uniforme y duradera.

Segundo: Elemento espiritual. *Opinio iuris seu necessitatis*: convicción de la juridicidad o necesidad, es decir, la convicción de que tales actos realizados de tal manera es vinculante.

Tercero: Elemento moral. Que no sea contraria a la moral o al orden público, tal como exige el artículo 1, apartado 3°.

C) CLASES.

Costumbre contra legem, es aquélla que va contra lo que dispone la ley. No es fuente del derecho, pues la costumbre está subordinada a la ley: si un punto concreto está regulado por la ley, no cabe ser regulado por costumbre (la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable).

Costumbre secundum legem, es la que se refiere a un extremo ya regulado por la ley, dándole un determinado sentido, es decir, es la costumbre interpretativa. No es tampoco verdadera fuente del Derecho, porque no actúa en defecto de ley, sino que, simplemente, da una interpretación a la ley, verdadera fuente; cuya interpretación, por otra parte, no será vinculante.

Costumbre extra o praeter legem, es la costumbre que regula una situación no prevista por la ley. Es la verdadera fuente del Derecho, se aplica como tal, pues no hay ley aplicable a aquella situación. Es a la que se refiere el artículo 1 como fuente del Derecho: la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable...

D) VALOR JURIDICO. SUBSIDIARIO A LA LEY.

En el Derecho europeo continental (a diferencia del anglosajón –common law- en que predomina la costumbre o precedente, unido a la libertad del juez –case law- en la aplicación del Derecho) el valor jurídico de la costumbre es inferior y está subordinado al de la ley.

Así, el Código civil español establece este valor jurídico secundario en su artículo 1, apartado 3º, primer inciso: la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable. Por tanto, sólo tiene el valor de fuente del Derecho la costumbre extra o praeter legem.

No ocurre así en Navarra y en Aragón, en que es preferente a la ley ocupando el primer lugar en la prelación de fuentes.

E) PRUEBA DE LA COSTUMBRE.

El juez debe aplicar el Derecho que corresponda en el caso concreto que debe fallar, sin sujetarse necesariamente a las normas que le han sido alegadas. Lo cual se recoge en el aforismo *iura novit curia* y se aplica, plenamente, respecto a la ley.

Pero en la costumbre, el artículo 1, apartado 3º, último inciso, exige que resulte probada: así, la costumbre tiene valor jurídico en cuanto es probada. Hay que tener en cuenta que el primer elemento de la costumbre, el material, es el uso y éste es un hecho, que como tal hecho debe ser alegado y probado por las partes en el Proceso. Pero tampoco se puede olvidar que la costumbre es Derecho, fuente del Derecho, y como tal, el Juez debería aplicarla siempre. La Jurisprudencia dio importante interpretación a la prueba de la costumbre: mantuvo que, en principio, debe ser probada por la parte que la alega, pero "sin perjuicio de la facultad que tiene el juzgador de poder aplicar ex officio la costumbre cuando su vigencia le constare de ciencia propia". Por tanto, como conclusión respecto a la prueba de la costumbre, la parte que la alega debe probarla, pues el Juez o Tribunal no tiene el deber de conocerla. Pero si el órgano jurisdiccional la conoce, puede aplicarla de oficio, sin necesidad de prueba, e incluso puede averiguarla de oficio.

VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.

Ha habido dos posiciones encontradas sobre el concepto de los principios generales del Derecho: para la tesis *ius naturalista* son los de Derecho natural, constitutivos de la Justicia en abstracto o de un Derecho ideal, apreciados por la razón; para la tesis *ius positivista*, son los inspiradores del Ordenamiento jurídico positivo (no sólo el Código civil, sino todas las fuentes formales del Derecho) y que se deducen del mismo.

El artículo 1 incluye los principios generales del Derecho como fuente formal del Derecho (apartado 1º) y dispone (en el apartado 4º) que los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico.

Lo cual significa que, partiendo del concepto dado, la función y el valor jurídico de los principios generales del derecho es doble: primera, aplicación directa en defecto de ley o costumbre, como fuente subsidiaria; segunda, aplicación permanente, indirecta, a través de las demás fuentes del Derecho, por su carácter informador del Ordenamiento jurídico.

VII. LA JURISPRUDENCIA.

Actualmente, se da un doble concepto de Jurisprudencia. En sentido material, jurisprudencia es el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho. En sentido formal, es el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo.

La Jurisprudencia es sólo el conjunto de sentencias y el criterio o doctrina del Tribunal Supremo; no es jurisprudencia la proveniente de otros Tribunales u organismos, aunque con frecuencia se las llame así en lenguaje vulgar o incluso jurídico, pero poco preciso. No es, por tanto, jurisprudencia la que dicta la Dirección General de Registros y del Notariado, en sus resoluciones, de alto valor jurídico; ni tampoco la de las Audiencias; ni siquiera la del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de su valor vinculante. Sólo es jurisprudencia la del Tribunal Supremo, pero además debe ser de la Sala correspondiente a la materia de que se trate; en Derecho civil, de la Sala Primera. Por otra parte, para poder afirmar que existe un conjunto de sentencias y un criterio constante o una doctrina, es preciso que más de una sentencia resuelva una cuestión en el mismo sentido, con el mismo criterio: es decir, que sea reiterada, lo cual exige el propio Tribunal Supremo, para lo que bastan dos sentencias con la misma doctrina. No significa que tengan que darse casos idénticos, sino la misma cuestión que es resuelta con un mismo criterio.

La Jurisprudencia no es fuente del Derecho por el simple argumento de que no crea normas, no produce derecho positivo, no es un modo de manifestarse o exteriorizarse el Derecho. Ni tampoco vincula a los órganos jurisdiccionales inferiores ni al propio Tribunal Supremo -que puede cambiar de criterio- sin perjuicio de su importancia práctica de orientación.

La Jurisprudencia, aun no siendo fuente del Derecho, tiene extraordinaria importancia práctica (es usual la frase "la Ley reina y la Jurisprudencia gobierna") en su sentido de complementar las fuentes del Derecho: no crea fuentes (no dicta leyes, no origina costumbres, no inventa principios), pero las aplica, las fija, las aclara y las interpreta.