

## **LECCIÓN 2ª. LAS FUENTES DEL DERECHO.**

### **1) Las fuentes del Derecho.**

#### **1.1. El artículo 1ª del Código Civil.**

El concepto de “fuentes del Derecho” puede utilizarse en un doble sentido: las “fuentes del Derecho en sentido material” son las distintas entidades políticas y sociales que tienen la potestad de dictar normas jurídicas obligatorias (p. ej., las Cortes Generales, el Gobierno, los Parlamentos autonómicos, los grupos sociales, en el caso de la costumbre, etc.); las “fuentes del Derecho en sentido formal”, en cambio, son los distintos tipos de normas jurídicas (leyes, decretos, reglamentos comunitarios, etc.).

El art. 1.1 del CC determina cuáles son los tres tipos básicos de fuentes formales existentes en el Derecho español: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Estas fuentes han de servir de base para la resolución de cualquier problema que se suscite ante los Tribunales de Justicia, ya que, como establece el art. 1.7 CC, “los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

#### **1.2. Los principios de jerarquía y competencia.**

El ordenamiento jurídico español actual se caracteriza por su extraordinaria complejidad, derivada de la coexistencia de diferentes instancias políticas generadoras de normas jurídicas. Por eso, nuestro sistema vigente –a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la Constitución de 1978- no se articula exclusivamente sobre la base del principio de jerarquía normativa, sino que también ha de tenerse en cuenta el principio de competencia.

El principio de jerarquía aparece formulado en el art. 1.2 CC: “Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”. La jerarquía básica de las fuentes del ordenamiento español se corresponde con el orden en que aparecen mencionadas por el CC: en primer lugar la ley (concepto que a su vez incluye diferentes tipos de disposiciones, cada una con su propio rango), en segundo lugar la costumbre, y en tercer lugar los principios generales del Derecho.

Por su parte, el principio de competencia normativa puede definirse como aquel principio en virtud del cual la potestad de dictar normas sobre determinadas materias corresponde en exclusiva a ciertas instancias o entidades, cuyo ámbito competencial no puede ser invadido por otras. De este modo, el principio de competencia, y no el de jerarquía, es el que ordena la relación entre las normas emanadas del Estado, de las Comunidades Autónomas, y de la Unión Europea, ya que cada una de estas instancias tiene definido un ámbito competencial determinado, por un lado, en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por otro en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

### **2) La ley.**

En sentido amplio, la ley se diferencia de las demás fuentes del Derecho por ser una norma escrita; no obstante, el término “ley” se utiliza también en un sentido restringido para designar un tipo especial de normas escritas. Atendiendo a sus fuentes generadoras y a sus respectivos rangos, las leyes existentes en el ordenamiento español son las siguientes:

A) La Constitución de 1978: Es la norma suprema del ordenamiento jurídico español. En ella se contienen los principios fundamentales del Estado español, sus órganos e instituciones básicos, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y los fundamentos de la estructura autonómica del Estado. Todas las demás normas jurídicas están supeditadas a la Constitución, y carecen de validez en cuanto la contradigan; no obstante, en el caso de las leyes en sentido estricto (emanadas del Poder Legislativo), el único órgano que puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, y por tanto su nulidad, es el Tribunal Constitucional.

B) Los Tratados Internacionales: Son los acuerdos suscritos por el Estado español con otros Estados con arreglo a las normas del Derecho Internacional Público. Los Tratados vinculan al Estado español desde que son ratificados conforme a tales normas, pero sólo pasan a formar parte del ordenamiento interno –y, por tanto, son aplicables por los Tribunales españoles- con arreglo a lo que establece el art. 1.5 CC: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”. Una vez publicados, su rango es inferior a la Constitución, pero superior al de las leyes internas.

C) Las leyes (en sentido estricto) son las normas emanadas del Poder Legislativo (ya sea el estatal –las Cortes Generales- o el autonómico –los Parlamentos de las diferentes Comunidades Autónomas-). Existen dos tipos de leyes, que no guardan entre sí una relación de jerarquía, sino de competencia por razón de la materia:

-Las Leyes Orgánicas: Son las leyes que tienen por objeto el desarrollo directo de la Constitución. Entre ellas cabe mencionar, por ejemplo, las que desarrollan los derechos y libertades fundamentales, los órganos esenciales del Estado, el régimen electoral general y, muy especialmente, los Estatutos de Autonomía de las diferentes Comunidades Autónomas, donde se determinan las competencias asumidas por cada una de ellas. Las Leyes Orgánicas se caracterizan porque para su aprobación y modificación se requiere la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (art. 81 CE).

-Las Leyes Ordinarias: Son las leyes que recaen sobre las demás materias que no han de ser reguladas por ley orgánica por exigencia constitucional. En principio, es el mismo Poder Legislativo el que decide qué materias han de ser reguladas mediante una ley ordinaria, aunque la Constitución establece en ocasiones una reserva de ley para regular ciertas cuestiones. Las Leyes Ordinarias pueden ser aprobadas y modificadas por mayoría simple.

D) Normas con rango de ley dictadas por el Poder Ejecutivo. En ciertos casos previstos por la Constitución, el Gobierno puede dictar normas con rango de ley:

-Los Reales Decretos-Ley son normas que el Gobierno puede dictar, en virtud de una habilitación directa de la Constitución, en casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE). No pueden afectar a determinadas materias especialmente importantes y sensibles (como las instituciones básicas del Estado, los derechos y libertades de los ciudadanos, el régimen de las Comunidades Autónomas, o el régimen electoral general), y tienen una eficacia provisional, ya que en el plazo de un mes deben ser convalidados o derogados por el Congreso.

-Los Reales Decretos Legislativos son normas que el Gobierno puede dictar por delegación de las Cortes Generales en un caso concreto, siempre que no se trate de materias que han de ser reguladas por Ley Orgánica. Normalmente se utilizan para la

regulación de materias especialmente complejas desde el punto de vista técnico, a través de dos vías: la elaboración de Textos Refundidos destinados a reordenar y clarificar la regulación preexistente en una determinada materia, y la elaboración de textos articulados en desarrollo de Leyes de Bases previamente aprobadas por las Cortes (arts. 82 a 85 CE).

E) Los Reglamentos son normas de rango inferior a la ley que emanan del Poder Ejecutivo (es decir, el Gobierno y la Administración que de él depende, tanto en el ámbito estatal como autonómico, local o institucional), y que normalmente sirven para desarrollar de forma pormenorizada el contenido de las leyes o para regular cuestiones no abordadas por el Poder Legislativo. Los más importantes son los Reales Decretos (que son aprobados por el Consejo de Ministros), y las Ordenes Ministeriales (que son aprobadas por cada uno de los Ministros). Por debajo de ellos, existen muchos otros tipos de reglamentos, cuyo rango depende del órgano que los haya dictado (resoluciones, instrucciones, circulares, etc.).

### **3) La costumbre y los principios generales del Derecho.**

#### **3.1. La costumbre.**

La costumbre (o norma consuetudinaria) es aquella norma jurídica creada por una determinada colectividad social (ya sea territorial, profesional, o de otro tipo) mediante la observancia de una conducta generalizada, uniforme y continuada en el tiempo, con la convicción de estar realizando una conducta obligatoria; éste último dato permite diferenciar a la costumbre, entendida como norma jurídica, de otros usos y costumbres de carácter meramente social. La importancia de la costumbre hoy en día es mucho menor que la que tuvo en otros tiempos, aunque sigue teniendo cierta relevancia en determinados sectores (p. ej., en el ámbito rural y en el mundo de los negocios y las relaciones entre empresas).

La costumbre es fuente supletoria de primer grado, ya que sólo cabe recurrir a ella cuando no haya ley aplicable al caso, siempre que se den en ella los requisitos que establece el art. 1.3 CC: “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”. Esta última exigencia constituye una diferencia importante respecto a la ley, ya que el contenido de ésta no debe ser probado para que los Tribunales la apliquen; en cambio, quien pretenda que un Tribunal resuelva un asunto aplicando una costumbre debe probar ante él la existencia, contenido y vigencia de la misma.

#### **3.2. Los principios generales del Derecho.**

Los principios generales del Derecho son aquellas reglas básicas o fundamentales que se inducen de la observación del ordenamiento en su conjunto, y que, según los casos, responden a criterios de justicia o a criterios de carácter esencialmente técnico. En ocasiones, los principios generales han sido expresamente formulados en normas escritas (p. ej., el principio de buena fe), pero otras veces no (p. ej., el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa). Su papel en el ordenamiento jurídico es doble: por un lado, son fuente supletoria de segundo grado, lo que significa que los Tribunales habrán de resolver aplicando los principios generales cuando no haya ni ley ni costumbre aplicables al caso concreto; por otro, tienen un carácter informador del ordenamiento jurídico, lo que significa que los Tribunales deben tener presentes los principios generales a la hora de interpretar y aplicar las leyes y las costumbres, con objeto de dar a éstas su verdadero significado. Así se deduce del art. 1.4 CC cuando

establece: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

#### **4) La jurisprudencia.**

La jurisprudencia es el conjunto de criterios manejados de forma reiterada por los Tribunales de Justicia al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho en la resolución de los asuntos sometidos a su consideración.

La jurisprudencia no es fuente del Derecho, ya que los Tribunales no tienen por misión crear normas, sino aplicarlas al dictar sentencia en cada caso concreto; por eso, la jurisprudencia no tiene un carácter obligatorio o vinculante, ni para los Tribunales inferiores, ni para el propio Tribunal que la ha desarrollado, ya que –como ha establecido el Tribunal Constitucional- un Tribunal puede en cualquier momento modificar su jurisprudencia anterior, siempre que lo motive adecuadamente (para no infringir el principio de igualdad ante la ley).

No obstante, es indudable que la jurisprudencia tiene una extraordinaria importancia práctica, ya que lo cierto es que los Tribunales no suelen apartarse de su propia jurisprudencia ni de la de los Tribunales superiores. La mayor o menor importancia de la jurisprudencia depende, lógicamente, del Tribunal del que procede. En España resulta especialmente importante la que emana del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, y de ciertos Tribunales Internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A la jurisprudencia del TS, especialmente importante para el Derecho Privado, se refiere el art. 1.6 CC: “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”.

#### **5) El Derecho Comunitario.**

##### **5.1. La estructura orgánica de la Unión Europea.**

La distribución de los tres poderes clásicos (legislativo, ejecutivo y judicial) en el seno de la Unión Europea no se corresponde exactamente con la que se da en los países democráticos de nuestro entorno, sino que presenta importantes peculiaridades:

-El poder legislativo se atribuye conjuntamente al Parlamento Europeo (elegido por sufragio universal por los ciudadanos de los diferentes países miembros) y al Consejo de Ministros (que representa a los Estados miembros a través de sus Gobiernos, y está formado por los Ministros de Asuntos Exteriores de cada uno de ellos o, cuando se aborden materias concretas, por los Ministros del ramo correspondiente). Ambas instituciones deciden también la política presupuestaria de la UE.

-El poder ejecutivo corresponde a la Comisión, que viene a ser el Gobierno de la Unión Europea, y que defiende los intereses generales de ésta, garantizando el cumplimiento de la legislación europea. También asume la iniciativa en la elaboración de las normas.

-El poder judicial está residenciado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, que, entre otras funciones, está encargado de fijar la interpretación de las normas que integran el Derecho Comunitario con arreglo a

los Tratados constitutivos. Es importante señalar, no obstante, que la aplicación del Derecho comunitario es responsabilidad de los Jueces y Tribunales nacionales, como parte integrante de sus respectivos ordenamientos internos.

Al margen de los órganos citados, hay que citar también, como máximo órgano político de la UE, el Consejo Europeo, formado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los diferentes países miembros, y que se reúne tres veces al año.

## **5.2. Las fuentes del Derecho Comunitario.**

Las normas que conforman el Derecho de la Unión Europea pueden clasificarse en dos grandes grupos:

A) El Derecho Comunitario “primario u originario” está formado por los Tratados Internacionales constitutivos de la Unión Europea. Los más importantes son los siguientes:

-El Tratado de París de 1951, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

-El Tratado de Roma de 1957, por el que se crea la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM).

-El Acta Unica Europea, de 1986, que completó la implantación del mercado interior.

-El Tratado de Maastricht de 1992, por el que se crea la Unión Europea, y se amplían sus objetivos para abarcar, no sólo la integración económica, sino también la cooperación en materias tales como la defensa, política exterior, justicia y seguridad.

-El Tratado de Amsterdam de 1997, que reordenó el contenido de los Tratados.

-El Tratado de Niza de 2001, que tuvo por objeto fundamental readaptar el funcionamiento de la UE con vistas a su próxima ampliación mediante la incorporación de los países del Este, consumada finalmente en los años 2004 y 2007.

-El Tratado de Lisboa de 2007, que pretende resolver la crisis generada por la frustración del proceso de elaboración de una Constitución Europea. En él se adoptan medidas para reforzar la transparencia democrática y la eficacia en la adopción de decisiones por parte de los órganos de la UE.

-Los diferentes Tratados de adhesión firmados por los distintos países que sucesivamente se han ido incorporando a la Comunidad. España y Portugal se adhirieron en 1986 a través del Tratado de Madrid de 1985.

B) El Derecho Comunitario “derivado” está formado por el conjunto de normas emanadas de los órganos de la Unión Europea, en ejercicio de las competencias normativas que les son atribuidas por los Tratados constitutivos. Su publicación se realiza a través del Diario Oficial de la Unión Europea. Al margen de otras disposiciones no vinculantes (como los Dictámenes o las Recomendaciones), las normas comunitarias más importantes, por tener un carácter vinculante, son las siguientes:

-Los Reglamentos: Son normas de carácter general, aplicables a todos los Estados y a todos los ciudadanos de la UE; y son inmediatamente obligatorias, sin necesidad de ser previamente incorporadas a los ordenamientos internos. Tienen por objeto uniformizar la regulación de todos los países respecto a una determinada materia.

-Las Directivas: Son también normas de carácter general, aplicables a todos los Estados y a todos los ciudadanos de la UE; pero no son inmediatamente obligatorias,

sino que se limitan a imponer a los diferentes Estados determinados objetivos que éstos han de realizar en un plazo determinado, dejándoles libertad para determinar el modo en que han de conseguirse en los respectivos ordenamientos internos. La incorporación del contenido de una Directiva al ordenamiento interno se denomina “transposición”. Las Directivas, que son especialmente importantes en materia de Derecho Privado, tienen por objeto armonizar la regulación de los diferentes países respecto a una determinada materia, sin llegar a uniformizarla.

-Las Decisiones: Son disposiciones de carácter inmediatamente obligatorio, pero que no tienen un carácter general, sino que van dirigidas a Estados o individuos concretos.