

TEMA II

1.-LAS FUENTES DEL DERECHO.

La expresión fuentes del Derecho es utilizada en diversos sentidos, unas veces se habla de fuente legitimadora del Derecho en el sentido de que el ordenamiento jurídico debe tener la justicia como principio inspiratorio, y basarse en las ideas universales derivadas del Derecho natural. En un sentido menos elevado, se habla también de fuentes de conocimiento del Derecho para referirse a los medios de los que se valen los juristas para conocer el Derecho positivo de una determinada comunidad, en un momento histórico también determinado. Si embargo, los dos sentidos más importantes en que se utiliza la expresión fuentes del Derecho, son el sentido MATERIAL y el sentido FORMAL.

En el sentido MATERIAL, son fuentes materiales del Derecho aquellas instituciones o grupos sociales con capacidad para crear normas jurídicas, que son como veremos: el poder legislativo, a través de las Cortes Generales y de los Parlamentos o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; el poder ejecutivo, mediante disposiciones dictadas por el Gobierno; e incluso el propio pueblo, a través de la creación de costumbres y usos obligatorios.

En el sentido FORMAL, se habla de fuentes formales del Derecho para referirse a los modos o formas en que el Derecho se manifiesta externamente. A este respecto, el art. 1º.1 del Código Civil establece que las fuentes del ordenamiento jurídico español son: la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Que son las fuentes formales indiscutidas por tener reconocimiento en el propio ordenamiento. Al lado de estas, hay otras posibles fuentes, más o menos discutidas que no tienen reconocimiento normativo, pero que presentan una importancia innegable en el sistema jurídico moderno, como por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero el art. 1º.1 del Código Civil, no solo establece las fuentes formales del ordenamiento jurídico español expresamente reconocidas, sino que determina también su jerarquía o prelación, jerarquización que también exige de forma expresa el art. 9º.3 de la Constitución española cuando dice que la Constitución garantiza la jerarquía normativa.

De este modo, la Ley es la primera fuente formal del ordenamiento jurídico español, y por ello la costumbre sólo será aplicable en defecto de Ley, y sólo se podrá recurrir al auxilio de los principios generales del Derecho cuando no hay ni Ley ni costumbre aplicables.

2.-FUENTES FORMALES INDISCUTIDAS EN ORDEN JERÁRQUICO: LA LEY Y SUS CLASES.-

Aunque la Ley tiene múltiples acepciones, se puede afirmar que todas ellas vienen a recaer en un mismo principio, la Ley es una norma de conducta, ya sea física, moral, social o propiamente jurídica. Pero aún centrándonos más en el ámbito propio del Derecho, tampoco la palabra Ley presenta un único significado, porque hay que distinguir un sentido estricto y un sentido amplio.

EN SENTIDO ESTRICTO, la Ley es la norma escrita, de carácter general emanada del Poder Legislativo, es decir, las Cortes Generales en el ámbito del Estado, y los Parlamentos o Asambleas Legislativas en el ámbito de las Autonomías.

EN SENTIDO AMPLIO, se deben comprender en la palabra Ley todas las normas escritas de carácter general dictadas por los poderes constituidos.

LEYES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL EN SENTIDO AMPLIO. – La constitución del

27/12/1.978, publicada en el B.O.E del 29/12/1978, es nuestra Ley más importante, es Ley de Leyes, en la que se encuentran los principios fundamentales que sirven de soporte a todo el Ordenamiento Jurídico español. De acuerdo con el art. 1º.1 de la propia constitución, los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político constituyen los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico.

LA CONSTITUCIÓN, CARACTERÍSTICAS Y CONTENIDO:

- Es una Constitución bastante larga, se compone de 169 artículos divididos en 11 títulos, conteniendo además un preámbulo, 4 disposiciones adicionales, 9 disposiciones transitorias, una derogativa y una final.
- Debe destacarse que la Constitución española no es original ni novedosa, ya que siguió muy de cerca los modelos constitucionales europeos preexistentes.
- Su imprecisión y ambigüedad es fruto de la ineludible necesidad de buscar un consenso entre las diversas fuerzas políticas con el fin de alcanzar soluciones de compromiso. Aunque en principio la imprecisión choca con la idea de seguridad jurídica sobre la que se asienta el Derecho, sin embargo desde otro punto de vista, presenta el aspecto positivo de que al no responder a una sola sino a diferentes ideologías permite que gobiernen, respetando la Constitución, fuerzas políticas de muy distinto signo.
- Se trata de una Constitución muy rígida, rigidez que se manifiesta en diversos aspectos, pero fundamentalmente en que sólo se puede reformar a través de un procedimiento sumamente estricto que establece la propia constitución.

Nuestra Constitución regula fundamentalmente los siguientes puntos:

- Los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos españoles.
- La institución de la Corona, perfilando la figura del Rey, la sucesión a la Corona y la Regencia.
- Las Cortes Generales, tanto Congreso como Senado, y el procedimiento de elaboración de las Leyes.
- El Gobierno, su composición, nombramiento y destitución de sus presidentes y la Administración Pública.
- Las relaciones entre Gobierno (P. Ejecutivo) y Cortes Generales (P. Legislativo).
- El Poder Judicial, instituyendo la figura fundamental del Tribunal constitucional.
- Las Administraciones municipal, provincial y autonómicas
- El procedimiento de reforma de la Constitución.
- La Constitución económica, es decir el conjunto de medidas que en materia económica, establece la Constitución. A este último respecto, en principio hay que decir que a diferencia de otras constituciones europeas, la española no es neutral en materia económica: establece un modelo económico de economía social de mercado, coincidente con el Estado Social y democrático de Derecho que según el art. 1º.1 es España. Los principios de la economía social de mercado son:
 - El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1).– Este principio fundamental está matizado en la propia Constitución de la siguiente forma: La propiedad privada y la herencia estarán delimitadas por su función social como establece el art. 33.2 . Y toda la riqueza del país en sus distintas formas y cualquiera que fuese su titularidad está subordinada al interés general (art. 128.1).
 - El reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, imponiendo a los

poderes públicos que garanticen y protejan la productividad empresarial (art. 38).– También este principio se hay matizado por la Constitución en los siguientes sentidos: por la posibilidad de que el Estado, mediante Ley, y por circunstancias extraordinarias pueda planificar la actividad económica general (art. 38 y 131.1), por el reconocimiento de que junto a la iniciativa privada pueda intervenir la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.29) y por la exigencia de que los poderes públicos promuevan las distintas formas de participación de los trabajadores en las Empresa, facilitando el acceso de los mismos a la propiedad de los medios de producción (art. 129.25).

– Una novedad contenida en la constitución española en comparación con las Europeas, es la necesidad de que los poderes públicos garanticen la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51).

LEYES EMANADAS DEL PODER LEGISLATIVO.LEYES EN SENTIDO AMPLIO.

Son las dictadas por las Cortes Generales y Parlamentos o Asambleas Legislativas Autónomas. Según la Constitución española vigente, las normas legales emanadas de las Cortes Generales, pueden asumir la forma de Leyes orgánicas y de Leyes ordinarias.

Según el art. 81.1 de la Constitución, son LEYES ORGÁNICAS las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el Régimen electoral central y las demás previstas en la Constitución. Por su parte el art. 81.2 exige para que las Leyes orgánicas puedan ser aprobadas, modificadas o derogadas, el voto de la mayoría absoluta del congreso en una reunión final sobre el conjunto del proyecto de ley, es decir que se exige el voto favorable de la mitad más uno del total de diputados, con independencia del número de los asistentes e la sesión de votación.

Las LEYES ORDINARIAS, son aquellas que recaen sobre las materias que no están reservadas a las Leyes orgánicas, es decir que son las Leyes más genéricas y comunes. A diferencia de las orgánicas, las ordinarias solo requieren para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría simple de los miembros presentes en la sesión respectiva de ambas cámaras. Es decir, que se exige el voto favorable de la mitad más uno de los diputados presentes el día de la votación en el Congreso y de los senadores el día de la votación en el Senado.

Debemos completar este análisis, diciendo que la Constitución de 1.978, admite junto al Estado Central, la existencia de diversas Comunidades Autónomas con Parlamento o Asamblea Legislativa propios y que lógicamente pueden dictar leyes que reciben el nombre de LEYES AUTONÓMICAS.

Leyes Autonómicas.– Son aquellas leyes aprobadas por los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas que tienen vigencia en su territorio respectivo, y que deben recaer sobre materias que sea de su competencia, y que se encuentren transferidas por el Gobierno Central.

DISPOSICIONES NORMATIVAS CON RANGO DE LEY DICTADAS POR EL PODER EJECUTIVO. LEYES EN SENTIDO AMPLIO. Son las disposiciones Generales con rango y fuerza de Ley, Dictadas por el Poder Ejecutivo (Gobierno).

Pese a que con carácter general se acepta el principio de la división de poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, y que se atribuye al Legislativo la facultad de dictar leyes, en todos los países se admite la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte disposiciones con rango de Ley. Tal posibilidad se justifica por el hecho de que la tramitación en los Parlamentos legislativos de las Leyes resulta compleja y duradera, y por ello hay que aceptar que bajo ciertos controles, el Poder Ejecutivo pueda dictar disposiciones con rango de Ley en los supuestos de complejidad técnica o de urgencia.

Conforme a la legislación actual, las disposiciones legales autorizadas al poder ejecutivo son dos:

DECRETO LEGISLATIVO.– Según el Art. 82 de la constitución se permite a la Cortes Generales

(poder)legislativo estatal) delegar en el Gobierno (poder ejecutivo) la posibilidad de dictar normas con fuerza de Ley sobre materias determinadas, no reservadas a leyes orgánicas y que suelen resultar de una especial complejidad técnica.

Esta delegación legislativa deberá otorgarse al Gobierno de forma expresa, para materia determinada y con fijación del plazo para su ejercicio.

La delegación legislativa podrá consistir en la formación de un texto legal nuevo: se realizará mediante una ley de bases, en la que el legislativo fija las reglas básicas que debe seguir el ejecutivo. O en la refundición en un sólo texto legal de varios ya existentes, mediante una ley ordinaria.

DECRETO–LEY.– Se regula en el Art. 86 de la Constitución que establece, que en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrán dictar disposiciones legislativas provisionales en forma de Decretos–Leyes, que no podrán afectar a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al régimen de las Autonomías ni al sistema electoral general. Dada su provisionalidad, los Decretos–Leyes una vez promulgados deben ser sometidos al control del Congreso de los diputados, antes de que transcurra el plazo de 30 días para que determine su convalidación o derogación.

Existe una serie de disposiciones dictadas por el Gobierno y por la Administración en forma de decretos o posibles decretos, órdenes de las comisiones delegadas del gobierno, órdenes ministeriales y resoluciones y disposiciones de autoridades y órganos diferentes, que no pueden ser calificadas como leyes, aunque si son normas jurídicas de carácter reglamentario, son por lo tanto REGLAMENTOS.

Los reglamentos son normas jurídicas dictadas por escrito por la Administración para la ejecución, desarrollo o complemento de las leyes. Son por tanto, normas secundarias inferiores y complementarias de las leyes.

3.–PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA.

El Principio de Jerarquía Normativa exigido por el Art. 9.3 de la Constitución no sólo se refiere a las fuentes del Derecho en general, sin también a cada fuente en particular. Por ello debemos establecer el orden jerárquico de las leyes.

La Constitución como norma superior del Ordenamiento Jurídico, ocupa el vértice de la jerarquía legislativa, en su consecuencia, todas las leyes y disposiciones normativas con forma de ley quedan sometidas a la Constitución. Las Leyes ordinarias, los Decretos Legislativos y los Decretos–Leyes se encuentran situados jerárquicamente por debajo de las Leyes orgánicas. Entre las leyes estatales y las autonómicas, no deben plantearse problemas de jerarquía, ya que estas últimas deben recaer sobre materias transferidas y que según su estatuto sean competencia de la respectiva Comunidad Autónoma. Por último, los reglamentos, al no ser leyes, deben quedar sometidos a todas las leyes y disposiciones con fuerza de ley.

PUBLICACIÓN DE LAS LEYES Y DEMÁS DISPOSICIONES NORMATIVAS.

Los ordenamientos jurídicos democráticos no admiten la existencia de disposiciones normativas secretas, por tanto, toda norma jurídica escrita debe ser publicada para que su mandato normativo pueda ser conocido, al menos teóricamente, por todos los ciudadanos.

A este respecto, el art. 9.3 de la constitución, establece que la misma garantiza la publicidad de las normas, pero ya con anterioridad el art. 2º del código civil, exigía también con carácter necesario la publicación completa de las leyes.

Desde la Constitución de 1.978, las disposiciones normativas estatales se publican en el B.O.E. y las autonómicas en el B.O. de la Comunidad de que se trate.

ENTRADA EN VIGOR DE LAS LEYES.

Según el art. 2º del Código Civil, las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su publicación en el B.O.E., si en ellas no se dispone otra cosa. Por tanto, serán las propias leyes las que fijen libremente su entrada en vigor, ya que el plazo de 20 días al que se refiere el Código Civil, sólo entrará en juego cuando las leyes no dispongan otra cosa.

LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LAS LEYES

La derogación de una ley equivale a su pérdida de vigencia. Existen leyes que establecen su periodo de vigencia, como son las leyes de los presupuestos generales del Estado. A estas leyes las denomina el Código Civil en su art. 4º leyes de ámbito temporal. Lo más frecuente es que las leyes no tengan límite temporal y su vigencia se proyecte temporalmente hasta que una nueva ley las contradiga o las derogue; en este sentido, el art. 2º.2 del Código Civil establece que las leyes sólo se derogarán por otras posteriores. Definiremos entonces derogar como la capacidad de dejar sin efecto o vigor una ley por publicarse otra que regula los mismos supuestos y materias. La derogación puede ser total (si la nueva ley deja absolutamente privada de vigencia a la ley anterior) o parcial (si solamente se priva de vigor en parte/s).

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.

Para derogar una ley, hay que dictar y publicar otra nueva, el problema radica en si la nueva ley podrá regular situaciones jurídicas producidas anteriormente a su entrada en vigor o si por el contrario sólo podrá regular las nacidas con posterioridad. Es el problema de la irretroactividad de las leyes que las mismas tratan de resolver mediante el establecimiento de disposiciones transitorias que se refieran a los problemas que puede plantear el cambio de una ley a otra, el tránsito de la antigua a la nueva ley. Estas disposiciones transitorias no pueden ser infinitas ni tan completas que resuelvan todos los problemas del tránsito de una ley a otra, por ello todos los Ordenamientos Jurídicos democráticos contienen una regla general favorable al principio de irretroactividad de las leyes. En nuestro Derecho, este principio se encuentra formulado en el art. 9º.3 de la Constitución cuando dice que la misma garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Ya con anterioridad, el Código Civil en el art. 2º3 establece que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario. De la redacción de estos dos preceptos, se deduce claramente que el principio de irretroactividad de las leyes en nuestro Derecho no es una regla absoluta, porque la Constitución no la impone con carácter general sino frente a disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos fundamentales y también porque el Código Civil admite que las propias leyes pueden disponer su irretroactividad.

4.-OTRAS FUENTES DEL DERECHO

La *costumbre*: Según la jerarquía normativa, la segunda fuente de nuestro Ordenamiento Jurídico es la costumbre. La nota distintiva fundamental entre ley y costumbre se encuentra en su procedencia, pues la ley procede de los poderes legislativo y ejecutivo que la propia sociedad crea y la costumbre procede de la sociedad misma que mediante la observación continuada de una conducta acaba por imponerla como precepto. Otra diferencia radica en que la ley es norma escrita y la costumbre no lo es, esta circunstancia determina que la ley sea una fuente más segura que la costumbre.

La costumbre es el modelo concreto de una conducta observada reiteradamente por una comunidad que desea que también sea observado en lo sucesivo. En la costumbre hay dos elementos fundamentales: El material (reiteración de un determinado comportamiento) y el espiritual (elevación de ese comportamiento a modelo de conducta)

La costumbre constituyó la primera fuente del Derecho en sus primeras etapas en las que no se daban las exigencias actuales y los modelos tradicionales de comportamiento eran los apropiados para las circunstancias

imperantes. Actualmente, la costumbre tiene una importancia relativa y secundaria. Las principales características de la costumbre son:

- Es una fuente de carácter subsidiario, lo que supone que la costumbre sólo es aplicable en defecto de ley y también que es una fuente del Derecho porque así lo determina la ley, que fija las condiciones que la costumbre ha de reunir.
- Es una fuente secundaria en el sentido de que el art. 1º3 del Código Civil exige que quien pretenda que se aplique en juicio una costumbre debe probar su existencia y vigencia.
- Tradicionalmente tenía que ser racional, no contravenir los principios de la razón y del derecho natural. Como consecuencia, el art.1º.3 del Código Civil exige que la costumbre no sea contraria a la moral y el orden público.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Según el art. 1º.1 del Código Civil sólo son aplicables en defecto de ley y costumbre. La inclusión de los principios generales del Derecho como fuente del Ordenamiento Jurídico tiene como fin que los Jueces tengan plena libertad para resolver un juicio en el que no hay ley ni costumbre aplicable. En estos casos el Juez no puede actuar como personalmente entienda, sino que ha de acudir a la tercera fuente. Los principios generales del Derecho son los principios básicos que inspiran todo nuestro Ordenamiento Jurídico. La generalidad y vaguedad de estos principios permiten a los Jueces actuar con un amplio margen de libertad; dichos principios se integran en los principios del derecho natural y los principios lógico-positivos. En España actualmente, una gran parte de los principios del derecho natural se encuentran recogidos en la Constitución y por tanto se aplican por ser principios constitucionales y no por ser generales del derecho. Los principios lógico-positivos son los deducidos de nuestro derecho positivo vigente y se encuentran recogidos en las leyes y costumbres.

5.-LOS TRATADOS Y LA JURISPRUDENCIA.

LOS TRATADOS: El Convenio de Viena de 1969 concibe el Tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados que quedan vinculados al acuerdo regido por el Derecho Internacional, pudiendo estar formado por uno, dos o más instrumentos. El Tratado Internacional se rige por las normas del Derecho Internacional y vincula obligatoriamente a las partes, debiendo ser cumplido de acuerdo con las exigencias de la buena fe. La Constitución española establece en el art.96.1 que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. El art.1º.5 del Código Civil determinaba que 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 B.O.E.

LA JURISPRUDENCIA: En el Derecho español se denomina jurisprudencia al criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado por el Tribunal Supremo en sus sentencias. El art.1º.6 del Código Civil dispone que la jurisprudencia complementará Ordenamiento Jurídico con la doctrina que reiteradamente establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los propios principios generales del derecho. Ante la redacción de este precepto, resulta evidente que el legislador español no ha querido incluir la jurisprudencia dentro del sistema general de fuentes incluso cuando reconoce su importante misión como complemento del Ordenamiento Jurídico. Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen valor normativo y vinculante para los demás tribunales, ya que la ley orgánica del poder judicial dispone que los jueces y tribunales interpretarán las leyes y reglamentos conforme a los principios resultantes de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

