

TEMA 2 “LAS FUENTES DEL DERECHO”

- Concepto

- Para estudiar la norma jurídica debemos encontrar su origen, y así tendremos un verdadero concepto.

CICERÓN hablaba de las fuentes de las leyes y el derecho.

TITO LIBIO calificaba a la ley de las XII Tablas como: “Fuente de todos los derechos públicos y privados”.

SAVIGNY y PUGHTA hablan del tema de las fuentes. El primero que habla de las fuentes es SAVIGNY.

PUGHTA lo pone por escrito en su “Derecho consuetudinario” y habla de tres tipos de fuentes del derecho (1829):

-Derecho científico, producción de los profesores de universidad.

-Derecho consuetudinario.

-Legislación, derecho pasivo.

El término fuente está ligado al término origen del derecho.

DE CASTRO: “Las fuentes son fuerza social con propia potestad normativa creadora”.

DÁEZ PICAZO: “Al enfrentarnos al tema de las fuentes del derecho tratamos de aclarar la forma o el mecanismo de expresión de la norma jurídica”.

IGNACIO DE OTTO: “La expresión fuentes del derecho alude a aquello de lo que el derecho procede. La pregunta acerca de una norma nos remite a las preguntas ¿Para qué? ¿Por qué? Con la expresión *fuentes del derecho* se designa la propia voluntad normadora, esto es, el acto al que conduce el ejercicio de la voluntad normadora del órgano habilitado para ello por el ordenamiento jurídico. Fuentes son los llamados normativos, aquellos a los que el ordenamiento concede virtualidad de producir una norma jurídica”.

KELSEN: “Fuentes del derecho en sí mismo, un conjunto normativo, un conjunto de normas jurídicas que determinan el modo de producción de otra norma”.

¿Cómo es posible que el derecho establezca sus fuentes? Se hace una distinción de fuente jurídica originaria que es el poder legislativo. ¿Quién tienen la facultad de crear normas? Se trata de reconocer dos ámbitos de poder:

-Poder ordenar.

-Poder hacer cumplir lo ordenado.

¿Cuáles son las formas que el derecho adopta? En España nos encontramos con un problema: normalmente las fuentes del derecho no están en la Constitución, pues no se eliminó el título preliminar del Código Civil, y para derogar, acaba con las disposiciones derogatorias. Como no deroga el título hay dos formas de fuentes: las que son de rango constitucional y las que son de rango formal, por ejemplo, el

Código Civil.

DE OTTO: La Constitución:

- Se ocupa más de los principios generales del derecho y menos de las costumbres.
- Reconoce la potestad reglamentaria del gobierno.
- De acuerdo con el artículo 2.3 y otro de atribuyen a las Comunidades Autónomas poder normativo en algunas materias.
- Diseña una estructura vertical de las normas.
- Hay dos principios importantes: publicidad y retroactividad.

La incorporación de España a la Unión Europea, ha provocado una mutación en el sistema de fuentes, la producción normativa en determinados órganos supranacionales: comisiones, etc. Crean normas de efecto directo. Son destinatarios de esas normas tanto los Estados, como los ciudadanos, que quedan obligados y pueden exigir sus observancias ante los tribunales internos de cada Estado. Además el derecho europeo prevalece sobre las normas internas de cada Estado.

La Constitución es la norma básica del ordenamiento jurídico. No es derecho lo que diga el Parlamento o los jueces, sino que tiene que estar en la Constitución. La actuación de los poderes públicos debe estar garantizada para los ciudadanos. La Constitución debe contener la garantía del respeto a los Derechos Fundamentales. Esto se manifiesta:

1º En la pretensión de fuerza normativa directa de la que la Constitución en materia de Derechos fundamentales. Artículo 53 (vinculación de todos los poderes públicos).

2º Sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución. Artículo 9.3.

3º La creación de un órgano guardián del cumplimiento de la Constitución: el Tribunal Constitucional. Artículos 151 y siguientes.

En una sentencia del Tribunal Constitucional dice: “La Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no obligado cumplimiento y de no inmediata regulación has que sea objeto de desarrollo legal, es la norma suprema de nuestro ordenamiento”, por ello, es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales.

GARCÍA DE ENTERRÍA: “La Constitución Española configura y ordena los poderes del Estado, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades intelectuales. Establece las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. Constituye así un sistema preceptivo que emana del pueblo como principal soberanía del poder constituyente”.

- La norma jurídica

- Se acepta que el derecho es un conjunto de normas, no sólo de normas, pues el artículo 1 del Código Civil habla de las costumbres y de los principios generales del derecho. A esto hay que añadir contratos entre particulares, los convenios colectivos, la jurisprudencia... Derecho en el sentido más generalizado es norma jurídica, cuyo medio más usual de expresión es el medio escrito. El artículo 2 del Código Civil así lo establece “la ley entrará en vigor veinte días después de su publicación...”.

BOBBIO: desde una perspectiva formal, “no se considera la materia o el fin que propone el derecho, lo que importa es la forma o el modo con el que se presenta el derecho. La norma jurídica es una regla que prescribe determinadas conductas como tipificadas. Sería un texto escrito que contiene un mandato, unas exigencias, unas obligaciones... La norma es una proposición prescriptiva, aunque no todas las normas tienen

que tener ese carácter prescriptivo”.

Clases de proposiciones:

> Declarativas, describen algo. Por ejemplo, artículo 142 del Código Civil.

> Prescriptivas, mandan algo, tratan de influir y pueden ser afirmativas (artículo 143 Cc) y negativas (artículo 138 Cp).

La norma jurídica puede estar contenida en un solo artículo, como por ejemplo, el artículo 615, que es un artículo prescriptivo que habla de los bienes muebles y su hallazgo. Hay normas que para complementarlas hay que hacer uso de otras. El artículo 12 de la Constitución es una norma abreviada, frente a la norma jurídica que necesita ser explicada en otras normas o artículos.

KELSEN, en un sentido formal, dice que la norma tiene dos elementos:

*Supuesto de hecho: “El que matare a otro...”

*Consecuencia jurídica: “Ser castigado con pena de prisión...”

En determinadas condiciones debe efectuarse determinado acto coactivo. La *obligación jurídica* es la necesidad de actuar como manda el derecho.

En un sentido dinámico es norma jurídica aquella que ha sido producida de una determinada manera, según está establecida por una norma fundante. Ser norma aquella que emana de la norma fundante.

Lo normal es que la norma esté insertada en un conjunto ordenado y sistemático de normas, pues las normas jurídicas no existen aisladas.

- El ordenamiento jurídico

- Conjunto ordenado de normas vigentes en un Estado. Esto supone el paso del derecho consuetudinario al derecho escrito. Coherente, unitario, jerarquizado que pretende evitar contradicciones y lagunas, son un producto histórico y responden a la tradición jurídica de un pueblo. Tiene tres características:

1. Unidad, sólo hay un sistema de normas. Fuera de él no hay nada.

2. Plenitud, no hay lagunas.

3. Coherencia, normas jerarquizadas.

Los ordenamientos jurídicos no tienen lagunas, eso se llama principio de “non liquet”, eso es, un juez nunca podrá decir que no juzga porque no hay normas aplicables. Artículo 1.7 del Código Civil.

Por tanto, el ordenamiento jurídico es plenario aunque no siempre tenga una norma aplicable a cada caso, entonces se aplica por analogía.

Los ordenamientos jurídicos no tienen contradicciones, la norma superior deroga a la inferior y una norma posterior deroga una anterior. Todo debe ser coherente con los principios de la Constitución Española como norma fundante.

- La Constitución como fuente del ordenamiento jurídico español

- Históricamente, las Constituciones españolas se han mirado con carácter político, y no se ha mirado desde un punto de vista jurídico. Por ejemplo, suprimir las fuentes, pues las Constituciones varían. Se ha negado su valor jurídico. Uno de los primeros debates a partir del setenta y ocho fue si considerarla ley o no. Si la Constitución es como una ley cualquiera, cualquier ley puede ser Constitución. Lo que se le quiere dar es el valor de “super-ley”, una de ley de leyes, la ley suprema. El derecho es un producto social, y si lo es, nos atañe a todos y nos interesará conocer su origen. La Constitución se identifica con el ordenamiento jurídico de un país concreto.

KELSEN dice que la Constitución no se presenta como la totalidad del ordenamiento, sino como aquella parte que lo conecta con la hipótesis de la que deriva su validez. Todas las leyes y códigos están legitimados por la Constitución, pues es la norma fundante ya que su validez deriva de la soberanía nacional que reside en el pueblo.

La validez de todo el ordenamiento deriva de la Constitución, pues es la que da la legitimidad. Es esencialmente norma, la norma que establece la vía para el desarrollo y renovación del ordenamiento. Nada se podrá hacer en contra de lo que diga la Constitución. Es la regulación de los modos de producción del derecho, atribuyendo competencias a determinados órganos del ordenamiento. La Constitución Española es la primera fuente del derecho, fuente de fuentes. De ella emanan derechos y obligaciones para los ciudadanos y los poderes públicos (artículos 9 y 53). La titularidad de la soberanía no corresponde al Estado, sino al pueblo.

HEGEL, con su teoría de lo absoluto, dio una teoría que sirvió para dar dos posiciones extremas: derecha e izquierda.

Las instancias concretas del poder son simples órganos del Estado y la relación entre estos y los ciudadanos será jurídica sólo en la medida en la que el Estado soberano se autolimita y atribuya a los ciudadanos un repertorio de derechos que les asegure un ámbito de libertad. Si se reserva y engendra unos Derechos Fundamentales a los ciudadanos su Constitución será fuente legítima del derecho y si no, no será fuente del derecho.

La Constitución limita los poderes del ordenamiento. Es fuente del derecho. La incardinación de la soberanía popular hace que la Constitución conecte. De la Constitución van a derivar las instancias completas de un poder constituido. Estos poderes constituidos limitados no resultan de un acto libre de esas distancias concretas de poder, sino de la relación de interdependencia en la que esos órganos se encuentran con respecto al pueblo. Esta dependencia no puede estar asegurada, el pueblo no se reserva unos derechos y unas libertades que hablan posibles el ejercicio del control policial. La garantía de esos derechos deja de ser un añadido en la Constitución para pasar a ser su núcleo. Garantizar que la sociedad no sea del Estado, sino el Estado de la sociedad. Esta idea de la Constitución, en la que son notas esenciales la división de poderes y la garantía de los Derechos Fundamentales, es la idea primigenia que se expresa en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos y la separación de poderes no está asegurada no tiene Constitución”. Pero en esa declaración sólo está asegurada la propiedad privada.

La Constitución como modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía reside en las generaciones vivas y en los que la relación gobernante-gobernado están reguladas de tal forma que los gobernados dispongan de un ámbito de libertad.

JEFFERSON decía que las constituciones deben sancionarse cada veinticinco años. Entendemos que todo ello se basa en que la comunidad de hombres libres es una comunidad de hombres. Toda constitución que pueda llamarse así es fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediático e inmediato de derechos y obligaciones y no sólo fuente de las fuentes.

Principios constitucionales: las fuentes deben estar en la Constitución, pero históricamente están en el Código Civil, debido a la falta de consideraciones jurídicas de la Constitución. El artículo 1 del CC establece un orden de prelación: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En el 1.6 la jurisprudencia también es fuente (cuasi-fuente). La Constitución enumera los principios básicos por los que regula el orden jurídico y están en el artículo 9. Todos se encuentran en estrecha relación, ninguno podrá garantizarse plenamente si los demás no están garantizados. Pese a la gran importancia jurídica, ninguno de los principios podrá garantizarse plenamente si los otros no estuvieran protegidos.

-Jerarquía normativa, es un elemento esencial para dotar al ordenamiento jurídico de seguridad. Las normas tienen rango distinto. La de rango superior a la de inferior, la mayor a la menor, la posterior a la anterior... Se dice que el ordenamiento tiene forma de pirámide en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Una norma inferior que contradiga a una superior no tiene fuerza normativa y tiene un vicio de invalidez y ha de ser declarada por los tribunales.

-Competencia, consiste en la necesidad de que cada norma sea dictada por el órgano que tiene la potestad normativa correspondiente, órdenes ministeriales. El Tribunal Constitucional ha mantenido que la seguridad jurídica viene a ser una síntesis de los preceptos.

-Seguridad jurídica, la regularidad y la previsibilidad y muy especialmente la interpretación y aplicación del derecho. Otra concepción: "se entiende por seguridad jurídica la expectativa fundada en el ciudadano, en cual debe ser la actuación del derecho" excluye la posibilidad de que los poderes públicos modifiquen arbitrariamente las normas.

RUBIO LLORENTE: "La seguridad jurídica no es un principio, sino un resultado". Estos principios estructurales básicos que nuestra Constitución sintetiza y expresa en el artículo 9.3 con algunas adiciones discutibles tales como las alusiones a la responsabilidad y a la seguridad jurídica que no es un principio sino un resultado, integran una parte fundamental de lo que la doctrina clásica llama Estado de Derecho.

-Publicidad, toda norma ha de ser dada a conocer públicamente antes de que pueda reclamarse su cumplimiento. No puede concebirse una norma jurídica exigible a los ciudadanos sin que estos tengan la posibilidad de conocer las normas que imponen tales obligaciones. Artículo 9. De acuerdo con los principios democráticos el fundamento de la validez del ordenamiento jurídico es la autoridad del pueblo. Si no hay publicidad no se puede pedir responsabilidad a los representados. La publicidad de las normas es requisito indispensable para la seguridad jurídica. El Estado se limita a asegurar su conocimiento por medio de la publicación. Artículo 6.1. CC.

-Irretroactividad, no puede producir efectos. En España es posible siempre que sea beneficiosa e imposible siempre que sea perjudicial, de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, la prohibición de la irretroactividad tiene sentido porque el legislador si tiene capacidad para dotar a la ley de retroactiva excepto en el 83.b (ley de bases). Expuesto en el artículo 25.1 de la CE, igualmente regulado en el artículo 2.3 CC y 2.1 del Cp.

-Legalidad, el artículo 9.1 de la CE dice que todos estamos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Opera de forma distinta con el legislador que con el resto de poderes. Su posición es peculiar, es decir, el artículo 20 de la Ley fundamental de Bonn (constitución alemana) de 1949 que dice: "el poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional, los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho". Esto quiere decir que el poder legislativo lo único que tiene es que respetar la Constitución, puesto que puede cambiar la ley, y los demás no. Las normas que regulan la actuación del legislativo se encuentran en la Constitución y en los Reglamentos propios, el legislador puede modificar y/o derogar la ley. Debe aceptarla, pero puede cambiarla con el límite de su sometimiento a la Constitución. Para el ejecutivo y el judicial la ley constituye una norma frente al que solo cabe acatamiento. El Gobierno y la Administración han de respetar en todo caso lo dispuesto en la legislación. La

Constitución recoge el sometimiento del ejecutivo al principio de legalidad: 9.1, 97, 103 y 106.1. El poder judicial ejerce la función de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Artículo 117.3, 117.1 “sometidos al imperio de la ley...” y el artículo 163.

-Interdicción de la arbitrariedad, establece la prohibición de toda actuación carente de justificación. Arbitrariedad: acto contrario a la justicia, la razón o a las leyes dictado sólo por voluntad o capricho (RAE). La arbitrariedad está determinada por la gravedad del quebrantamiento de algunos principios.

-Responsabilidad de los poderes públicos, está relacionado con los dos anteriores, si los poderes están obligados al cumplimiento de la Constitución y las leyes, el incumplimiento de tal obligación provoca una reacción del ordenamiento que contempla mecanismos para la exigencia de responsabilidad para los poderes públicos. Artículo 106.2 regulado y desarrollado en el título X ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común, con respecto al ejecutivo. Con el judicial, el artículo 117 de la CE y el 121 de la LOR del Poder Judicial, artículo 292 “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean de la mala administración de justicia darán a todos los damnificados una indemnización por parte del Estado excepto en los casos de fuerza mayor con arreglo a este Título”. Apartado dos: “El daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo. Apartado tres: “La mera revocación o anulación por sí solas no implican derecho a indemnización”. Con respecto a la responsabilidad de jueces y magistrados el artículo 405, que expresa que su responsabilidad penal se ajustará con respecto a esa ley. El 411 dice que responderán civilmente de los daños que causaren con dolo o culpa. El 414 habla de la responsabilidad disciplinaria en los casos establecidos en la ley.

- El artículo primero del Código Civil

El Código Civil es una ley ordinaria cuya primacía no se encuentra en parte alguna y además es preconstitucional, las normas establecidas en el título preliminar no están dirigidas al legislador obligatoriamente, pues es una ley que el legislador puede cambiar. Las normas del artículo primero están dirigidas al poder judicial, pero el artículo primero del Código sostiene que las fuentes del ordenamiento son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Hace una enumeración jerarquizada. Los principios generales sólo se aplican en defecto de la ley o la costumbre. Ni el ordenamiento penal ni el ordenamiento tributario son fuentes, ni la costumbre, ni los principios generales del derecho. Se aplica el calificativo de fuente del derecho, y será correcto si se aplica al Código Civil, pero no al penal o al financiero, pues ahí no caben ni la costumbre ni los principios generales del derecho. Este artículo resalta el monopolio de creación de las normas por el gobierno de la nación. El artículo 149 de la CE habla de las competencias estatales exclusivas.

Se entiende por **ley** a las normas escritas que nacen de los órganos específicos (artículo 66) que están sometidos a otras reglas de producción legislativa, por ejemplo, los reglamentos del Congreso, del Senado... Hay una primacía de la ley por su certeza y su seguridad jurídica.

Para que las leyes y demás disposiciones normativas tengan suficiente fuerza, han de tener unos elementos:

- INTERNOS: observancia de los principios constitucionales o de otras leyes en cuanto que conceden potestad normativa así como conformidad con su contenido con la norma de carácter superior.
- EXTERNOS:

1.º **Sanción**: artículo 91: El rey sanciona las normas que emanan de las Cortes. Antaño había una soberanía dual, la potestad legislativa residía en las Cortes y el rey, el artículo 12 de la CE de 1841, igual que en 1876 en su preámbulo: “Don Alfonso XII (...) que en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino, hemos venido a decretar y sancionar la siguiente Constitución...” El rey tenía poder de veto. El artículo 18 de esta Constitución también decía que el poder legislativo residía en las Cortes con el

Rey.

GARCÍA DE ENTERRÍA A: “El concepto de sanción de la ley procede de las monarquías duales que se instauró en Europa tras el fin del imperio napoleónico y es la expresión básica del principio monárquico. La ley sería el resultado de una concurrencia dual de decisiones: La de las Cámaras que establecen el contenido material de la ley, y la del rey que sanciona o da eficacia final a ese contenido. Lo sustancial era la plena libertad de cada uno, de esos dos poderes, de modo que el Rey podía rehusar sancionar como ley un texto legislativo aprobado por las Cámaras”. Hoy la sanción es un acto debido, sancionar una ley no es una manifestación de potestad, es un simple tributo a la memoria histórica y valor simbólico a la monarquía.

2º Promulgación: acto por el que el Rey hace constar que las Cortes han aprobado una ley. Control interno y externo de que se ha producido la aprobación.

3º Publicación: el Rey cumple el mandato constitucional ordenando que se publique la ley, es un requisito esencial de toda norma. El artículo 2 del Código Civil y el 9.3 de la CE. Ha de hacerse íntegramente, pues hay leyes muy extensas, entonces se publica en varios números del BOE y empieza a contar desde la publicación del último artículo.

4º Vigencia: el artículo 2.1 del Código Civil dice “veinte días después de su publicación en el BOE”. Las leyes pueden tener un vacatio (ley publicada y no en vigor). Por ejemplo, el Código Penal se dio un vacatio de 6 meses pues era muy extensa y daría muchos problemas, la vacatio puede variar, sino pone nada la vacatio será veinte días. La Constitución española no tuvo ningún día de vacatio.

5º Derogación: la derogación consiste en cesar de la vigencia por mandato del propio legislador. Artículo 2.2 del Cc. Puede ser:

-Expresa, cuando lo dice textualmente.

-Tácita, no manifiesta su voluntad derogatoria, el legislador no se refiere a una norma concreta, pues la ley nueva deroga la anterior y pueden ser total o parcial (tanto la tácita como la expresa).

La **costumbre** quiere decir que la sociedad de una forma inorgánica también puede crear derecho. Sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral ni al orden público. Tiene un carácter secundario, y por tanto, subsidiario, pues el derecho como expresión de la soberanía de un pueblo no puede existir al margen del Estado.

Los **principios generales del derecho** tienen carácter terciario. En la actualidad se prima la certeza y la seguridad jurídica, y eso sólo lo da la ley. O está supeditado a la ley, o no rige. Los Códigos no nos dicen lo que son. Depende de quien los interprete. Si habla de ellos un iusnaturalista entenderá algunos principios del derecho natural. Para otros se va a proponer que todo sistema tenga unos principios generales y básicos ampliamente compartidos por un pueblo. El Tribunal supremo dice que los principios generales deben estar reconocidos en la ley o en la propia doctrina del Tribunal. Un principio general que no esté reconocido por el Tribunal Supremo no podrá ser alegado.

La jurisprudencia está reconocida en el artículo 1.6 del Cc “complementará el orden jurídico (...)”. Al exponer las diferentes formas de resolver un conflicto se habla de un tercero (juez), cuando trata de encontrar la ratio decidendi encuentra que en Derecho hay una tensión anterior: los precedentes. En nuestro derecho no es frecuente, no se considera fuente autónoma la jurisprudencia, al menos en teoría, porque hay ahí un espacio difuso. En España cabe recurrir al Tribunal Supremo por medio del recurso de casación, se pide que el Tribunal anule una sentencia anterior. Esto se da sobre todo en materia civil, no sólo cuando el juez no haya cumplido la ley, sino cuando haya sido contraria a su sentencia reiterada. En el continente tanto los

abogados en sus alegaciones como los jueces en sus sentencias citan continuamente sentencias anteriores, la jurisprudencia.

1