

Este capítulo se publica bajo Licencia [Creative Commons BY-NC-SA 3.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/)

## TEMA 2 (RESUMEN): LAS FUENTES DEL DERECHO.

### 1.- Concepto de fuente del Derecho.

La palabra *fuerza*, en sentido amplio, significa el lugar *de donde mana una cosa*, esto es, la razón primitiva de cualquier idea, por lo que aplicada tal expresión al Derecho implica tanto como averiguar el *origen* de éste. Por consiguiente, *fuentes del Derecho*, sea público o privado, *son todas las causas capaces de originarlo*.

Fuente *como origen* del “Derecho” (acepción clásica con la Escuela Histórica del Derecho con los trabajos de SAVIGNY).- *De donde procede el Derecho*: Ley, costumbre, y principios generales del derecho.

Fuente del “Ordenamiento Jurídico” en el sentido actual, *como producción y aplicación de las normas*, acepción debida a HANS KELSEN.- Entiende por fuente a las distintas *categorías normativas*: Ley orgánica, Ley ordinaria, Real Decreto, etc.

### 2.- Elementos definidores de las fuentes.

Constituyen los “*criterios de validez*” de las fuentes, en concreto tres:

- Formal.- *Productor* de la norma –órgano competente- (ejs. la Ley emana de las Cortes Generales o de las Asambleas o Parlamentos Autonómicos; el Reglamento de los Gobiernos y de las Administraciones; la costumbre procede de la sociedad; etc.) y *procedimiento* establecido (ejs. la Ley a través del correspondiente procedimiento legislativo; el Reglamento a través de un procedimiento administrativo; la costumbre siguiéndose unos usos sociales; etc.).
- Material.- Ámbito regulado a través de la categoría normativa (ej. L.O., sólo puede regular las materias prevenidas en el art. 81 C.E; o R.D.- Legislativo, límites –no regular materias propias de L.O., art. 82.1 C.E.; o el R.D. – Ley, límites dispuestos en el art. 86.1 C.E.)
- Posicional.- La posición de la fuente viene determinada por la relación entre las distintas fuentes:
  - o Capacidad de innovación activa.- Capacidad de la norma para modificar las normas aprobadas a través de otro tipo de fuente o categoría normativa.
  - o Capacidad de resistencia pasiva.- Capacidad de la norma para resistir a las modificaciones operadas por otras categoría normativa.

### **3.- Enumeración de fuentes en el ordenamiento jurídico español (“sistema de fuentes interno”) y principio de jerarquía normativa:**

#### 3.1.- Introducción: criterios de clasificación de las fuentes:

La clasificación más extendida de las fuentes del Derecho, distingue entre fuentes *directas* e *indirectas*:

- Se consideran fuentes *directas* las que encierran en sí mismas la norma.

La ley, la costumbre y los principios generales del Derecho han venido considerándose tradicionalmente como las fuentes directas del Derecho, a las que hoy tendremos que añadir, incluso por encima de ellas, las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales.

- Son fuentes *indirectas* las que por sí mismas no crean Derecho, pero ayudan a comprenderlo y exteriorizarlo.

Como fuentes indirectas suelen citarse la jurisprudencia y la doctrina científica (aunque esta última no está reconocida legalmente).

#### 3.2.- Jerarquía de las fuentes del Derecho interno.

El orden jerárquico de las fuentes del Derecho determina, por un lado, el orden de aplicación de las normas jurídicas a cada caso concreto y, por otro, el criterio para solucionar las eventuales contradicciones contenidas en normas de distinto rango.

Se suele aludir a la trilogía de las fuentes:

- 1) Fuentes Constitucionales.
- 2) Fuentes Legales.
- 3) Fuentes Reglamentarias.

La teoría general de la jerarquía de las fuentes está contenida en el art. 1 del Código Civil, que dispone:

*1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*

*2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*

*3. 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.*

*4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento.*

*5. 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.*

*6. 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.*

Como se observa, el Código Civil enumera las fuentes del Derecho precisamente con ese nombre, aunque realmente sólo lo emplea cuando se refiere a las fuentes directas tradicionales.

Este sistema de fuentes ha sido innovado tanto por la Constitución, sobre todo por dos hechos: la configuración de una organización territorial del Estado (Estado descentralizado o Estado de las Autonomías, con la creación de las CC.AA.) y la incorporación a la U.E. y consecuente sujeción al Derecho Comunitario. Por tanto, se incorporan, por un lado, diversas fuentes de carácter *autonómico, también estatales en relación con las CC.AA.* (ej. leyes marco, leyes de transferencia, leyes de armonización, etc.), y por otro lado la incorporación de las fuentes del ordenamiento internacional, especialmente del ordenamiento de la U.E.

En concordancia con lo anterior, las fuentes del Derecho, ordenadas jerárquicamente, serán las siguientes:

- 1.- La Constitución (como ley de leyes)
- 2.- Los tratados internacionales.
- 3.- Las leyes formales (orgánicas y ordinarias), los Decretos legislativos, los Decretos-leyes y las leyes de las Comunidades Autónomas (leyes materiales). En el Derecho Administrativo, además, los Reglamentos.
- 4.- La costumbre (Profesor DE CASTRO: *“Norma creada e impuesta por el uso social”*).
- 5.- Los principios generales del Derecho.
- 6.- La jurisprudencia (del TS y TC principalmente)

#### **4.- Principios que rigen las relaciones entre fuentes.**

En nuestro ordenamiento jurídico único coexisten diversos subordenamientos y supraordenamientos:

- 1) Ordenamiento estatal.
- 2) Ordenamiento autonómico (subordenamientos jurídicos)
- 3) Ordenamiento supraestatal –el de la U.E y más allá, el internacional (supraordenamientos)
- 4) Incluso el ordenamiento local (subordenamientos)

Se ha mencionado que la relación entre las fuentes de un mismo ordenamiento (ej. ley y reglamento estatal, se rige por el principio de jerarquía normativa). Por su parte, las relaciones entre las fuentes de los distintos ordenamientos se establecen en atención al principio de *jerarquía constitucional* (ej. una ley autonómica no podrá ser contraria a la C.E.), pero especialmente en base al principio de *competencia* (estatal, autonómica, de la Unión Europea, ...)

#### **5.- Estudio de cada una de las fuentes del ordenamiento jurídico español.**

##### **5.1.- La Constitución.**

##### **5.1.1.- Antecedentes.-** Fechas de interés.

5.1.2.- Concepto.- *Norma suprema del ordenamiento jurídico, elaborada por el poder constituyente, que en ejercicio de su soberanía se dota del estatuto jurídico por el que desea regirse.*

### 5.1.3.- Características:

- 1) Escrita.
- 2) Extensa.
- 3) Rígida.
- 4) De origen popular.
- 5) Integradora o consensuada.
- 6) Ambigua.
- 7) Abierta.
- 8) Derivada.
- 9) Democrática.
- 10) Monárquica.
- 11) Reconoce una serie de derechos fundamentales.
- 12) Normativa (no es mera declaración de principios, esto es, no tiene carácter meramente programático, sino es Derecho directamente aplicable).
- 13) Otras.

### 5.1.4.- Estructura y contenido:

Existen dos criterios de estructuración:

#### 1) Formal:

- 1 Preámbulo.
- 169 artículos incluidos en 10 Títulos más un Título Preliminar. Algunos Títulos están divididos en Capítulos y algunos Capítulos en Secciones.
- 4 Disposiciones Adicionales.
- 9 Disposiciones Transitorias
- 1 Disposición Derogatoria.
- 1 Disposición Final.

#### 2) Material.- Doctrinal:

- Parte dogmática:
  - o Título Preliminar (arts. 1 a 9 a/i) que contiene los principios generales o básicos del Estado.
  - o Título I (arts. 10 a 55 a/i), “De los derechos y deberes fundamentales”.
- Parte orgánica: resto de Títulos (del II “De la Corona” al X “Reforma de la Constitución”)

El contenido de los Títulos, Capítulos, Secciones y Disposiciones, es el siguiente: “.....”

## 5.2.- Derecho Internacional (Tratados y Convenios Internacionales).

5.2.1.- Concepto.- Ordenamiento supraestatal que tiene por objeto regular las relaciones jurídicas entre Estados o entre éstos y ciudadanos de otros Estados (Derecho Internacional Público), y las relaciones jurídicas entre ciudadanos de diferentes Estados (Derecho Internacional Privado).

5.2.2.- Regulación constitucional.- Título III, Capítulo III C.E. (arts. 93 a 96 a/i).

5.2.3.- En particular, el Derecho de la Unión Europea (Ordenamiento Comunitario):

1) Origen y evolución:

- 1.- Antecedentes: el Consejo de Europa.
- 2.- El Tratado de Roma.
- 3.- El Acta Única Europea.
- 4.- El Tratado de Maastricht (TUE).
- 5.- El Tratado de Ámsterdam..
- 6.- El Tratado de Niza.
- 7.- La Constitución Europea.
- 8.- Los Tratados de la Unión Europea (TUE y TFUE).

2) Concepto y fines.- La Unión Europea –UE- es una organización internacional, no obstante “atípica” por la complejidad de su estructura y de su funcionamiento, en contraposición a las organizaciones internacionales típicas, formadas para fines concretos bajo una estructura más simplificada.

Los fines u objetivos de la U.E., son:

- Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible.
- Afirmar y potenciar su identidad en el ámbito internacional.
- Proteger los derechos e intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.
- La cooperación en justicia y asuntos de interior.
- Conservar y desarrollar el acervo comunitario.

3) Instituciones:

1.- Órganos superiores:

· El Consejo Europeo.- Es el órgano o institución impulsor de la U.E. con funcionamiento intermitente (reunión al menos dos veces al año). Está compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el presidente de la Comisión, siendo éstos asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y por un miembro de la Comisión.

· El Parlamento Europeo.- Está compuesto por Diputados elegidos mediante sufragio universal para un período de cinco años, en número proporcional a la población e importancia de cada Estado miembro

- El Consejo.- Anteriormente denominado «Consejo de Ministros», es el *máximo cuerpo decisorio* de la U.E. Está formado por un miembro de cada Gobierno, representante, a su vez, de cada uno de los Estados miembros, los cuales, como tales, defienden sus respectivos intereses nacionales en el seno de la U.E.
- La Comisión.- Es el órgano que defiende los intereses comunitarios. Los Comisarios se eligen para cuatro años, pudiendo ser cesados en su mandato únicamente por un voto de censura del Parlamento Europeo.
- El Tribunal de Justicia.- Es la institución encargada de asegurar el respeto del Derecho de la U.E., vinculando sus sentencias a todos los países miembros; también tiene funciones consultivas. Lo integran jueces5 nombrados por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años.
- El Tribunal de Cuentas.- Tiene por función la fiscalización o control de cuentas de la U.E., así como la ejecución del presupuesto. Se compone de 27 miembros, uno por cada país comunitario.

## 2.- Otros órganos:

- El Comité Económico y Social.
- El Comité de las Regiones.
- El Banco Europeo de Inversiones.
- El Banco Central Europeo.
- El Defensor del Pueblo Europeo.

## 2) Ordenamiento Comunitario:

### 2.1. Caracteres.- Destacan tres especialmente:

- La autonomía.- Deriva de la cesión de soberanía en determinadas competencias que efectúan los Estados miembros en favor de U.E., en tanto que en el ámbito competencial no cedido sigue rigiendo el Derecho nacional,

La autonomía se predica tanto del restante Derecho Internacional como del propio Derecho interno nacional, aún integrándose aquél en los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque conservando su independencia. De este modo, el Derecho comunitario no está sujeto a los mismos principios, ni al mismo sistema de fuentes, ni a los mismos efectos jurídicos que la legislación interna de los Estados miembros.

- El efecto directo.- De las normas comunitarias en el ámbito del Derecho interno de los Estados miembros; significa que éstas despliegan sus efectos plenamente en todos los citados Estados a partir de su entrada en vigor, creando derechos y obligaciones para todos los destinatarios de su ámbito de aplicación y pudiendo ser invocadas ante las autoridades públicas administrativas y judiciales. Por tanto, aplicación directa sin necesidad de que los Estados

integrantes de la U.E. dicten normas de Derecho interno para transponer aquella norma a los ordenamientos jurídicos nacionales.

- La primacía.- Del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros, con la consecuente inaplicabilidad de la norma nacional interna en caso de colisión entre ambas.

2.2) Tratados y Derecho derivado.- El Ordenamiento jco. comunitario se clasifica en:

- Derecho originario.- Está integrado por: los Tratados Constitutivos, los Tratados de Reforma (puntual o sustancial) y los Tratados de Adhesión.

- Derecho derivado.- Es el conjunto de normas y actos comunitarios emanados de las instituciones de la UE en virtud de las habilitaciones genéricas o específicas contenidas en el Derecho originario. Los distintos tipos de normas o actos de Derecho comunitario derivado, son los siguientes:

· El Reglamento.- Tiene alcance general y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable:

Alcance general: regula supuestos de hecho y consecuencias jurídicas abstractas susceptibles de ser aplicables a cualquier sujeto de derecho que cumpla el supuesto de hecho previsto en el reglamento.

Obligatorio en todos sus elementos: no se permite la interposición de otra norma para su aplicación, salvo que lo prevea expresamente.

· La Directiva.- Obliga al Estado/s miembro/s “*destinatario/s*” en cuanto al resultado, dejando libertad en cuanto a la elección de la forma y de los medios. Su finalidad es aproximar las legislaciones nacionales.

· La Decisión.- Se trata de un acto jurídico individual dirigido a uno o varios destinatarios (particulares, sin carácter normativo, o Estados, con posibilidad de carácter normativo), a los que obliga en todos sus elementos, tanto en el resultado como en la forma y los medios. Se distingue del Reglamento por el carácter determinado de sus destinatarios.

· Los Dictámenes y las recomendaciones.- No son actos vinculantes, por tanto no son impugnables (a diferencia de los actos obligatorios); no obstante, tiene efectos jurídicos y políticos. La *Recomendación* consiste en una invitación a un comportamiento, mientras que el *Dictamen* es una opinión o un juicio de valor sobre un asunto concreto.

Los anteriores son los llamados *actos típicos* de la U.E., por encontrarse regulados de forma expresa en los Tratados, y ello frente a los *actos atípicos*, que son los que no están incluidos en ninguna de las categorías de actos previstos en los Tratados; éstos serían: las Resoluciones, las Declaraciones, las Conclusiones, y los Programas.

Por lo demás, junto a las *fuentes directas*, el ordenamiento jurídico complementario se completa con las *fuentes indirectas*: a) *los principios generales del derecho*; b) *la costumbre*; c) *la*

*jurisprudencia; d) los convenios complementarios entre los Estados miembros; e) las decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo; y f) el Derecho Internacional general y convencional*

## 5.3.- Las leyes.

### 5.3.1.- Conceptos:

1) Formal.- Norma jurídica general y obligatoria, emanada de los órganos que tienen atribuido el “poder legislativo”, elaborada con arreglo al procedimiento establecido.

2) Material.- Norma jurídica general y obligatorio, emanada por la autoridad competente, con las debidas formalidades, de carácter común, justo, estable y suficientemente promulgado.

### 5.3.2.- Clases:

1) Leyes orgánicas.- Son las caracterizadas por las materias específicas para las que se encuentran reservadas (art. 81 C.E.) y por la mayoría absoluta del Congreso que exige su aprobación, modificación o derogación.

2) Leyes ordinarias.- A sensu contrario, son las restantes leyes formales, aquellas que regulan materias que no son objeto específico de las leyes orgánicas, y cuya aprobación exige mayoría simple del Congreso y del Senado.

Entre las L.O. y las leyes ordinarias NO se establece relación de jerarquía.

### 3) Disposiciones normativas con fuerza de ley.

Son normas a las que se atribuye “*rango de ley*” aún cuando no han sido aprobadas por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo (Gobierno), no siendo por tanto leyes en sentido formal, sino en sentido material. Se concretan en las siguientes:

- Decretos Leyes (art. 86 CE).- Son disposiciones normativas provisionales que el Gobierno puede dictar en casos de *extraordinaria y urgente necesidad*. Su provisional conduce a su sometimiento a debate y votación del Congreso en el plazo de 30 días, desde su promulgación para su convalidación o derogación.

- Decretos Legislativos (arts. 82 a 85 CE).- Son disposiciones normativas dictadas por el Gobierno en materias no reservadas a L.O., previa delegación legislativa de las CG, que efectuará mediante:

- Una ley de bases, cuando el objeto de la delegación sea la aprobación de de textos articulados. Presentan dos límites:

No pueden autorizar la modificación de la propia ley de bases.

No pueden tener carácter retroactivo.

- Una ley ordinaria, cuando tenga por objeto refundir textos legales en uno.

## 5.4.- Los Reglamentos.

5.4.1.- Concepto.- Normas generales y obligatorias, que aprueban el Gobierno y la Administración. Son la típica fuente del Derecho Administrativo, teniendo carácter *exclusivo* de éste.

Es preciso distinguir los Reglamentos de los simples actos administrativos, siendo varias las notas diferenciadoras de la naturaleza jurídico de unos y otros.

5.4.2.- Clases.- Son varios los posibles criterios de clasificación de los reglamentos: por la Administración que los aprueba; por la forma que adoptan según cual sea el órgano competente; y por su contenido o manifestación o no hacia el exterior); limitándonos aquí a clasificarlos en relación con la ley:

1) Reglamentos ejecutivos.- Desarrollan sin contradecirla, las disposiciones de una ley por atribución expresa en la propia ley.

2) Reglamentos independientes.- Regulan materias no incluidas en “*reserva de ley*”.

3) Reglamentos autónomos.- Se aprueban en materias objeto de “*reserva reglamentaria*”.

4) Reglamentos de necesidad o urgencia.- Se dictan en caso de extraordinaria o urgente necesidad y pueden suspender (que no derogar) la vigencia de las normas contenidas en la ley.

## 5.4.3.- Límites:

### 1) Materiales:

- Reserva de ley.
- Jerarquía normativa.

### 2) Formales.- Procedimiento y competencia.

## 5.5.- La costumbre.

5.5.1.- Concepto (FEDERICO DE CASTRO).- Norma creada e impuesta por el uso social. En Derecho Administrativo, *precedente*.

## 5.5.2.- Clasificación:

- 1) Según ley.
- 2) Contraria a la ley.
- 3) Supletoria a la ley, única válida en nuestro ordenamiento jurídico.

## 5.5.3.- Requisitos de aplicabilidad (art. 1.3 C.C.):

- Supletoria (“en defecto de ley”)
- No contraria a la moral o al orden público.
- Probada.

## 5.6.- Los principios generales del Derecho.

El Profesor DE CASTRO da un gran impulso a éstos. Hoy muchos están recogidos en la propia C.E. (principios generales del Derecho “*expresos*”); otros no están expresados en norma escrita alguna, sino que son principios de Derecho Natural o creados por la jurisprudencia (“*inexpresos*”).

Algunos de ellos son: igualdad, justicia, buena fe, ...

## 5.7.- La jurisprudencia “legal” (ius –justicia- prudentia –prudencia-).

Son fuente indirecta del Derecho, las Sentencias T.S., las cuales contribuyen a la elaboración del Derecho, *complementando el ordenamiento jurídico*. Se aplicará en defecto de ley, costumbre y principios generales del derecho.

Se puede definir como *criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo*.

También, *conjunto de sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela la manera uniforme de aplicar el Derecho*. También se le conoce con el nombre de *doctrina legal*.

5.8.- Doctrina o jurisprudencia “científica”.- Es la opinión de prestigiosos especialistas en la materia.