

TEMA 1: LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL. EL SISTEMA JURÍDICO POSITIVO ESPAÑOL. APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL.

Se pueden definir las fuentes del Derecho como toda fuerza social con facultad normativa creadora. Dentro de este significado cabe distinguir entre:

Las fuentes reales o primeras: son los distintos poderes sociales a los que, dentro del propio ordenamiento jurídico, se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas con independencia, por propia potestad soberana. En este sentido encontramos el Estado, la Iglesia u otros Estados.

Fuentes secundarias: dentro de una fuente primaria o real, por división de poderes o por racionalización de su ejercicio. Ejemplo: dentro del Estado, por ejemplo, las Cortes o la Judicatura.

1.1. Fuentes Materiales y Formales.

Materialmente. llamamos fuente del derecho a toda fuerza social capaz de crear una norma jurídica con valor vinculante.

Formalmente, se reconoce como fuente del derecho las formas de manifestarse el derecho positivo. Puig Peña lo define como "los modos o maneras en que el Derecho tiene que ser concebido públicamente para que pueda tener validez general en la sociedad".

2. EL SISTEMA JURÍDICO POSITIVO ESPAÑOL.

Artículo 1 del CC:

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.
Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.
4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
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.
7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

2.1. La Ley.

La Ley es la primera de las fuentes del derecho, es una norma escrita, dictada imperativamente y de cumplimiento ineludible.

Se puede definir como la norma jurídica emanada de los órganos que tienen la suprema potestad legislativa.

Caracteres de la Ley:

- Intrínsecos: racionalidad (el contenido tiene que ser moral), obligatoriedad (debe contener un mandato) y generalidad o universalidad (se establece para un número indeterminado de actos).
- Extrínsecos: se refiere a la publicación o promulgación.

2.1.1 Clases de leyes:

Las diferentes clases de leyes que configuran el sistema español son:

Ley Constitucional: La Constitución es la norma suprema del Estado. En España la norma fundamental es la Constitución del 27 de diciembre de 1978. Es una norma escrita y está en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico.

Leyes Orgánicas:

Artículo 81 CE:

1. 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 general y las demás previstas en la Constitución.
2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Leyes Ordinarias:

Son el instrumento normal de realización de la función legislativa por parte de las Cortes.

Pueden referirse a cualquier materia que no esté reservada por la Constitución a otro tipo de norma y constituyen la legislación habitual de las cortes.

Constitucionalmente se clasifican en leyes de Pleno o de Comisión, según el órgano de las cortes que las apruebe.

Para ser aprobadas se requiere mayoría simple del Congreso o delegar en las “comisiones Legislativas”.

Disposiciones generales con rango de ley:

Tienen valor y rango de la ley ordinaria, pero son aprobados por el Gobierno:

- Decretos Leyes: se regula en los artículos 86 CE.

Artículo 86

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.
2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.
3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

- Decreto legislativo: se regula en los artículos 82 a 85 de la CE.

Artículo 82

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.
2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.
3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.
4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.
5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

Artículo 83

Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

- a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.
- b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

Artículo 85

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos.

2.2 La Costumbre.

La palabra costumbre tiene diversos significados diferenciamos entre:

Costumbre de hecho: para expresar cualquier uso o hábito de la vida social.

Costumbre de derecho: que comprenda aquellos usos sociales que son fuente de norma jurídica.

En el artículo 1 del CC se recoge:

Artículo 1.

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

[...]

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.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.

2.2.1 Requisitos de la Costumbre.

Los dos requisitos que se exigen a las normas constituirías son:

- 1. El requisito externo de uso repetido es decir que la costumbre nazca de una conducta repetida duradera y uniforme.
- 2. El requisito interno de convicción jurídica, es decir, que la conducta constante que llega a formar la costumbre se realice con la convicción o idea de que se está creando una norma jurídica.

2.2.1 Clases de Costumbre.

- 1. Secundum legem o interpretativa: interpreta o explica un texto legal.
- 2. Costumbre extra legem o preter legem o supletoria; regula hechos o situaciones no contemplados en la Ley.
- 3. Costumbre contra legem; deroga o se opone a la Ley.

El Código Civil en su artículo 1º, 3, acepta la costumbre extra legem o preter legem y rechaza la contra legem al decir en el artículo 2º que “las leyes solo se derogan por otras posteriores”. En cuanto a la costumbre secundum legem, guarda silencio.

Hay otra clasificación a tener en cuenta, es aquella que divide la costumbre por su expansión territorial: costumbres aplicables en España, aplicables en distintas regiones y otras aplicables en el ámbito de cada pueblo. La costumbre del lugar, es esencialmente local.

2.3 Los Principios Generales del Derecho.

En todos los países de Derecho conocido, junto al Derecho manifestado en leyes o en prácticas sociales, existen normas, que a pesar de no basarse en la autoridad del Estado ni en los interés de una fuerza social, tiene vigor normativo, ya que son el fundamento más firme para la eficacia de la ley y la costumbre: los principios generales del Derecho.

Se definen como principios universales dictados por la recta razón.

El **Código Civil** los consagra en su **artículo 1º, 4** *“los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de sus carácter informador del ordenamiento jurídico”*.

Se diferencian de la ley en su carencia de formulación y de la costumbre en no requerir el uso para su afirmación.

Sus tipos fundamentales son:

- + Los principios de derecho natural.
- + Los principios de derecho tradicional o nacional.
- + Los principios políticos.

2.4 Los Tratados Internacionales.

Una de las novedades que el legislador ha introducido en este artículo 1º ha sido el reconocimiento de las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales como aplicables en España en cuanto hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE.

2.5 La Jurisprudencia.

En un sentido amplio, la jurisprudencia hace referencia a la doctrina sentada por los Tribunales en las cuestiones sometidas a ellos. En un sentido más propio, hace referencia al modo constante y uniforme de aplicar el Derecho por el Tribunal Supremo en sus diferentes sentencias.

El Código Civil hace referencia a la jurisprudencia en su artículo 1º, 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.

2.6 La Doctrina de los Autores.

La doctrina de los autores no tiene el carácter de fuente del derecho. Son solo opiniones cuya fuerza radica en la lógica de sus razonamientos. No es fuente del ordenamiento y por ello no la menciona el artículo 1º del Código Civil.

3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

3.1. Vigencia

Artículo 2 CC.

1. 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.
2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.
3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

3.2. Interpretación.

Puede ser definida la interpretación de la norma como la indagación del sentido de la misma, la determinación de su contenido y alcance efectivo para medir su precisa extensión y la posibilidad de aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse.

Artículo 3 CC

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.
2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

Clases de interpretación:

Por el órgano que la realiza:

- Pública o privada según se produzca por vía de autoridad o por vía particular y técnica. La pública se subdivide en auténtica y usual, según se realice a través de una nueva ley o a través del Derecho consuetudinario.

Por los medios utilizados:

- Gramatical
- Lógica
- Histórica
- Sistemática.

Por sus resultados a los que conduce:

- Interpretación estricta es aquella que conduce a la conclusión de que el texto legal debe ser interpretado únicamente a los casos que él expresamente menciona, sin extenderse a más casos de los que este contempla ni restringirse a menos de los señalados por el legislador.
- Interpretación extensiva, en cambio, es la que como resultado de la misma se concluye que la ley debe aplicarse a más casos o situaciones de los que está expresamente menciona.
- Interpretación restrictiva, por último, es aquella en cuya virtud se desprende que la ley objeto de interpretación debe aplicarse a menos situaciones de las que ella menciona expresamente.

3.3 La Analogía:

Artículo 4 CC

1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.
2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.
3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

Requisitos para la aplicación de la analogía:

1. Existe laguna legal y consuetudinaria con respecto al caso contemplado.
2. Igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto previsto por el legislador, tenidos en cuenta los elementos jurídicamente relevantes.
3. Inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía.

Conviene no confundir la analogía con la interpretación extensiva. Esta última gira en torno a una disposición legal para comprender en ella casos no expresos en su letra, pero virtualmente incluidos en su espíritu. La analogía, opera sobre casos que no pueden resolver con una disposición precisa.

3.4. Plazos.

Artículo 5 CC.

1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.
2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.