**DERECHO CIVIL**

**TEMA 3**

**FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ENUMERACIÓN Y ORDENACIÓN. REFERENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES. LA LEY: CONCEPTO Y REQUISITOS. LA COSTUMBRE: CLASES; PRUEBA DE LA COSTUMBRE. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: FUNCIONES. LA JURISPRUDENCIA: SU VALOR EN EL SISTEMA DE FUENTES. LAS LAGUNAS DE LEY Y LA ANALOGÍA.**

**FUENTES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ENUMERACIÓN Y ORDENACIÓN.**

La expresión fuentes del Derecho puede ser entendida un doble sentido:

1. En un sentido material, las fuentes del Derecho son los poderes políticos o fuerzas sociales con eficacia normativa creadora, como los parlamentos, origen de la ley, o los comerciantes, origen de los usos del comercio.
2. En un sentido formal, las fuentes del Derecho son el modo de exteriorización de la norma, sea escrito, como la ley, o no escrito, como la costumbre.

**Enumeración.**

Dispone el artículo 1.1 del Código Civil de 24 de julio de 1889 que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Un comentario a este precepto permite destacar lo siguiente:

1. El artículo 1.1 del Código Civil responde a la reforma del Título Preliminar de 31 de mayo de 1974, por lo que la posterior promulgación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y la integración de España en la Unión Europea hacen notablemente insuficiente esta enumeración, que además olvida determinadas fuentes de específicos sectores del ordenamiento jurídico, como los convenios colectivos en el Derecho del Trabajo.
2. Este precepto se refiere exclusivamente al Derecho Privado, ya que el derecho público se rige por el principio de legalidad, sin que haya espacio alguno para la costumbre en ámbitos como el Derecho Penal o el Tributario.
3. Este precepto olvida también que los ordenamientos civiles autonómicos contienen su propio sistema de fuentes que el propio artículo 149.1.8 de la Constitución ordena respetar, existiendo particularidades tan notorias como la navarra, derecho en el que la costumbre prevalece sobre la ley conforme a su la Compilación de 1 de marzo de 1973.
4. El artículo 1.1 del Código Civil no utiliza el término *ley* en un sentido amplio o material, como toda norma jurídica escrita que emana de los órganos del Estado, lo que incluye a la Constitución, a las leyes formales de origen parlamentario, a las normas con fuerza de ley aprobadas por los órganos colegiados de gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas y a las disposiciones de carácter general subordinadas a la Ley.
5. Los tratados internacionales también son fuentes del ordenamiento jurídico español de acuerdo con los siguientes preceptos:
6. El artículo 96.1 de la Constitución, que dispone que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.
7. El artículo 1.5 del Código Civil, que dispone 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 Boletín Oficial del Estado”.
8. La Ley de Tratados Internacionales de 14 de noviembre de 2014, que dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.
9. El ordenamiento jurídico español contiene un sistema de fuentes completo, y por ello el artículo 1.7 del Código Civil dispone que “los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

**Ordenación.**

El Código Civil no sólo enumera las fuentes del Derecho, sino que también las ordena jerárquicamente, de forma que:

1. El artículo 1.3 del Código Civil dispone que “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. El artículo 1.4 del Código Civil establece que “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.
3. El artículo 1.2 del Código Civil establece que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”, añadiendo el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1 de octubre de 2015 que “serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior”.

**REFERENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES.**

**La Constitución en el sistema de fuentes.**

La naturaleza normativa de la Constitución y su eficacia como tal norma se estudia detenidamente en el tema 1 de Derecho Constitucional del programa, que en el presente tema exige hacer una referencia a la posición de la Constitución en el sistema de fuentes, pudiendo afirmarse que la Constitución Española, es norma jurídica, es primera norma jurídica, y es norma de normas, ya que:

1. La condición de la Constitución como auténtica norma jurídica es proclamada por su artículo 9.1, a cuyo tenor “los ciudadanos y los poderes públicos está sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, precepto del que se desprende que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico y es, además, directamente aplicable, sin necesidad de interposición de una ley. Por su parte, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 añade que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Tal eficacia, además, tiene un especial reflejo en los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, los cuales, según el artículo 53.1, “vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán” a través del recurso de inconstitucionalidad.

Tal eficacia, no obstante, se modula respecto a los principios rectores de la política social y económica reconocidos por el Capítulo III del Título I de la Constitución, ya que conforme al artículo 53.3 su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, si bien “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Por otro lado, como auténtica norma que es, la Constitución tiene una eficacia derogatoria de las disposiciones anteriores que la contradigan y por ello su disposición derogatoria establece en su apartado tercero que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

1. Por otro lado, la condición de primera norma de la Constitución la dota de superlegalidad formal y material.

Al servicio de la primera están los procesos de declaración de inconstitucionalidad regulados, con base en los artículos 161.1.a) y 163 de la Constitución, por los artículos 29 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, a través de los cuales se expulsan del ordenamiento jurídico las leyes y normas con fuerza de ley inconstitucionales, tal y como se estudia en los temas 28 y 29 de Derecho Constitucional del programa.

Por su parte, la superlegalidad formal de la Constitución se manifiesta en su denominada rigidez, ya que su reforma no puede ser realizada por el legislador ordinario y a través de procedimientos legislativos, sino que está sujeta a los mucho más rigurosos requisitos y procedimientos de reforma, agravado y superagravado, previstos por el Título X de la Constitución, que se estudian en el tema 3 de Derecho Constitucional del programa.

Además, de la condición de primera norma que ostenta la Constitución deriva el principio de interpretación conforme a la Constitución consagrado por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes citado.

1. Por último, la Constitución es norma de normas, es decir, es la fuente que ordena el resto de fuentes del Derecho, determinando los órganos con facultades normativas creadoras, regulando las formas de producción jurídica y aclarando cuál es la relación jerárquica o competencial entre las normas.

**El derecho de la Unión Europea en el sistema de fuentes.**

Desde que el 1 de enero de 1986 entro en vigor el Acta de Adhesión de España España a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985, el ordenamiento jurídico europeo forma parte del ordenamiento jurídico español.

Con carácter general, la relación del derecho de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español se rige por varios principios básicos, que se estudian en el tema 17 de Derecho de la Unión Europea del programa, por lo que baste aquí con exponerlos brevemente, siendo los siguientes:

1. El principio de *aplicabilidad inmediata*, que significa con la norma europea, una vez perfeccionada conforme al derecho europeo, adquiere automáticamente el *status* de derecho interno sin necesidad de acto alguno de recepción.
2. El principio de *autonomía*, que significa que los estados miembros gozan de autonomía institucional y de procedimiento en la actividad de ejecución o aplicación de la norma europea.
3. El principio de *efecto directo* de la norma europea, que significa que la norma europea es inmediatamente aplicable por y directamente invocable ante los jueces nacionales. Al servicio de este principio está el artículo 4 bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.
4. El principio de *primacía*, que es el fundamental, que significa que la norma europea goza de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional que, en consecuencia, es desplazada por la europea en caso de contradicción, habiendo concluido nuestro Tribunal Constitucional que el juez nacional debe incluso dejar inaplicada, si fuera necesario, la norma nacional que contradiga la europea, sin que haya de solicitar o esperar la eliminación de la nacional por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.

**LA LEY: CONCEPTO, REQUISITOS Y CLASES.**

**Concepto.**

En un sentido concreto, como tipo especial de norma, la ley es la norma escrita superior entre todas y únicamente subordinada a la Constitución, que por tanto prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, en cuanto “expresión de la voluntad popular”, conforme indica el preámbulo de la Constitución.

La ley es una autodisposición de la comunidad sobre sí misma, y la comunidad actúa en la producción de la ley a través de los órganos que tienen atribuida la representación política máxima de la misma: en nuestro Derecho Constitucional, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Estas notas aparecen en la definición clásica de ley de Santo Tomás de Aquino: ordenación de la razón, dirigida al bien común, y solemnemente aprobada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

Por ello, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández utilizan un concepto formal de ley y la definen como el acto publicado oficialmente como tal ley, que expresa un mandato normativo de los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior.

No obstante, nuestro ordenamiento constitucional reconoce rango, fuerza o valor de ley, además de a las formalmente aprobadas como tales por los órganos legislativos, a diferentes disposiciones normativas, como los decretos-leyes o los decretos legislativos, cuyo estudio detenido corresponde a los temas de Derecho Constitucional del programa, en los que también se estudian determinadas leyes que gozan de ciertas especialidades, como las leyes orgánicas.

**Requisitos.**

Con carácter general, los requisitos de la ley son dos:

1. La legitimidad interna, que viene dada por la observancia de los preceptos constitucionales y legales que determinan la potestad normativa del órgano creador de la ley y la conformidad de su contenido con la Constitución.

Con todo, la ley no es mera ejecución de la Constitución, como sí lo es el reglamento respecto de la ley, sino que dentro del marco constitucional el legislador dispone de una amplia libertad política de configuración normativa que excede con mucho la mera discrecionalidad administrativa.

1. La legitimidad externa, que viene dada por la observancia de los procedimientos y actos formales exigidos para su elaboración, los cuales se contienen en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en los reglamentos de las cámaras legislativas.

Dentro de estos ritos formales, tienen una especial importancia la sanción, promulgación y publicación de las leyes, estudiadas en el tema 7 de Derecho Constitucional del programa.

**LA COSTUMBRE: CLASES; PRUEBA DE LA COSTUMBRE.**

La costumbre es definida por la doctrina como la norma jurídica creada e impuesta por una conducta social uniforme y duradera. Debido al predominio de la ley, su ámbito de aplicación hoy, a diferencia de épocas anteriores, es marginal.

Los caracteres que predica la doctrina de la norma consuetudinaria son los siguientes:

1. Tiene carácter supletorio de primer grado.
2. Su elemento externo o material está constituido por una conducta externa, libre, repetida, constante, uniforme, generalizada y ajena a los poderes públicos.
3. Su elemento interno o espiritual, consiste en que tal conducta se realiza con la convicción de estas cumpliendo con una auténtica norma jurídica, si bien la doctrina moderna elimina esta exigencia puesto que el artículo 1.3 del Código Civil equipara los usos jurídicos a la costumbre.
4. No debe ser contraria a la moral o al orden público, lo que se identifica con la llamada doctrinalmente racionalidad de la costumbre, pero su concreción se torna muy difícil.
5. La norma consuetudinaria es siempre dispositiva, por lo que las partes pueden pactar en contra de su aplicación o de su contenido.
6. El uso jurídico o del tráfico está equiparado a la costumbre si no es meramente interpretativo de una declaración de voluntad; con relación a los interpretativos, el artículo 1287 del Código Civil añade que “el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.

**Clases.**

Por su relación con la ley, la costumbre puede ser:

1. *Extra* o *praeter legem*, cuando se refiere a una institución no regulada legalmente.
2. *Secundum legem*, cuando interpreta o desarrolla una institución regulada legalmente.
3. *Contra legem*, cuando regula una institución de forma contraria a su regulación legal, lo que es admitido por la Compilación de Derecho Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973, pero no por el resto de derechos civiles españoles.

**Prueba de la costumbre.**

Como afirma el Tribunal Supremo interpretando el artículo 1.3 del Código Civil, no rigen para la norma consuetudinaria los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, sino que la costumbre debe ser siempre probada, como recalca el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que tan sólo la exceptúa de ello “si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”, recayendo la carga de la prueba en la parte que sostenga la aplicabilidad de la norma consuetudinaria.

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: FUNCIONES.**

Los principios generales del Derecho son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta, como la de que nadie puede enriquecerse injustamente o la de que es obligado reparar el daño causado injustamente. Son, en un sentido amplio, las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad en un determinado momento histórico.

Sin embargo, el Código Civil ni los define ni los concreta, tarea complicada que depende de las diversas concepciones filosóficas sobre el Derecho y los fenómenos jurídicos en general.

Existen algunos principios que parecen ser previos a la propia legislación, como el principio general de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional basa en la dignidad de la persona consagrada por el artículo 10.1 de la Constitución y en el principio general de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.1 de la Constitución.

Existen otros que son clara creación del derecho positivo, como pueden ser los principios hipotecarios que se estudian en el tema 2 de Derecho Hipotecario del programa.

En fin, en ocasiones, lo que comienza siendo considerado como un principio general del Derecho acaba siendo plasmado en una ley, como sucede con la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, expresamente incorporada al artículo 7.2 del Código Civil en la reforma de su Título Preliminar del Código Civil aprobada por de 31 de mayo de 1974.

La doctrina coincide en predicar los siguientes caracteres de los principios:

1. Son fuente subsidiaria de segundo grado.
2. Permiten cerrar el sistema de fuentes.
3. Justifican la imposición al juez por el artículo 1.7 del Código Civil del deber de resolver en todo caso, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

**Funciones.**

Del artículo 1.4 del Código Civil se desprende que los principios generales del Derecho tienen una doble función:

1. Integradora, dado su carácter de fuente de cierre del sistema de fuentes.
2. Informadora, que la doctrina reconduce fundamentalmente a dos tipos de principios:
3. Los consagrados por la Constitución, como pueden ser los aludidos por el artículo 9.3, que dispone que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.
4. Los que orientan la interpretación de las normas, como los principios *favor debitoris*, de igualdad de los cónyuges o del interés del menor.

**LA JURISPRUDENCIA: SU VALOR EN EL SISTEMA DE FUENTES.**

El artículo 1.6 del Código Civil establece que “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”.

De jurisprudencia se puede hablar en, al menos, tres sentidos:

1. En sentido genérico, jurisprudencia equivale a ciencia del Derecho, y aún se utiliza con este significado en la doctrina alemana y anglosajona.
2. En sentido amplio, jurisprudencia equivale a las sentencias de los tribunales y que tienen un cierto valor de precedente.
3. En sentido estricto, y en ordenamientos jurídicos como el español, el francés o el italiano, jurisprudencia equivale a la doctrina reiterada conformada por las sentencias del Tribunal Supremo.

**Su valor en el sistema de fuentes.**

La principal cuestión que plantea la jurisprudencia es la de su valor o fuerza vinculante. Desde una perspectiva muy general y aproximada, existen al respecto dos grandes concepciones, cuyas diferencias han ido progresivamente difuminándose:

1. En los países anglosajones o del *common law*, la jurisprudencia es fuente del Derecho al regir el principio del *stare decisis*, o vinculación de los órganos inferiores a las decisiones de los órganos judiciales superiores y de éstos a sus propias decisiones precedentes.
2. En cambio, en los países de tradición jurídica europea continental, el juez se limita a interpretar y aplicar la norma, no a crearla, por lo que la jurisprudencia no es vinculante. De esta forma, cualquier juez, en virtud de la independencia de la que está revestido, puede apartarse de la doctrina de los órganos superiores, sin más sanción que la revocación de su sentencia por éstos.

Conforme al artículo 1.6 del Código Civil, la jurisprudencia no *completa* el sistema de fuentes, sino que lo *complementa*, por lo que la jurisprudencia no es fuente del Derecho.

No obstante, no son pocos los autores que afirman que la jurisprudencia sí que es vinculante en la práctica, ya que el sentido último de una decisión judicial depende del respeto por la misma a la doctrina del Tribunal Supremo, puesto que los artículos 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 entienden que concurre interés casacional a los efectos de fundar un recurso de casación cuando “la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo” o “se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente”.

En cualquier caso, numerosas sentencias del Tribunal Supremo precisan los requisitos que deben concurrir en sus sentencias para conformar doctrina jurisprudencial, que son los siguientes:

1. Debe resultar de dos o más sentencias del Tribunal Supremo que expresen un criterio uniformemente reiterado.
2. Generalmente, tales sentencias se dictan en recursos de casación, cuya finalidad es precisamente lograr la uniformidad interpretativa y aplicativa de las normas.

No obstante, también se atribuye valor jurisprudencial a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en primera instancia, como las de su Sala de lo Penal que enjuician a personas aforadas o las de su Sala de lo Contencioso-Administrativo que resuelven recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

1. Debe existir una sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del supuesto sometido al recurso.
2. Debe derivarse de la *ratio decidendi* de las sentencias, no de los razonamientos incidentales, circunstanciales u *obiter dicta*.

**LAS LAGUNAS DE LA LEY Y LA ANALOGÍA.**

El ordenamiento no dispone de normas para solucionar toda clase de conflictos, puesto que la ley tiene lagunas, pero sí de medios de integración jurídica que permiten hacerlo.

Uno de estos medios es precisamente la analogía, a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil al decir que “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”.

La cuestión más delicada en la aplicación analógica de las normas es apreciar cuando existe *identidad de razón* entre el supuesto regulado y el no regulado. El Tribunal Supremo considera que debe procederse a un ponderado análisis caso por caso en función de las circunstancias concurrentes en el mismo, y siempre bajo el prisma de la igualdad que proscribe discriminaciones injustificadas.

En cualquier caso, la analogía está excluida en numerosos ámbitos, ya que el artículo 4.2 del Código Civil dispone que “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”.

José Marí Olano

27 de agosto de 2024