

## Capítulo 2: Las fuentes del Derecho



### Introducción

- 1 Las fuentes del Derecho son los principios, las normas escritas y la costumbre que, junto con las interpretaciones sostenidas por la jurisprudencia, conforman el ordenamiento jurídico de un Estado y constituyen la base del Derecho en sentido objetivo.
- 2 Existen dos grandes sistemas jurídicos en el mundo occidental a la hora de establecer un sistema de fuentes del Derecho: el sistema continental (*civil law*) y el sistema anglosajón (*common law*). Son los dos sistemas jurídicos principales, pero no son los únicos, ya que también existen otros, como p.ej. el sistema jurídico islámico, el nórdico, etc.
- 3 El sistema continental tiene influencias del Derecho Romano y Germano y da prioridad a la norma escrita creada por el **poder legislativo** frente a las decisiones judiciales. En este sistema, los jueces tienen principalmente la función de aplicación e **interpretación** de las normas escritas creadas por el poder legislativo. Tanto el Derecho español como el Derecho alemán forman parte del sistema jurídico continental. El sistema anglosajón es un sistema jurisprudencial, cuya fuente principal del Derecho son las sentencias judiciales (jurisprudencia). Las decisiones de los jueces se convierten en **precedentes** que vinculan a otros jueces en casos análogos. Se trata de una cultura jurídica desarrollada en gran parte en las Islas Británicas y que se expandió a sus colonias.
- 4 A pesar de las diferencias mencionadas, se puede apreciar un cierto acercamiento entre los dos sistemas principales. Por un lado, en el sistema anglosajón, la necesidad de una regulación directa y práctica en las sociedades cada vez más complejas, hacen que la norma escrita sea cada vez más importante. Por otro lado, en el sistema continental el juez **desempeña** un papel muy importante, ya que algunas teorías y principios jurídicos han sido desarrollados por la jurisprudencia y, en parte, no constan en normas escritas.

### Ejercicio de comprensión de un texto:

Contesta por escrito las siguientes preguntas:

1. ¿Qué son las fuentes del Derecho?
2. ¿Qué caracteriza al sistema jurídico continental (*civil law*)?
3. ¿Qué caracteriza al sistema jurídico anglosajón (*common law*)?



### I. Las fuentes del Derecho

- 5 Las fuentes del Derecho español, se encuentran reguladas en el art. 1 del Código Civil español. Este artículo dispone lo siguiente:

*"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.

(...)

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.

(...)"

1. Las fuentes nacionales del Derecho

Las fuentes nacionales del Derecho son las que han sido elaboradas por los órganos propios de un Estado. Según lo dispuesto por el Código Civil, las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la **costumbre** y los **principios generales del Derecho**. Sin embargo, no hay que olvidar el papel de la jurisprudencia y la **doctrina** en nuestro sistema de fuentes nacionales.

6

a) La ley

La palabra *ley* tiene diversos significados. Por un lado, puede tratarse de toda norma jurídica escrita. Por otro lado, puede tratarse solamente de las normas jurídicas escritas elaboradas por el Parlamento (en España se llaman Cortes Generales) siguiendo el **procedimiento legislativo** previsto por la **Constitución**.

7

El art. 1.1 del Código Civil se refiere a la ley el primer sentido, es decir, a toda norma jurídica escrita. La ley es la principal fuente del Derecho, superior a la costumbre y a los principios generales del Derecho.

8

**Comentario:** Todas las normas escritas españolas contienen artículos, cuya abreviatura es "art.". Por tanto, no se usa el símbolo "§" para citar los artículos de una ley.

El ordenamiento jurídico español conoce diferentes tipos de leyes (normas jurídicas escritas). Estos son algunos ejemplos:

9

aa) **Constitución Española:** Ley fundamental y suprema del ordenamiento jurídico del Reino de España ratificada en **referéndum** el 6 de diciembre de 1978.

10

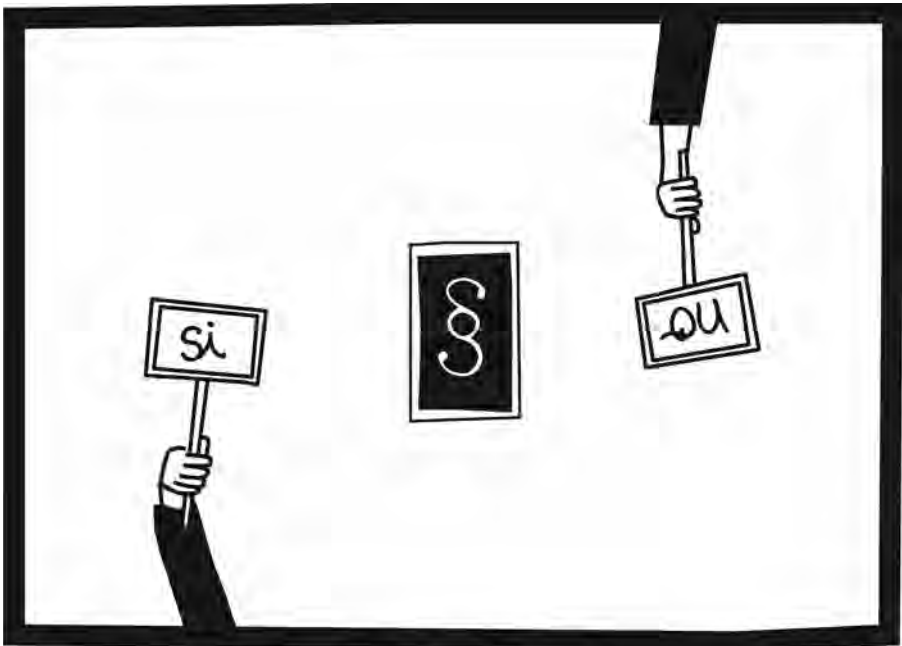
bb) **Ley orgánica:** Regula materias que la Constitución prevé expresamente que tienen que regularse mediante ley orgánica, como p.ej. el desarrollo de los derechos fundamentales o la aprobación de los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas. Para su aprobación es necesaria la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

11

cc) **Ley ordinaria:** Forma común de las normas jurídicas con rango de ley.

12

- 13 dd) **Decreto ley:** Norma con rango de ley dictada por el Gobierno en caso de que se den circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad. Tiene carácter provisional hasta su ratificación o derogación por Parlamento.
- 14 ee) **Decreto legislativo:** Norma con rango de ley dictada por el Gobierno en virtud de una delegación de las Cortes Generales.
- 15 ff) **Normas reglamentarias:** Disposiciones generales de categoría inferior a la ley, dictadas por el Gobierno u otros órganos administrativos.



- 16 El principio de **jerarquía** permite ordenar las normas jurídicas en función de su rango, de manera que una norma que sea contraria a otra norma de rango superior se considera nula. En España, el orden jerárquico de las normas jurídicas escritas es:

1º La Constitución

2º Normas con rango de ley (ley en sentido formal): tratados internacionales, estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas, leyes ordinarias, decreto-ley, decreto legislativo.

3º Normas con rango reglamentario: reglamentos, órdenes ministeriales, etc.

**Comentario:** Para mencionar normas jurídicas, cualquiera que sea su rango (ley orgánica, ley ordinaria, etc.) se hará con la misma denominación completa y datos identificativos que figuren en el **Boletín oficial del Estado (BOE)** en el que se haya **publicado**. Tras esta denominación completa, se indicará, cuando exista, la sigla que corresponda a la norma citada, entre paréntesis.

► Ejemplo: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP). ◀

b) La costumbre

La costumbre es fuente subsidiaria del Derecho y solamente se puede aplicar a falta de ley aplicable. Se trata de una norma que no está expresada por escrito y que tiene su origen en prácticas repetidas y generalmente asumidas por la mayoría de los que están en un lugar o participan en una determinada situación. Tuvo una función fundamental en las sociedades primitivas y durante la Edad Media fue la principal fuente del Derecho. 17

c) Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son ideas fundamentales que contienen una determinada valoración del Derecho y la justicia y que gozan de una aceptación general. Los principios generales del Derecho han de estar reconocidos como tales en la ley o en la doctrina legal. Algunos ejemplos son los siguientes: 18

aa) **Principio de legalidad:** Principio jurídico en virtud del cual los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos a la ley. 19

bb) **Principio de irretroactividad:** Principio jurídico en virtud del cual solo se puede castigar un acto como delito si está considerado así por la ley vigente en el momento de su comisión y solo con las penas previstas en dicho momento. 20

cc) **Principio de presunción de inocencia:** Principio jurídico en virtud del cual toda persona debe ser considerada inocente mientras no sea condenada por sentencia firme y sobre la base de prueba legítima practicada con las debidas garantías que acredite su culpabilidad más allá de toda duda razonable. 21

dd) **Principio "in dubio pro reo":** Principio general del Derecho que significa que las dudas de hecho en un proceso penal se resuelven a favor del reo (acusado). 22

ee) **Principio "pacta sunt servanda":** Principio básico del Derecho Civil conforme al cual el contrato obliga a las partes contratantes a su cumplimiento. 23

d) La jurisprudencia

Se llama **jurisprudencia** al conjunto de sentencias de los órganos jurisdiccionales. Son fuente del derecho aquellas sentencias del Tribunal Supremo que mantienen un criterio constante y uniforme en la aplicación e interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia es solamente una fuente subsidiaria del Derecho. 24

**Comentario:** Las resoluciones judiciales se citan con los datos de identificación con los que hayan sido publicadas, especialmente la fecha de la resolución y el órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución. El órgano jurisdiccional se puede indicar de modo completo o utilizando la correspondiente sigla (p.ej.: Tribunal Supremo o TS). Deberá indicarse también el tipo de resolución de que se trate (auto, sentencia, etc.).

► **Ejemplo:** Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 62/2016, de 17 de marzo de 2016. ◀

e) **La doctrina**

- 25 Se llama **doctrina** al conjunto de opiniones de los autores que escriben sobre Derecho y que comentan las leyes y la jurisprudencia surgida en la aplicación de dichas leyes. No tiene valor normativo, pero ayuda a interpretar las normas y puede servir de guía a los órganos jurisdiccionales en la resolución de los litigios.

2. **Las fuentes internacionales del Derecho**

- 26 Las fuentes internacionales del Derecho son principalmente los **tratados internacionales** y el Derecho de la Unión Europea.

a) **Los tratados internacionales**

- 27 Los tratados internacionales válidamente **celebrados** entran a formar parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado (BOE).
- 28 La relación entre los tratados internacionales y el derecho interno es la siguiente: el tratado tiene un rango superior al de la ley, pero un rango inferior a la Constitución, por lo que ocupa una posición intermedia entre la Constitución y la ley. Antes de entrar a formar parte en el ordenamiento jurídico interno, es necesario realizar un control previo de inconstitucionalidad de los tratados internacionales para comprobar que no existe ninguna contradicción entre éstos y la Constitución.

b) **El Derecho de la Unión Europea**

- 29 La Constitución prevé que una ley orgánica pueda autorizar la celebración de tratados mediante los que se atribuya a una organización o institución internacional el **ejercicio** de competencias derivadas de la Constitución (tratados de atribución de competencias). España ha **atribuido** a las instituciones de la Unión Europea competencias propias mediante la firma de los Tratados de Adhesión.
- 30 La Unión Europea tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, cuenta con un ordenamiento jurídico propio. Además, el Derecho de la Unión Europea tiene un efecto directo o indirecto sobre la legislación de los Estados miembros, por lo que, una vez que entra en vigor, pasa a formar parte del sistema jurídico de cada Estado miembro. En el sistema de fuentes normativas del Derecho de la Unión Europea se diferencia entre el derecho primario, el derecho derivado (o secundario) y el derecho complementario (o subsidiario):
- 31 aa) Forman parte del **derecho primario**, entre otros, los tratados constitutivos y los Tratados de Adhesión.
- 32 bb) Forman parte del **derecho derivado**, entre otros:
- 33 (1) El reglamento (*Verordnung*), obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros.
- 34 (2) La directiva (*Richtlinie*), que no tiene efecto directo pero existe la obligación de **transposición** en derecho nacional.
- 35 cc) Forma parte del **derecho complementario**, entre otros, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

**Comentario:** La relación entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos internos de los Estados miembros se basa en que la Unión Europea solamente puede actuar dentro de los límites de sus competencias. En caso de **colisión** entre las normas internas de un Estado y las normas de Derecho de la Unión Europea, el derecho nacional no es **derogado** por la norma de Derecho de la Unión Europea, sino que simplemente es desplazado y los tribunales no pueden aplicarlo.



II. Ejercicios de comprensión

1. Indica de qué tipo de fuente del Derecho se trata en cada caso:

a) ley (toda norma jurídica escrita)	b) costumbre	c) principios generales del Derecho	d) jurisprudencia	e) doctrina
Tema		Tipo de fuente del Derecho		
1. Ley orgánica				
2. "In dubio pro reo"				
3. Sentencias del Tribunal Supremo				
4. El libro "Compendio de Derecho Civil" escrito por el Catedrático Manuel Albaladejo				
5. Decreto legislativo				
6. Norma no expresada por escrito que tiene su origen en prácticas repetidas y generalmente asumidas por la mayoría de los que están en un lugar				
7. "Pacta sunt servanda"				
8. Comentario del Código Penal				
9. Ley ordinaria				
10. Irretroactividad de las leyes				

2. Indica si se trata de fuentes del Derecho nacionales o internacionales:

Fuente del Derecho	¿Nacional o internacional?
1. Directiva europea	
2. Convención de Derechos Humanos de la ONU	

Fuente del Derecho	¿Nacional o internacional?
3. Sentencias del Tribunal Supremo	
4. Decreto legislativo	
5. Reglamento europeo	
6. Constitución	
7. Ley orgánica	
8. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	

3. Indica si las siguientes afirmaciones son verdaderas o falsas:

Afirmación	¿Verdadera o falsa?
1. La Unión Europea puede actuar fuera de los límites de sus competencias.	
2. Los tratados internacionales solamente entran a formar parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado.	
3. La jurisprudencia no es fuente del Derecho.	
4. La costumbre siempre tiene que estar por escrito para poderse aplicar.	
5. El desarrollo de los derechos fundamentales tiene que regularse por ley orgánica.	
6. El decreto ley tiene rango de ley, a pesar de que es una norma dictada por el Gobierno y no por el parlamento.	
7. Los reglamentos europeos son directamente aplicables en los estados miembros.	
8. La jurisprudencia no tiene ninguna importancia en el sistema del " <i>common law</i> ".	

4. Reescribe las frases siguientes poniendo las palabras en el orden que les corresponde, empezando por la primera palabra propuesta:

1. El – prioridad – continental – da – escrita – norma – sistema – a – la – decisiones – judiciales – frente – las – a.



2. La – subsidiaria – es – del – fuente – costumbre – Derecho – una.
3. La – anglosajón – la – es – Derecho – fuente – del – principal – jurisprudencia – sistema – en – el.
4. Se – jurisprudencia – de – Tribunal Supremo – al – llama – conjunto – sentencias – del.
5. El – ley – norma – de – rango – con – decreto legislativo – es – una.
6. La – normas – ayuda – a – interpretar – doctrina – las.



III. La Constitución y el procedimiento legislativo

La Constitución es la ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes. Define los derechos y libertades de los ciudadanos, **delimita** los poderes del Estado (poder legislativo, ejecutivo y judicial del Estado) y define las instituciones del Estado. 36

1. La Constitución como norma suprema

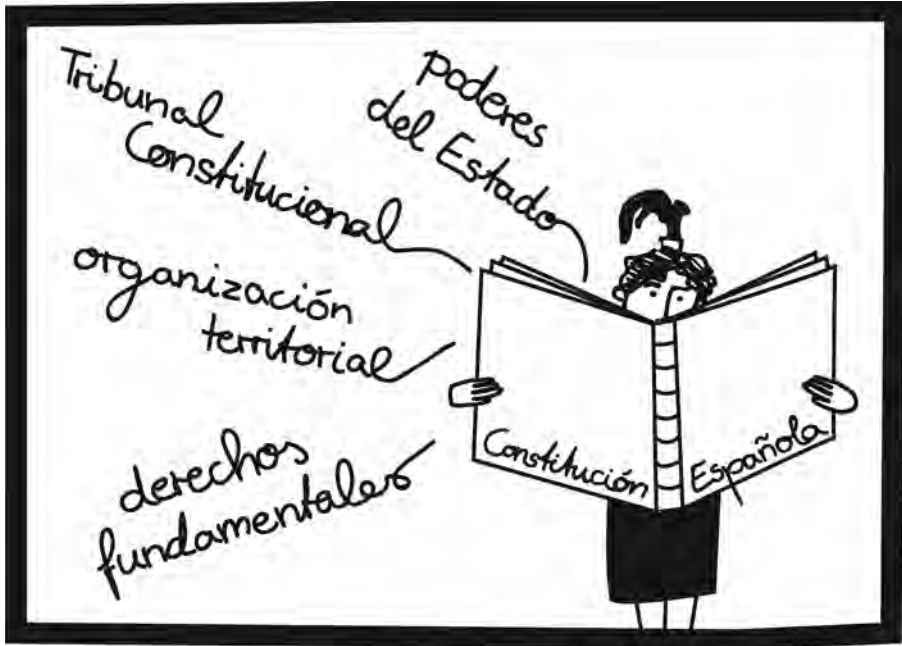
Las Constituciones se caracterizan por sus contenidos materiales y por sus reglas de elaboración y de reforma, las cuales impiden su modificación por procedimientos ordinarios, asegurando así su estabilidad. 37

La superioridad de la Constitución se puede apreciar p.ej. en el art. 9.1 de la Constitución Española (CE), *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento”*. 38

**Comentario:** No se debe confundir la palabra "Constitución" (en mayúscula) con el sustantivo "constitución". En el primer caso estamos ante la ley fundamental por la que se rige el gobierno de un país. Si se escribe con minúscula es el sustantivo del verbo "constituir". Se pueden constituir, por ejemplo, sociedades mercantiles (la constitución de una sociedad).

a) La Constitución Española de 1978

España estuvo sometida durante casi 40 años a una dictadura militar (1939-1975). La dictadura terminó con la muerte del dictador, el General Francisco Franco, y a partir 39



de ese momento comenzó una época importante conocida como “*Transición*”. Esta época termina con la entrada en vigor de la Constitución Española vigente.

- 40 Para la elaboración de la Constitución fue necesario un consenso de todos los partidos políticos. Esto provocó que se establecieran unos procedimientos muy complicados para su reforma, especialmente respecto algunos temas, como la estructura del Estado, los derechos fundamentales o la Corona.

**b) Contenido básico de la Constitución**

- 41 El concepto de Constitución como ley fundamental es común en muchos países y el contenido mínimo común en las diferentes constituciones es:

- La ordenación del sistema de fuentes del Derecho.
- La organización de los poderes del Estado.
- La organización territorial del Estado.
- Los derechos fundamentales.

- 42 En los capítulos 3 y 4 de este libro se tratan los contenidos principales de la Constitución Española, como son la organización de los poderes del Estado, la organización territorial del Estado y los derechos fundamentales.

**c) Reforma de la Constitución**

- 43 Las constituciones tienen que ser normas permanentes y estables. Por eso prevén mecanismos especiales de modificación que suelen incluir requisitos más difíciles de