**DERECHO CIVIL**

**TEMA 4**

**TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. FUENTES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ENUMERACIÓN Y ORDENACIÓN. REFERENCIA A LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES. LA LEY: CONCEPTO, REQUISITOS Y CLASES.**

**TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO.**

En el plano estrictamente jurídico la doctrina identifica las fuentes del Derecho con los mecanismos o elementos de producción o generación de las normas, y en este plano 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.

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

**Enumeración de las fuentes del ordenamiento español.**

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”.
10. Entre las posibles clasificaciones de las fuentes, la doctrina suele distinguir por razón de su modo de expresión entre fuentes escritas y fuentes no escritas, y por razón de su jerarquía entre fuentes constitucionales, fuentes primarias y fuentes secundarias.

**Ordenación de las fuentes del Derecho.**

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.

La Constitución Española de 1978 se enmarca en las modernas constituciones occidentales las cuales, a diferencia del carácter meramente programático de las constituciones decimonónicas, son auténticas normas jurídica.

La concepción de la constitución como una auténtica norma jurídica tiene su origen en el constitucionalismo norteamericano y deriva de la primera constitución escrita, la estadounidense de 1787, todavía vigente. Su partida de nacimiento suele fijarse en la sentencia *Marbury versus Madison*, de 1803, obra de John Marshall, el entonces *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En tal sentencia, Marshall se planteó que, ante una ley que contradice la constitución, el juez solo tiene dos caminos: o aplicar la ley e inaplicar la constitución, o aplicar la constitución e inaplicar la ley, y como la constitución es “*the fundamental and paramount law of the nation, (…) an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void*”. El carácter normativo de la constitución permite, pues, la *judicial review*, es decir, la declaración judicial de la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, estos dogmas tardarían más de un siglo en llegar a la Europa continental, y lo harían con una mutación sustancial del sistema, ya que no serían recibidos hasta la Constitución austriaca de 1920, la cual fue factura personal de Hans Kelsen, el impulsor de la teoría pura del Derecho y del iuspositivismo normativo.

Kelsen sitúa en la cúspide de la pirámide normativa a la *grundnorm* o norma fundamental, que identifica con la constitución, que es la norma que da validez formal y material al resto de normas. Además, para asegurar su primacía, Kelsen propone la creación de un órgano específico, de naturaleza jurisdiccional pero separado de los tribunales ordinarios, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes y, por ende, es el único competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Es aquí, en el carácter concentrado del control, donde radica la diferencia con el sistema estadounidense, en el que tal control es difuso, es decir, compete a todo juez, si bien tal carácter difuso se ve en buena medida corregido por la posibilidad de recurso ante la instancia superior y, en último extremo, ante la Corte Suprema, y por el principio del *stare decisis*, es decir, la vinculación de los órganos inferiores a los precedentes judiciales de los órganos superiores.

Además, en el sistema de la *judicial review* el juez se limita a inaplicar la ley en el caso concreto, mientras que en el europeo el tribunal constitucional declara nula y expulsa la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico, ejerciendo con ello una función de legislador negativo.

Todo este corpus doctrinal es plenamente acogido por la Constitución Española, que es norma jurídica, primera norma jurídica, y 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”.

No obstante, la eficacia derogatoria de la Constitución tiene una dimensión especial, ausente en el resto de normas jurídicas, con base en la cual el Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina de la inconstitucionalidad sobrevenida. Y es que la Constitución es tanto norma anterior como norma superior respecto de una ley preconstitucional que la contradiga. Por ello, el juez ordinario, ante una norma de este tipo, puede optar por apreciar su derogación por la Constitución como norma posterior e inaplicarla en el caso concreto, o bien apreciar su contradicción con la Constitución como norma superior y plantear una cuestión de inconstitucionalidad conforme al artículo 163 de la Constitución, con objeto de que el Tribunal Constitucional declare su nulidad con efectos *erga omnes*.

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.

En cambio, respecto de las disposiciones reglamentarias la Constitución despliega los mismos efectos que cualquier ley, no siendo precisa, por ende, su declaración formal de inconstitucionalidad y bastando con su mera inaplicación, disponiendo en este sentido el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que “los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución”, sin perjuicio de que el artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 establezca los mecanismos precisos para declarar la nulidad de la norma reglamentaria inconstitucional.

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. A estas cuestiones nos referiremos con posterioridad al hablar de la Ley, sin perjuicio de su estudio más detenido en los temas de Derecho Constitucional y Administrativo del programa.

**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.

Son muchas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la Van Gend and Loos de 1963, la Costa-ENEL de 1964 o la Simmenthal de 1978, que han puesto de relieve que las normas europeas constituyen un ordenamiento jurídico en sentido propio, dotado de sus propias fuentes, capaz de generar sus propios principios y con sus propias categorías conceptuales.

Como se estudia en los temas 13 y 14 de Derecho de la Unión Europea del programa, a la cabeza de este ordenamiento figuran los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea, constitutivos del derecho originario de la misma, y cuyos destinatarios no son sólo los Estados que los firman sino también sus ciudadanos.

Las instituciones creadas por estos tratados y, particularmente, el Parlamento Europeo y el Consejo dan vida al derecho derivado, integrado por un conjunto de normas de características específicas entre las que destacan los reglamentos y las directivas, y que están regulados por los artículos 288 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957.

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 15 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, sin perjuicio de su responsabilidad directa por las violaciones del derecho de la Unión 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 in aplicada, 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 prevalecen 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 como tal Ley en los boletines oficiales estatal o autonómicos, que expresa un mandato normativo de los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior.

**Requisitos.**

Con carácter general, los requisitos de la Ley son tres:

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 dos:

1. La sanción y promulgación de las Leyes, prevista por el artículo 91 de la Constitución, que establece que “el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”, atribuyendo el artículo 62.a) de la Constitución al Rey la función de “sancionar y promulgar las Leyes”.

En realidad, sanción y promulgación se refunden en un mismo acto, y consisten simplemente en la proclamación formal de la Ley como tal Ley, y en el mandato genéricamente dirigido a autoridades y ciudadanos para que la cumplan y observen.

Las leyes autonómicas carecen de sanción real, y la promulgación es realizada en nombre del Rey por el presidente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

1. La publicación oficial de la Ley en el Boletín Oficial del Estado y, si es autonómica, además, en el de la Comunidad Autónoma respectiva, requisito indispensable para que la Ley entre en vigor conforme al principio de publicidad de las normas garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución.

**Clases.**

Nuestro ordenamiento constitucional reconoce fuerza, rango o valor de ley, además de a las Leyes formalmente aprobadas como tales por los órganos legislativos, a diferentes disposiciones o actos, pudiendo hablarse así, al menos impropiamente, de clases de leyes.

El estudio detenido de esta cuestión corresponde a los temas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del programa, por lo que aquí se hará una breve exposición de estas disposiciones o actos y de sus características esenciales.

Así, en primer lugar aparecen las Leyes Orgánicas, a las que se refiere el artículo 81 de la Constitución al decir que “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”, como la del Poder Judicial prevista por el artículo 122.1 o la reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio prevista por el artículo 116.1.

Lo que diferencia formalmente a las leyes orgánicas de las ordinarias es que su aprobación, modificación o derogación exige mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Por ende, suponen una excepción al principio democrático de que las leyes se aprueban por mayoría simple de los parlamentarios.

En segundo lugar, dentro de las leyes ordinarias cabe distinguir entre las leyes de pleno y de comisión, diferencia que deriva del artículo 75 de la Constitución, que dispone que “las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley”, con la excepción de “la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado”.

También es singular, tanto por su procedimiento de elaboración como por su contenido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado, tal y como se desprende del artículo 134 de la Constitución

Así mismo, presentan características singulares las leyes marco, las leyes orgánicas de transferencia y delegación y las leyes de armonización, todas ellas previstas por el artículo 150 de la Constitución en el marco de las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos.

Junto con las leyes emanadas de las Cortes Generales figuran, exactamente con el mismo valor de Ley, las aprobadas por las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, previstas por los artículos 152.1 y 153.a) de la Constitución, y cuya relación con las leyes estatales se rige por el principio de competencia, en función del reparto competencia que resulta de los artículos 148 y 149 de la Constitución y de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad.

También están revestidos de valor de ley los reglamentos de las cámaras legislativas, previstos por el artículo 72.1 de la Constitución y por lo Estatutos de Autonomía.

Junto a las anteriores normas, todas ellas formalmente aprobadas por órganos legislativos, la Constitución prevé la existencia de dos normas que tienen valor o rango de ley pero que son aprobadas por el Gobierno.

La primera son los decretos legislativos, respecto de los cuales el artículo 82.1 de la Constitución establece que “las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas” no reservadas a ley orgánica, añadiendo el artículo 85 que “las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de decretos legislativos”

La segunda son los decretos-ley, respecto de los que el artículo 86.1 de la Constitución dispone que “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”.

También los Estatutos de Autonomía prevén la posibilidad de que los órganos ejecutivos colegiados de las mismas puedan aprobar esta clase de normas.

Por último, precisar que el Tribunal Constitucional ha atribuido fuerza o valor de ley a los actos y decisiones gubernamentales y parlamentarios relativos a los estados excepcionales que prevé el artículo 116 de la Constitución, reservando su control al Tribunal Constitucional, y que también están revestidas de esta fuerza o valor las normas fiscales aprobadas por las juntas generales de los territorios forales, conforme a la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

José Marí Olano

13 de abril de 2021