

Actualizado
20/21

UNED

Nociones Jurídicas Básicas

TEMA 4: Las Fuentes del Derecho
(EDICIÓN ESPECIAL PREPARACIÓN DE TEST)

MIGUEL ANGEL GORBE MARTINEZ

Tutor: @miguelgorbe



- 1- APROX. CRITICA, AL CONCEPTO FUENTE DEL DERECHO (FEB19/Feb20)DESAROLLO)

- La expresión *Fuentes de Derecho: Instancias* de las que procede, e **instrumentos normativos** en los que es susceptible plasmarse la regulación jurídica. (Feb17.Materia (agentes que lo crean) y Formas (las **normas mismas**))
- El término **fuentes** designa el **origen de algo**, y del Derecho deriva de alguna instancia o instancias (sus fuentes) en los que **brot**a o **tiene su origen** : **autoridad con potestad** para legislar o **normativa emanada** de esa autoridad.
- Polémica filosófico Jurídica, ¿De donde emana el Derecho?
 - **Postura positivista** (aceptada en la actualidad: Derecho voluntad del legislador y con la normas que instaure, negando otro origen. “Fuentes del Derecho”, legislador y sus normas. Realista.
 - **Otras posturas (derecho natural)**: leyes del legislador un elemento más de lo jurídico, inseparable de las relaciones . “Fuentes normativas” , agente y normas esenciales pero no agotan el derecho. (Naturaleza), idealista.



- 2- FUENTES DE PRODUCCIÓN Y FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO (FUENTES HISTÓRICAS DEL DERECHO FEB19)
- Decimos que el Derecho emana de unas fuentes, distinguiendo:
 - **Fuentes materiales (FEB19R):** según **quiénes lo crean**, los agentes creadores órgano o instancia, **fuentes de producción (Ej: Congreso, Parlamento Europeo).**
 - **Fuentes formales (SEPT19R, Reglamentos):** mediante que **formas se manifiesta**, instrumento en que se plasma, las normas propiamente dichas, **fuentes de conocimiento. (Feb16, Constitución Española)**

Ambos aspectos no están desligados, la primacía de uno u instrumento normativo (ley, costumbre, jurisprudencia etc...) depende de qué sujetos o instituciones tengan poder normativo en cada momento histórico. Vamos a ver su evolución en la historia jurídica de occidente y en nuestro entorno.

Materiales»Producción



Formales»Conocimiento



Tutor: @miguelgorbe

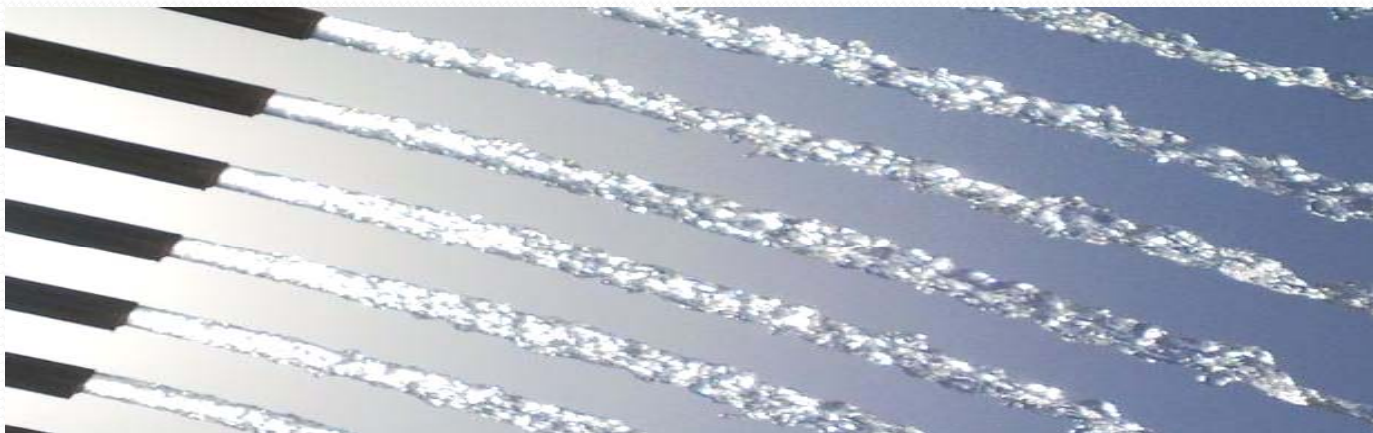
- 1. La Antigüedad y la Edad Media.
- No hay una producción única, sino ***coexistencia de fuentes***. Una concepción abierta a la casuística y la búsqueda de la solución mas justa a los conflictos jurídicos reales y concretos en distintas instancias y criterios.
- En Roma, **pretore, jurisconsultos, el senado o los emperadores ostentan condición de fuente** de producción, ninguno de ellos en exclusiva. Edictos, leyes, constituciones, opiniones y citas conforman fuentes de conocimiento que se completan e integran entre sí, en un **orden jurídico complejo y dinámico**.



- En el **Derecho Medieval** los *monarcas, la Iglesia, las autoridades municipales, los señores feudales, los comerciantes o los gremios* , entre otros, son, en el ámbito de su jurisdicción propia, **fuentes de producción de derecho**, de las que **derivan las correspondientes fuentes de conocimiento :leyes, bulas, fueros**, regulaciones gremiales, resoluciones , etc. Cada una vigente en un territorio o aspectos del individuo (como ciudadano, cristiano, súbdito) **sin clara relación jerárquica** entre instituciones o normas.
- La ***lex mercatoria*** regulaba los intercambios comerciales, el derecho canónico, aprobado por la iglesia, las leyes y edictos dictados por la autoridad real, municipal y demás, componían un **enjambre de órganos y normativas que ilustra el grado de heterogeneidad y fragmentación** del derecho en el Medievo.



- Nota común a estos órdenes, vigentes hasta los siglos XIV y XV, es el **pluralismo jurídico**, en cuanto a la pluralidad o coexistencia de fuentes (de producción y de conocimiento) con normativa específica en cada ámbito de la vida del ser humano. Este pluralismo dará paso paulatinamente al **monismo jurídico una vez que el Estado** moderno se afirme **como única fuente de producción de Derecho** y niegue cualquier otra.



2. El Estado moderno y contemporáneo.

- La aparición y consolidación del *Estado moderno* supuso la desaparición del pluralismo jurídico y de la concepción del derecho ligado a él.
- La concentración del poder en el monarca supuso la afirmación de su monopolio para crear y aplicar el derecho. Con el triunfo del Estado, siglos XVII y XVIII, se configura como **estado absoluto (Absolutismo), el rey acumula todo el poder y autoridad** para dictar la ley en el territorio.



- La idea de una nación, un **soberano** y una sola legislación sintetiza el significado del estado moderno, en una primera fase voluntad del monarca (**fuentes de producción única**) y de la **ley que expresa su voluntad (fuente de conocimiento)** fundamento y origen del ordenamiento jurídico. La **soberanía personificada por el gobernante**, en exclusiva para crear el Derecho, sometiendo a su voluntad la actividad legislativa. **Jerarquización del sistema de fuentes en la cúspide la voluntad del monarca y sus preceptos.**



- El paso del estado absoluto al **estado liberal**, consagrado en la **Revolución Francesa 1789**, no supuso cambio de estado como fuente primordial sino una **transformación de titularidad del poder estatal**.
- La concentración del poder del monarca dio paso al principio de **separación de poderes**, el **legislativo (parlamento)**, el **ejecutivo (gobierno)** y el **judicial (administración de justicia)** se distribuyen el poder estatal y la potestad legislativa.
- Conforme a la **teoría política liberal**, el legislativo actúa en representación del pueblo soberano y ostenta amplia competencia legislativa que se materializa ejemplarmente en la ley; el ejecutivo función subsidiaria y potestad normativa inferior, y los jueces mera tarea aplicativa de la ley aprobada por los representantes de la soberanía nacional.
- Vigente con modificaciones en la actualidad, concede al estado el monopolio de la producción normativa, validez normativa por su procedencia de órgano estatal. La constitución norma superior y originaria del ordenamiento, la que establezca las condiciones e instrumentos de la potestad legislativa. Los principios de Competencia y Jerarquía permiten ordenar ese conjunto de instancias estatales en una unidad (el Estado) y sus diferentes manifestaciones normativas en un sistema unificado (ordenamiento jurídico).
- En resumen, en este periodo **reducción de fuentes de producción a una sola, el Estado** (absoluto o liberal) y la voluntad del legislador estatal (monarca o parlamento) origen único de la validez de normatividad jurídica. Con el proceso de *constitucionalización* de ordenamientos esta concepción positivista-monista experimenta transformaciones.



3. La actualidad.

- En lo sustancial este modelo positivista heredero de la Revolución Francesa, sigue vigente, el **Estado principal fuente producción** y la **ley fuente de conocimiento**, apareciendo **nuevas fuentes** que ponen en cuestión su exclusividad, motivos:
 1. **La integración en entidades supranacionales**, lo que debilita el principio de *soberanía nacional al ceder parcialmente competencias* de decisión y regulación. Caso UE donde **Comisión Europea, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo auténticas fuentes de producción**, nuevos instrumentos legislativos en los ordenamientos jurídicos internos.
 2. **La Globalización**, incremento del comercio internacional, desbordamiento de fronteras, reforzamiento del papel de los organismos internacionales. Caso **OIC organización internacional del Comercio, fuente creadora de derecho** al margen de los estados, **nuevas prácticas y usos del comercio internacional**, nueva *lex mercatoria*, los estados obligados como condición de su desarrollo económico. Erosión de la soberanía estatal, y rebasamiento de su marco jurídico interno.
 3. **La desregulación y privatización en sectores del derecho**. Nuevas fuentes por la autonomía de la voluntad en la resolución de conflictos con la extensión de los procedimientos de Arbitraje (laudos) y Conciliación (recomendaciones), la Mediación, suponen la quiebra del monopolio normativo del Estado en ámbitos del derecho civil, laboral, e incluso penal.



3- **LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL (FEB17)**

- Nos referiremos a las vigentes fuentes de conocimiento de las que puede deducirse el órgano o la práctica de la que derivan.
- Por un lado, el **Código Civil (1889)** que establece relación precisa de las fuentes convencionales, por otro **la Constitución Española 1978 (Feb20)** que se constituye como fuente suprema del derecho, modifica y completa **sustancialmente el conjunto del sistema de fuentes español.**
- Debemos acudir al **artículo 1, 1º del Código Civil**, cuyo tenor reza: ***Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*** (FEB19R), (Feb17)

1. **La Ley.**

La ley es **fuentes de conocimiento del derecho** por excelencia, instrumento por el que se manifiesta la voluntad del estado y de sus órganos legislativos. Conforme teoría clásica del estado liberal, la ley es expresión de la voluntad popular aprobada por sus representantes en el parlamento, por ello fuente primordial del derecho.



- Tomamos la **noción de ley en sentido amplio** (norma), que abarca disposiciones normativas, del parlamento, del poder ejecutivo (decretos-ley, reglamentos, decretos legislativos) que comparten una **nota común**: son **normas jurídicas de carácter general dictadas por los órganos estatales competentes**.
- **Características:(SEPT19R)**
 1. **Generalidad**(regulan supuestos abstractos para pluralidad de sujetos)
 2. **Publicidad**. (vigencia generalmente desde su publicación)
 3. **Jerarquización**. (establece su posición de superioridad o inferioridad)
 4. **Permanencia**. (salvo excepciones indefinida hasta su derogación)
- Caso especial tratados internacionales, aunque en rigor no son leyes, sí poseen rango de ley y una vigencia análoga una vez ratificados por el estado y publicados.



2. La costumbre.(SEP15 DESARROLLO)

- El Artículo 1.3 del Código Civil, dice “*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.*”
- *La costumbre es una fuente del Derecho*, ya que una ley tan importante como el Código Civil la llama en su auxilio. *En cuanto a su ámbito no todo* no todos los usos sociales de un determinado lugar llegan a tener la consideración de costumbre, en el sentido de fuente formal. En nuestro ordenamiento, existen varios **requisitos**:
 - 1- Que exista una **regulación constatada y demostrable** en cualesquiera de las materias que son objeto de regulación jurídica. Excluye las meras prácticas de educación, cortesía, o protocolo.
 - 2- Que se haya constatado que **quienes ajustan su conducta a determinada costumbre**, le otorgan **auténtico valor de ley del lugar**, conscientes de que **cumplen la regla vigente**, cuya violación perjudicaría su buen nombre y prestigio.
 - 3- Que **no exista ley al respecto**, pues *la costumbre es fuente supletoria*: esto es, rige solo en defecto de ley.
 - 4- Que no sea contraria a la moral ni al orden público. (Ej. 3%en protección)



3. Los principios generales del Derecho. (SEP14R)

- Establece el art. 1,4: ***Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre(FEB17R), sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.(SEPT18)***
- Bajo esta denominación se engloba una serie indeterminada de enunciados normativos de naturaleza muy general. Se trata de **criterios jurídicos** que poseen un **carácter transversal** aplicable al conjunto del ordenamiento jurídico o de una rama del mismo. Por eso, a aquellos susceptibles de proyectarse sobre la totalidad de una regulación jurídica (igualdad, proporcionalidad), **y, por otra, a principios generales** del Derecho civil, procesal, penal, etc, que son específicos de cada una de estas ramas. (**buena fe (SEP16R)** contractual, proceso debido o intervención mínima).
- Los principios acaso sean la fuente del Derecho más controvertida, puesto que **no existe una relación taxativa y cerrada de los mismos**. Es verdad que el propio ordenamiento recoge explícitamente alguno de ellos (es el caso de la buena fe), pero otros subyacen implícitamente en el conjunto de aquel. Constituyen una **fuentes del Derecho en tanto que proporcionan al aplicador jurídico un criterio de carácter amplio y comprensivo**, que permite no solo aplicar con rectitud las normas al caso concreto, sino también **resolver supuestos de antinomias y lagunas**.



4. El caso especial de la jurisprudencia. (FEB17)

- En nuestro ordenamiento jurídico (sistema continental) **la jurisprudencia NO es fuente de conocimiento (FEB18R No es fuente formal)** (ni los jueces y magistrados fuente de producción) del derecho en sentido propio, al contrario que en los sistemas anglosajones.
- El Código Civil en su artículo 1.6 cuando dice "*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*".
- La relevancia de la jurisprudencia parece únicamente al ámbito interpretativo y solo por lo que se refiere a un determinado órgano jurisdiccional. La del **Tribunal Supremo se considera fuente del derecho en tanto completa y aclara el sentido y alcance de las demás fuentes.**
- Sin embargo, y pese al **criterio restrictivo con que el Código civil atribuye a la jurisprudencia el valor de fuente**, debe señalarse que, desde cierto punto de vista, **toda jurisprudencia, (no solo del TS) constituye fuente del Derecho.** Pues, aunque es cierto que sus resoluciones aplican las fuentes formales anteriormente referidas (ley, costumbre, principios), no dejan por ello de incorporar en su labor interpretativa el sentido de justicia que les demanda cada caso al que se enfrentan.



- Debe hacerse mención de la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, que aun cuando no se está recogida en el Código civil constituye una **fuentes del Derecho de primer orden y no está recogida en el Código Civil (Feb20)**. No porque pueda legislar, sino porque en su función de control, su interpretación de las disposiciones constitucionales sobre **derechos fundamentales en cada caso concreto posee fuerza vinculante para jueces y tribunales.**



5- La Constitución como Fuente (Feb20/18/15/SEP16 DESARROLLO)

- Precisamente con el problema de la incorporación de las constituciones a los ordenamientos jurídicos se plantea en el ámbito continental la **crisis del sistema tradicional de fuentes**, centrado en la primacía de la ley. En el caso español, la aprobación de la Constitución de 1978, cuyas normas no se limitan (como las del XIX) a establecer un **marco general de la estructura institucional** del Estado y la **distribución de poderes**, obliga a **reconsiderar el sistema de fuentes de conocimiento y de producción**, contenido en el título preliminar del Código Civil.

La Constitución tiene **valor normativo directo, directamente aplicable, sin necesidad de desarrollo legal.**(SEP16/FEB13). Su preceptos tienen la condición plena de **fuerza de conocimiento** (FEB16/14) (FEB14B/SEP14R **fuerza formal**) **del mayor rango y vinculantes** para los tribunales. El conjunto del ordenamiento, y la **ley como fuente**, ha de **interpretarse de conformidad con el texto constitucional.**(Feb20)



- Se trata de una auténtica *constitucionalización del ordenamiento*, que expresó el propio Tribunal Constitucional (STC 15/1983 de 23 abril) al afirmar que “... la **Constitución**, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, **es una norma jurídica (...)** Por ello es indudable que sus **preceptos son alegables ante los tribunales**”. Valor normativo directo.

Otra novedad **Constitución Española**, incorpora **Principios** y **Valores** de igual valor normativo y reconfiguran los principios generales .

- **Art.1.1..** España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como **VALORES SUPERIORES de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.** (informan el conjunto de normas vigentes en el ordenamiento).

- Art. 9.3. 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.



5. EL DERECHO EUROPEO

- La **Unión Europea posee un ordenamiento jurídico** (distinto del derecho internacional) y su legislación **se integra en el ordenamiento jurídico de cada Estado** miembro. Sus instituciones (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión) tiene plena condición de fuentes de producción de Derecho y su normativa (Vinculantes: Reglamentos, Directivas y Decisiones. Y No vinculantes: Recomendaciones y Dictámenes.) fuentes de conocimiento aplicables en el territorio de los Estados.

Es ***derecho originario*** de la UE, los **tratados fundacionales** que regulan sus instituciones y funcionamiento orgánico. Sus tres principales instrumentos considerado ***derecho derivado*** de la UE, Reglamentos, Directivas y Decisiones



NORMAS DE LA UNIÓN EUROPEA

VINCULANTES

NO VINCULANTES

REGLAMENTOS

- ALCANCE GENERAL (APLICABLE A TODOS LOS EE.MM)
- MISMO RANGO QUE UNA LEY NACIONAL
- PUBLICACION EN EL DOUE

DIRECTIVAS

- OBLIGATORIA PARA UNO O VARIOS EE.MM
- EL EE.MM DEBE ALCANZAR LOS RESULTADOS MARCADOS EN ELLA, PERO TIENE LIBERTAD DE ELECCIÓN RESPECTO A LA FORMA Y LOS MEDIOS PARA ALCANZARLOS
- SE MARCA UNA FECHA LÍMITE PARA SU INCORPORACIÓN AL DERECHO NACIONAL
- OBJETIVO: ARMONIZAR LEGISLACIONES NACIONALES

DECISIONES

- LEGISLA CASOS PARTICULARES (PUEDE AFECTAR A UN EE.MM, A UNA CC.AA EN CONCRETO, A UNA EMPRESA O A UN CIUDADANO)
- PUEDEN EXIGIR QUE SE ACTÚE O SE DEJE DE HACERLO, CONCEDIENDO DERECHOS O IMPONIENDO OBLIGACIONES

RECOMENDACIONES Y DICTÁMENES

- CONTIENEN SUGERENCIAS O EXPLICACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS

- REQUIEREN UN ACTO DE TRANSPOSICIÓN POR LOS ESTADOS.

- NO REQUIEREN TRASPOSICIÓN



Tutor: @miguelgorbe

- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es el encargado de garantizar la efectiva aplicación de estas normas y de **resolver conflictos entre los estados miembros y las instituciones europeas**. Año de creación: 1952 Sede: **Luxemburgo**





Las directivas obligan a los estados destinatarios a plasmar en sus legislaciones internas una serie de objetivos, dejando a éstos la elección de los instrumentos legales para realizar la trasposición de la normativa, lo que permite su adaptación a las singularidades nacionales. Salvo excepciones, su entrada en vigor es posterior al acto de trasposición, que debe realizarse en el plazo señalado en la misma directiva.

Por último, las decisiones regulan materias concretas relativas a destinatarios específicos (estados miembros, personas físicas o jurídicas) y requieren, como las directivas, un acto de trasposición por parte de los estados.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el encargado de garantizar la efectiva aplicación de estas normas y de resolver conflictos entre los estados miembros y las instituciones europeas.