

## *CONCEPTO Y ENUMERACIÓN*

La palabra “*fuerza*” aplicada al derecho tiene multitud de acepciones. En un sentido instrumental puede entenderse como fuente de conocimiento de los ordenamientos jurídicos (documentos, inscripciones...), es decir, el conjunto de medios conducentes al conocimiento del derecho ya creado. Un segundo sentido es el filosófico que entiende la fuente como fundamento del derecho, su origen o su causa última. Por último, y esta es la acepción que ahora nos interesa, se entiende por fuente del derecho, aquello de donde él mismo se origina. Un sistema de fuentes no es producto del azar o del capricho sino consecuencia de múltiples factores políticos, sociológicos e ideológicos y a través del mismo se transparenta un conjunto de ideas y hechos dominantes en la comunidad en que se aplica. Actualmente y en el ordenamiento español el predominio de la ley como fuente del derecho indica la intensidad creciente del poder del estado y de su organización y actividades frente a las normas espontáneas de creación del derecho como en otras épocas pudo ser la costumbre.

Pues bien, las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho, tal y como se recoge en el [artículo 1.1 del Código Civil](#).

## *II. LA LEY*

Ley en sentido amplio significa Derecho o norma jurídica en general; en sentido estricto significa aquella norma jurídica imperativamente impuesta por el Estado, y aún en un sentido más estricto puede referirse a un conjunto de normas que reúnan determinadas características materiales o formales. En el Estado moderno y en nuestro ordenamiento jurídico la Ley es la primera de las fuentes del Derecho, con decisiva supremacía frente a cualquier otra fuente creadora del derecho. En toda ley pueden distinguirse dos elementos o requisitos: uno de naturaleza interna que consiste en su finalidad tendente a la organización jurídica de una comunidad, y otro externo consistente en provenir de la autoridad que le confiere poder soberano.

Característica de la Ley es sin duda alguna la taxatividad, como resultado de la creación deliberada de normas jurídicas en palabras taxativas. Y a su vez podemos distinguir entre leyes en sentido amplio y estricto, según emanen del poder ejecutivo o del poder legislativo, correspondiéndose esta distinción con la que diferencia entre leyes propiamente dichas y disposiciones con rango inferior a la ley según emanen del poder legislativo o ejecutivo. Pero desde luego, el artículo 1.1 de nuestro Código Civil se refiere a las leyes en su sentido más amplio, comprendiendo por tanto a aquellas de rango inferior. También puede distinguirse entre leyes en sentido formal que equivalen a todas las reglas jurídicas cualquiera que sea su contenido, y leyes en sentido material que son aquellas que establecen reglas generales y obligatorias.

La ley fundamental de nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución, fuente de principios de todas las demás leyes, con eficacia derogatoria de las disposiciones normativas anteriores a la vez que condiciona la de las ulteriores. Es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y a ella habrán de ajustarse todas las normas de rango inferior. Así, cuando algún Juez o Tribunal considere en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución y no sea posible, por vía interpretativa, la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, planteará la cuestión de inconstitucionalidad.

Los artículos 81 a 86 de la Constitución regulan la elaboración de las leyes distinguiendo entre leyes orgánicas y leyes ordinarias. Las primeras se encuentran reservadas a regular los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía, las referidas al régimen Electoral General y las que la Constitución prevea expresamente que deben adoptar esa forma. Su aprobación y modificación exige mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados. También contempla los casos de delegación legislativa en el artículo 82.1, 2 y 3; las leyes de bases en el artículo 82.4; los textos refundidos en el artículo 82.5, los decretos legislativos en el artículo 85; los decretos leyes en el artículo 86 y los Reglamentos en el artículo 97.

Las Comunidades Autónomas tienen también pleno poder legislativo y reglamentario dentro del ámbito de sus competencias sin que puedan invadir aquellas reservadas al Estado (artículos 148 y 149 de la Constitución). Las normas que dicten dentro de su ámbito competencial tendrán carácter preferente a las estatales si bien éstas tendrán carácter supletorio respecto de aquellas.

### III. LA COSTUMBRE

La costumbre puede definirse como una conducta reiterada, generalizada y uniforme, dentro de un ámbito social determinado bien territorialmente o por otra circunstancia que lo defina, conducta que es observada por los miembros de dicho grupo como si de norma jurídica se tratase, considerándose por tanto obligados por la misma. De Castro la define como fuente jurídica creada ex factis por las agrupaciones sociales no incluidas en el mecanismo estatal, mediante una actuación uniforme y continuada a la que han acomodado su conducta por estimarla reguladora de su proceder.

#### 1. Requisitos

De acuerdo con el artículo 1.3 de nuestro Código Civil, para que la costumbre tenga el carácter de fuente del derecho es necesario que no sea contraria a la moral o al orden público, requisito que ya tradicional e históricamente se exigía, y que sea probada. Respecto de la prueba de la costumbre parece razonable entender que el objeto de dicha prueba ha de recaer sobre la actuación uniforme y continuada, debiendo quedar al arbitrio del juzgador la prueba de la convicción de ser dicha conducta obligatoria y reguladora de su proceder. Es razonable pensar que las partes podrán servirse de todos los medios a su alcance para probar la costumbre y que, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, esta necesidad de prueba lo será sin perjuicio de la facultad que tiene el juzgador de poder aplicar la costumbre de oficio cuando su vigencia le constare a ciencia propia.

#### 2. Elementos de la costumbre

Nuestra doctrina ha venido tradicionalmente distinguiendo como elementos constitutivos de la costumbre dos: El uso y la opinio iuris. El primero de ellos es apreciable externamente y consiste en la repetición externa de la conducta, en la repetición de actos uniformes a lo largo del tiempo. El segundo elemento es de naturaleza espiritual y consiste en la creencia de estar obrando conforme a derecho, de estar llevando a cabo una conducta debida y en definitiva obligada. El primero puede existir con independencia del segundo, pero entonces ya no estaremos hablando de costumbre sino de una repetición de actos que no constituye norma jurídica; el segundo sin el primero, obviamente, carece de sentido. En cualquier caso, el uso debe ser externo, público, libre, continuado en el tiempo y practicado al menos por la mayoría de las personas que conforman un grupo social. Respecto del segundo elemento conocido como la opinio iuris, el mismo constituye el elemento conformador del uso que le da cuerpo y lo integra conformando así la costumbre, aunque también se ha señalado por algún sector doctrinal (Albaladejo) que no tiene interés distinguir los usos de la costumbre porque aún distinguidos y constatado que una cierta práctica carece de opinio iuris no por ello se quita a la misma valor normativo.

#### 3. Caracteres de la costumbre

La costumbre es una fuente del derecho cercana a la sociedad, de ahí que suele responder a las necesidades del grupo adaptándose perfectamente a él, y en este sentido encajaba a la perfección en épocas pasadas en que los textos legales eran más escasos supliendo así la regulación en materias que carecían de ella, de manera que de acuerdo con su naturaleza es una norma no escrita, sin perjuicio de que pueda redactarse por escrito, lo cual nada nuevo añade a la misma. Se ha formado de manera muy lenta y progresiva y por ello y a diferencia de la ley, carece de promulgación o de entrada en vigor; sin embargo es una verdadera y auténtica norma jurídica independiente de la ley aunque en ocasiones una ley ya derogada se cumpla reiteradamente hasta llegar a conformarse como costumbre y a la inversa puede que se promulgue una ley que recoja una costumbre.

#### 4. Clases de costumbre

La costumbre ha sido tradicionalmente clasificada por nuestra doctrina tomando como criterio su relación con la ley, de manera que se ha llevado a cabo la siguiente clasificación:

- - Costumbre praeter legem: Es aquella que regula materia no regulada por la ley y rige en toda España.
- - Costumbre contra legem: Es aquella que regula una materia en forma distinta a como aparece regulada en la ley, se encuentra admitida en algunos ordenamientos forales y puede tener lugar cuando un uso reiterado y continuado con consciencia de obligatoriedad y normatividad en el grupo social es contrario a lo regulado por la ley dispositiva.
- - Costumbre secundum legem: Que regula una materia que ya ha sido objeto de una ley pero ampliándola o dándole una interpretación peculiar.

Existen otros criterios a la hora de clasificar la costumbre como común o especial, según se refiera a todos los miembros del grupo o solamente a quienes realicen una determinada actividad por ejemplo profesional.

También la costumbre puede ser general si se practica en todo el territorio nacional o comarcal, si se practica solamente en una comarca o región y local si únicamente se practica en una localidad.

### IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Por principios generales del derecho se entienden las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación (De Castro), es decir, los que dan sentido a las normas jurídicas legales o consuetudinarias existentes en la comunidad, los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares. Pueden referirse simplemente al sistema jurídico de cada estado (teoría del derecho positivo) o conectarse con el derecho natural (teoría de derecho natural) en cuyo caso trascenderían del derecho positivo. Hoy en día una parte importante de los principios generales del derecho en nuestro ordenamiento jurídico la constituyen los principios constitucionales, aunque existen muchos otros al margen de la Constitución.

Los principios generales del derecho no deben confundirse con las llamadas reglas de derecho, apotegmas o máximas jurídicas que el Digesto definía como las que describen brevemente una cosa y que no tienen el carácter de fuente del derecho, si bien es cierto que los principios generales del derecho se expresan en ocasiones como máximas o aforismos.

Como hemos visto anteriormente, nuestro Código Civil enumera los principios generales del derecho entre las fuentes del Derecho y añade que se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. Para un sector de nuestra doctrina y atendiendo fundamentalmente a este carácter informador del ordenamiento jurídico, los principios generales del derecho están por encima del resto de las fuentes y su papel en nuestro ordenamiento es esencial como elemento integrador indispensable para que el juez, sujeto a la obligación de dictar Sentencia ante los

intereses contrapuestos, pueda acudir a ellos cuando no exista ley ni costumbre sobre una materia determinada. Pero sin excepción, se inclina la doctrina civilista por conceder un doble origen de estos principios, así, para De la Vega los mismos abarcan tanto “*a los principios superiores de justicia como a los que informan el ordenamiento jurídico del país*”.

En cualquier caso han de ser considerados no como criterios abstractos sino como verdaderas reglas jurídicas que constituyen el espíritu de todo el ordenamiento al que convierten de conjunto inorgánico en unidad vital.

Pero en cualquier caso habrá que tenerse presente que los principios generales del derecho no se encuentran escritos y pueden expresarse de muy diversas maneras, tampoco existe una lista taxativa de principios generales enumerados ni un *numerus clausus* de ellos; pero ello, lejos de ser un inconveniente es una cualidad inherente a su carácter integrador y conformador del ordenamiento jurídico, ya que dejan un amplio arbitrio al juez a la hora de dictar Sentencia de manera que este podrá recurrir a nuevos principios cuando así lo exija la evolución de la sociedad, y al mismo tiempo le dejan desarrollar su actividad creadora ya que la solución del caso no podrá venir dada de forma exacta y encorsetada por los principios, dado el nivel de abstracción de éstos, sino que en gran medida depende de la actividad creadora del juez. Pero por otra parte, constituyen a la vez un límite a la actividad del juez ya que impiden que su decisión del caso concreto se muestre en desacuerdo con el ordenamiento jurídico.

En su aplicación concreta cualquier parte litigante puede alegar principios generales del derecho en su demanda o en su contestación, si bien nuestro Tribunal Supremo ha exigido que los principios generales sean alegados expresando su estricta necesidad ante la deficiencia del ordenamiento jurídico escrito o consuetudinario (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005). Igualmente es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo el que para que los principios generales del derecho puedan acceder a la casación se requiere que se cite la Ley o Sentencia de donde dimana.

## V. LA JURISPRUDENCIA

Se entiende por jurisprudencia en un sentido amplio el conjunto de pronunciamientos o sentencias de los Tribunales en cuanto deciden puntos de derecho y por tanto con cierto valor de precedente. En sentido estricto se entiende por jurisprudencia la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Supremo, que puede alegarse ante dicho Tribunal cuando un tribunal inferior se haya apartado de la misma y que viene constituida por al menos dos Sentencias del Alto Tribunal que decidan algún punto jurídico en un mismo sentido.

Ciertamente la Jurisprudencia no es una fuente del derecho equiparable a las anteriormente estudiadas porque no enriquece al ordenamiento jurídico con nuevos preceptos sino que complementa al ordenamiento jurídico, función que le asigna el [artículo 1.6 del Código Civil](#), expresión del sumo valor que tienen en la práctica las Sentencias del Tribunal Supremo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 ya declaró, con cita de 22 de julio de 1944 dictada por dicha Sala que cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, ésta debe ser mantenida en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas en tanto no se demuestre de modo indubitable la autonomía de ella con el verdadero contenido de la ley.

## VI. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO COMUNITARIO

El Tratado internacional puede definirse como el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados o entre Organizaciones Internacionales. Es fuente de derecho en la medida en que el artículo 96 de nuestra Constitución establece que “*Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo*

*podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional”.*

Por otra parte, las normas comunitarias de la Unión Europea tienen el carácter de normas supranacionales y por ello prevalecen sobre las de derecho interno. El artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea obliga a los poderes públicos a inaplicar las normas nacionales incompatibles con las normas comunitarias. No solo los Tratados Constitutivos son la norma suprema del derecho comunitario, sino también los actos normativos emanados de las Instituciones comunitarias tales como los Reglamentos o las Directivas. Los primeros, que constituyen el equivalente de la ley o el reglamento en el derecho estatal, son obligatorios para todos los Estados miembros y para los particulares; es decir, son de general aplicación con tal de que hayan sido publicados en el Diario oficial de las Comunidades Europeas. Las Directivas por su parte son obligatorias únicamente respecto del resultado a alcanzar ya que se trata de normas a las que los Estados miembros deben adaptar su legislación interna mediante la llamada transposición. No son por tanto las Directivas susceptibles de aplicación directa en cada uno de los Estados miembros.

Deben así mismo tenerse en cuenta como fuente del derecho comunitario las denominadas Reglas de derecho internacional incorporadas al mismo, la costumbre internacional que constituye una fuente de especial trascendencia y los principios generales de derecho internacional que gozan de menor importancia.

Los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución.

## ACTIVIDADES

- 1) LEER E INTERPRETAR EL TEXTO DADO
- 2) REDACTAR UNA SINTESIS DE LO COMPRENDIDO
- 3) ELABORAR UN CUADRO SINOPTICO O UN ESQUEMA CONCEPTUAL.
- 4) CONFECCIONAR UN GLOSARIO DE TERMINOS JURIDICOS.
- 5) INVESTIGAR SOBRE LAS RAMAS DEL DERECHO DESTACANDO SU SIGNIFICADO Y CARACTERISTICAS.

TIEMPO DE PRESENTACION: 1ER QUINCENA DE MAYO

ENVIAR AL CORREO : [mariaelenaalvarezmenendez@yahoo.com](mailto:mariaelenaalvarezmenendez@yahoo.com)