

AC 09 36

Buenas noches, bienvenidos al tiempo educativo y cultural del curso de acceso directo, que como cada día, de lunes a viernes, os acerca a las asignaturas que os darán paso a la carrera universitaria que elijáis. ...de Jesús Cediel en el control de sonido e Isabel Báez ante el micrófono. Hoy ocupará nuestro tiempo la asignatura Nociones Jurídicas Básicas, con la profesora María Eugenia Gallo hablaremos de las fuentes del derecho.

Estamos esta noche con la profesora María Eugenia Gallo, buenas noches María Eugenia. Buenas noches Isabel. Bueno, antes de meternos con el tema en cuestión, parece ser que ha habido problemas con la guía del curso, en cuanto a los medios audiovisuales, ¿qué problemas ha habido? Bueno, sí, la verdad es que todavía no hemos logrado averiguar muy bien por donde ha surgido el problema, pero la verdad es que es cierto, en la guía de medios audiovisuales hay una errata en cuanto que se pone de manifiesto que las emisiones nuestras se pueden seguir a través de Radio 3 y otras emisoras, lo cual, como se sabe, no es así, en definitiva nuestras emisiones surgen igual que las de los demás compañeros en Radio 1, y por tanto los alumnos de esta asignatura tienen que seguir las emisiones radiofónicas de Nociones Jurídicas igual que siguen las de Matemáticas o las de Lengua, en definitiva por la misma emisora de radio que escuchan las demás asignaturas.

Por tanto, bueno, pues simplemente pedir disculpas de ese posible error en que hemos incurrido a la redactora de la guía y decirles que, lógicamente, seguimos estando donde estábamos y que nos sigan encontrando y buscando en el dial de la radio que estábamos hasta este momento. Y, por otra parte, también quisiera hacer una puntualización porque, bueno, ha habido llamadas a las guardias en este sentido con respecto al libro. El libro es el mismo del año pasado, lo único que ha ocurrido es que se ha editado una segunda edición del manual en el que se ha eliminado el último tema, porque era un tema más destinado a los profesionales del derecho que a los propios alumnos, de manera que el libro es exactamente el mismo, lo único que se ha reducido el formato al salir la segunda edición del manual.

En el resto sigue manteniéndose el mismo epígrafe, las mismas temas y, por tanto, el alumno que esté tranquilo que puede estudiar perfectamente por el manual del año pasado sin ningún problema. Es decir, que sigue siendo un libro quizá más asequible todavía. Sí, es el mismo libro en dirección al derecho, se ha quitado, lógicamente, los errores de imprenta que había e incluso se ha reducido, como te digo, en cuanto al último tema que se les ha eliminado del programa.

La verdad es que era un tema que tampoco normalmente entraba en el programa de la asignatura y, para que no hubiera confusiones, lo hemos eliminado de esa edición y ya está a partir de ahora en la calle la nueva edición, de manera que tanto en esta segunda edición como en la primera, si es que ya algún alumno la tuviera, pueden estudiar perfectamente por él y sin ningún tipo de problema. Bien, y vamos a empezar ya con el tema del día de hoy, que son las fuentes del derecho. ¿Qué nos puedes decir para introducir el tema? Bueno, pues

efectivamente lo primero que tenemos que pensar es que una de las posibles formas de contemplar al derecho, de estudiar al derecho, es considerarlo como un conjunto de normas, como un ordenamiento, es decir, como un grupo de normas que trata de regular las relaciones entre los hombres.

Pues bien, si contemplamos al derecho de esta forma, ello nos lleva de inmediato a preguntarnos acerca de cuál es el origen de esa normatividad, de ese conjunto de normas. En definitiva, sería preguntarnos acerca de dónde surge el derecho. Y para responder a esta pregunta, la respuesta la vamos a encontrar a través del estudio de la llamada teoría de las fuentes del derecho, que es una de las parcelas quizá más importantes que tiene la ciencia jurídica, porque si no conocemos adecuadamente las fuentes del derecho y la problemática que estas fuentes plantean, resultaría prácticamente imposible saber qué es lo que ha de ser considerado como derecho en un país en un momento determinado, así como también sería bastante difícil averiguar cómo son las normas jurídicas susceptibles de aplicarse a un determinado caso o a un determinado conflicto jurídico.

Por tanto, cada derecho positivo va a establecer unos determinados criterios para producir las normas jurídicas, así como también unos determinados criterios que van a permitir el conocimiento de dichas normas jurídicas, de manera que podríamos decir que cada derecho positivo elabora o crea su propio sistema de fuentes, el cual lógicamente no va a ser creado al azar, sino que será el resultado de un conjunto de factores históricos, políticos, sociológicos, ideológicos, etcétera, etcétera, que estarán existiendo en esa sociedad. Con todo, muchos ordenamientos jurídicos tienen sistemas de fuentes muy semejantes, por ejemplo, es el caso que ocurre en el sistema de fuentes del derecho español, que presenta pues grandes coincidencias con la mayoría de los sistemas de fuentes de los demás derechos positivos de los países europeos continentales. ¿Como consecuencia de qué? Pues como consecuencia, entre otros factores, de que todos ellos proceden del derecho romano, tienen esa común procedencia.

Por el contrario, si nos vamos al sistema de fuentes vigente en el derecho inglés, este sistema presenta unas características peculiares que se han seguido manteniendo en aquellos ordenamientos jurídicos que proceden del inglés, como es el caso del derecho norteamericano y el de muchos países que en su momento pertenecieron al imperio británico. Lógicamente, la tarea del derecho positivo no se limita únicamente a establecer el sistema de fuentes, sino que además ha de establecer también las relaciones que se han de producir entre las distintas fuentes, puesto que las fuentes del derecho no van a actuar aisladamente, sino que aparecen conectadas entre sí según unos determinados principios o criterios, de tal manera que normalmente es el propio ordenamiento jurídico el que establece tanto el sistema de fuentes como la jerarquía que ha de existir entre ellas. Por otra parte, también hay que decir que el estudio de las fuentes del derecho del sistema de fuentes de un determinado ordenamiento jurídico nos permite también entender mejor el régimen o sistema político que se ha impuesto en un determinado país, puesto que dependiendo de la estructura estatal por la que se haya optado y de las relaciones que se hayan establecido entre los distintos órganos jurídico-

políticos, se obtendrá un sistema de fuentes del derecho concreto y específico.

En este sentido, podríamos citar, a modo de ejemplo, que no presentan los mismos rasgos el sistema de fuentes de un Estado unitario, en el que únicamente se reconoce poder normativo a los órganos estatales, que el sistema de fuentes de un Estado descentralizado o complejo, como sería el actual caso español, donde junto con los órganos estatales coexisten órganos autonómicos que en determinados ámbitos tienen reconocida la facultad de elaborar normas jurídicas. En definitiva, una vez que cada ordenamiento jurídico ha establecido su propio sistema de fuentes, dicho sistema habrá de ser tenido en cuenta tanto para la elaboración de las normas jurídicas que formarán parte de dicho ordenamiento, como para la aplicación de ese derecho. Bien, una vez analizada la importancia que tienen tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico el estudio de las fuentes del derecho, hemos de ir planteándonos otra serie de cuestiones, entre las que destacan, pues qué se entiende por derecho, por fuentes del derecho y si cabe la posibilidad de que existan distintas categorías o tipos de fuentes.

Sí, es cierto. La primera pregunta que me has hecho, qué se entiende por fuente del derecho, nos conduce necesariamente al estudio del concepto de fuente y, lógicamente, para averiguar el sentido y significado de esta expresión, podemos, en primer término, partir del análisis del significado que el término fuente tiene en el lenguaje común. Así, si acudimos al diccionario de la lengua española, nos encontramos que ésta atribuye a la expresión fuente dos significados.

Fuente es, por una parte, el lugar de donde brota el agua y, por otra, la causa u origen de donde algo profede. Partiendo de estos dos significados, la teoría jurídica ha ido atribuyendo al término fuente en relación con el ámbito del derecho diversos significados particulares. Así, en sentido amplio, por fuente del derecho se entiende aquello que origina o hace surgir el derecho.

Este sería, quizá, un concepto general o global de fuente del derecho. Pero sabemos que el derecho no surge repentinamente, a partir de la nada, sino que existen una multiplicidad de factores o de elementos o de situaciones de diferente condición que impulsan la creación del derecho y determinan su contenido. Es más, la creación del derecho implica también la existencia de una determinada estructura de poder-autoridad.

Por ello, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, la expresión fuente del derecho se utiliza en dos sentidos para designar. Por una parte, tanto a la persona o grupos que ostentan el poder o la facultad de crear derecho, de crear normas jurídicas, y, por otra parte, para hacer referencia a la forma de expresión o manifestación del referido derecho. Por tanto, para hacer alusión a las formas que adoptan las normas jurídicas en un determinado ordenamiento jurídico.

Entre ambos sentidos existe una clara relación, puesto que las formas de manifestación de las normas jurídicas varían considerablemente dependiendo de quiénes sean los sujetos titulares con capacidad para producirlas. Por ejemplo, normalmente las disposiciones surgidas del

grupo social suelen revestir la forma de costumbres y, en cambio, cuando es el Estado a través de sus órganos el creador de las normas jurídicas, éstas se manifiestan en forma de leyes generalmente. En el primer sentido que acabamos de aludir, es decir, cuando nos preguntamos acerca de quién establece el derecho, la respuesta nos dará conocer lo que se denominan las fuentes materiales del derecho.

En cambio, en el segundo caso, cuando lo que pretendemos es averiguar cómo o en qué forma se establece el derecho, la respuesta nos descubrirá las consideradas fuentes formales del derecho. Por tanto, a partir de aquí cabe hacer una primera clasificación de las fuentes del derecho, distinguiendo entre fuentes materiales, que serían aquellos órganos o fuerzas sociales que, tomando en consideración los distintos factores presentes en una sociedad, tienen el poder de establecer normas jurídicas, dando por ello origen al derecho, por ejemplo, el Estado, el grupo social, etcétera. En cambio, fuentes formales serían aquellos modos o maneras en que se manifiesta el derecho para que pueda tener validez general dentro de la sociedad para la que se elabora, es decir, aquellas formas a través de las cuales el derecho manifiesta su vigencia, por ejemplo, la ley, la costumbre, los principios generales, etcétera.

Una segunda distinción diferencia entre las llamadas fuentes de producción y fuentes de conocimiento. Fuentes de producción del derecho serían aquellos actos o hechos de los que se deriva la creación, modificación o extinción de las normas jurídicas dentro de un determinado ordenamiento jurídico. En cambio, fuentes de conocimiento del derecho serían los documentos como los códigos, textos legales, resoluciones, etcétera, mediante los que se aprehende la existencia y el contenido de las normas jurídicas, en definitiva, mediante los que se conoce el derecho.

María Eugenia, ¿y qué son las llamadas fuentes históricas del derecho? Bueno, la verdad es que habitualmente se entiende por fuentes históricas aquellos ordenamientos o derechos de épocas anteriores que han dejado notar su influencia en la creación de los modernos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en el supuesto del derecho español, un ejemplo claro de fuente histórica sería el derecho romano, entre otros, puesto que muchas de las instituciones jurídicas que en él se contemplaron han sido la fuente u origen de actuales instituciones jurídicas vigentes en sectores concretos del derecho español actual, como por ejemplo en el ámbito del derecho civil, donde perduran figuras contractuales cuyo origen es claramente romano. Por último, nos vamos a centrar en el estudio del sistema de fuentes del derecho español y, concretamente, en lo que se refiere a las fuentes formales del derecho español actual, es decir, aquellas formas a través de las que el derecho español manifiesta su vigencia.

En este sentido, nos encontramos con que el propio ordenamiento jurídico español nos indica no sólo cuáles son sus fuentes formales, sino que, además, señala claramente qué jerarquía existe entre ellas. Esto era lo que inicialmente poníamos de manifiesto, que el ordenamiento jurídico no solamente cita su sistema de fuentes, sino que, además, las jerarquiza, establece entre ellos una cierta jerarquía. Para ver, por tanto, cuál es nuestro sistema de fuentes y cuál es

la jerarquía entre dichas fuentes, tenemos que acudir a lo dispuesto en el artículo 1, apartado primero, del vigente Código Civil, a tenor del cual las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

En consecuencia, este es el sistema de fuentes vigente en el derecho español, si bien en determinadas ramas o sectores de nuestro ordenamiento, como sería el caso del derecho administrativo o del derecho penal, se han ido elaborando, a partir del que acabamos de mencionar, un sistema de fuentes más minucioso y más complejo. De la enumeración de fuentes que se contienen en este precepto del Código Civil, se pueden extraer una serie de consecuencias, como sería, en primer lugar, que el sistema de fuentes del derecho español presenta una jerarquización clara de las consideradas como tales. Es decir, hay que entender que cuando el artículo 1, en su apartado primero, se refiere a las fuentes del derecho español, no se limita a citarlas, sino que las enumera ordenadamente, estableciendo, por tanto, una gradación entre ellas.

La segunda consecuencia sería que, dentro del actual sistema de fuentes del derecho español, la ley sigue gozando de primacía frente a las demás, si bien ya no se la considera como fuente única, como había venido ocurriendo en algunas concepciones anteriores. Con todo, la primacía de la ley en el actual sistema es clara, no sólo porque ocupe el primer lugar en la enumeración del artículo 1, sino porque, además, el mismo artículo 1, en su apartado tercero, establece que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable y, en su apartado cuarto, este mismo artículo 1 añade que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre. Por tanto, en definitiva, la ley sigue teniendo la primacía.

Y, como última conclusión, cabe entender que la enumeración de fuentes contenida en este precepto es una enumeración exhaustiva, por lo que, en principio, no cabría considerar como fuentes del derecho español más que las que allí se mencionan, surgiendo, en consecuencia, el problema, que más adelante podremos abordar, de cómo considerar a la jurisprudencia. Bien, ahora podemos ocuparnos, aunque sea brevemente, de cada una de las consideradas fuentes del derecho español. Perfectamente.

Si te parece, entonces, y saber, comenzamos con la primera que enuncia el artículo 1 del Código Civil, la ley. El término ley, la verdad es que puede tener significados diversos. Por ejemplo, en un sentido amplio, el término ley se emplea como sinónimo de norma jurídica y, así, habitualmente, en la calle se habla de leyes o de normas, haciéndolo sinónimos.

Pero, en un sentido técnico, estricto, es decir, en el sentido que nuestros alumnos tienen que entender, por ley se entiende aquella norma jurídica que ha sido elaborada por un órgano legislativo, siguiéndose unos determinados requisitos para su formulación o elaboración. En este sentido más concreto, entonces, las leyes se diferencian de otras normas jurídicas, de los reglamentos, de los actos administrativos, que han sido dictados o elaborados por otros órganos, el Gobierno, la Administración, etcétera. Cabe entender que la expresión ley, utilizada en el artículo 1, apartado primero del Código Civil, al mencionar las fuentes del derecho, no es

utilizada en un sentido técnico estricto, sino para hacer alusión a aquellas normas jurídicas que proceden de un órgano concreto y cierto y que tienen atribuida una determinada extensión y eficacia, puesto que, de este modo, se diferenciaría claramente a la ley de la costumbre, que tiene un origen más incierto y difuso, y que presenta una extensión y una eficacia más limitada y más concreta.

Como veíamos antes, la segunda fuente enumerada en el artículo 1 es la costumbre, y por lo que se refiere a la costumbre, desde el punto de vista jurídico, podemos definirla como aquel uso o regla de trato social que genera decisiones y reglas jurídicas. Cabe distinguir entonces diversas clases de costumbre, la costumbre según ley, costumbre secundum legem, que decían los romanos, la costumbre en defecto de ley, praeter legem, o la costumbre contra ley, contra legem. Cuando se menciona a la costumbre dentro del sistema de fuentes del derecho español, se está haciendo referencia al segundo de los tipos mencionados, es decir, a la costumbre en defecto de ley aplicable.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico español no se admite la costumbre que vaya en contra de lo que la ley establece. Pero además, para que la costumbre pueda ser considerada como fuente del derecho, ha de reunir una serie de requisitos, requisitos que por otra parte aparecen recogidos en el apartado tercero del artículo 1 del Código Civil, que era el precepto del que estábamos partiendo. Este apartado tercero establece como requisitos los siguientes.

En primer lugar, que dicha costumbre no resulte contraria a la moral. Aquí está el problema de las relaciones entre el derecho y la moral que ya en su momento explicaremos. En segundo lugar, que la costumbre no sea contraria al orden público, un concepto también un tanto genérico que normalmente se utiliza frente al concepto de derecho.

Y por último, que la costumbre resulte probada, es decir, que se pueda poner de manifiesto la realidad de su existencia, que realmente existe como tal costumbre. Si se logran aunar todas estas condiciones, si se logra que se cumplen todos estos requisitos, la costumbre será considerada como fuente subsidiaria del derecho español. Y digo fuente subsidiaria, porque será fuente del derecho en defecto de ley, cuando no haya ley aplicable.

¿Y qué podemos decir de los principios generales del derecho? Bueno, pues por lo que se refiere a los principios generales del derecho, a tenor de la enumeración que hace el artículo 1 del Código Civil, serían la tercera fuente del derecho español, dato que además viene corroborado, por lo que a continuación dispone el apartado cuarto del mismo artículo primero. Al decir, los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. De lo establecido en ambos preceptos, es decir, el artículo 1.3 y el artículo 1.4, queda claro el carácter subsidiario que los principios generales del derecho tienen con respecto a las otras dos fuentes.

Y aquí, entonces, lo que tendríamos que considerar es qué son los principios generales del derecho, qué se entiende por principios generales del derecho. Pues bien, por principios generales del derecho hay que entender una serie de ideas y valores fundamentales que

subyacen en la base de los ordenamientos jurídicos y que pueden ser tomados en consideración, tanto en el momento de creación del derecho, como a la hora de interpretar lo que las normas jurídicas han ido estableciendo. Por último, si te parece Isabel, podemos plantear el problema de la jurisprudencia, que como ya habíamos visto antes, es un problema que hay que tocar por cuanto, en principio, el artículo 1 del Código Civil no la incluye entre las llamadas fuentes del derecho.

Actualmente, con el término jurisprudencia, normalmente se hace alusión a la doctrina reiterada y uniforme que fijan los jueces y tribunales en sus sentencias. Cabe, entonces, que nos planteemos si la jurisprudencia así entendida puede ser considerada como fuente del derecho. La respuesta a esta cuestión dependerá del sistema jurídico en el que nos situemos, es decir, en los sistemas abiertos, como el Common Law, la jurisprudencia es una de las principales fuentes creadoras del derecho, puesto que los jueces deciden los casos creando reglas y principios jurídicos que van a vincular las posteriores decisiones.

En cambio, en el caso de los sistemas cerrados, como sería el supuesto del derecho español, del derecho francés, del derecho alemán y, en general, de los derechos continentales europeos, los jueces no tienen capacidad creadora del derecho, sino que son unos meros intérpretes del derecho. Por ello, dado que en el derecho español pertenece al grupo de los sistemas cerrados, en nuestro ordenamiento jurídico se considera que la jurisprudencia no es fuente del derecho, y de ahí que no se la mencione en el artículo 1, apartado del Código Civil, al establecer el sistema de fuentes. Con todo, la jurisprudencia, pese a no ser fuente del derecho, posee un gran valor y desempeña, además, una función muy importante dentro del ordenamiento jurídico español, puesto que se entiende que la jurisprudencia sirve para integrar y para dar plenitud al ordenamiento jurídico, debido, en parte, a lo que establece el apartado 6 del artículo 1 del propio Código Civil, al decir, 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.

Por tanto, en definitiva, la jurisprudencia no es fuente del derecho español, pero ayuda en la interpretación de las demás fuentes del derecho, de la ley, de la costumbre y de los principios generales, así como también ayuda para aplicar dichas fuentes, de manera que es un elemento integrador del ordenamiento jurídico español. Antes de terminar con este tema, tendrías algo que resaltar, algo que te parece más importante dentro de él. Sí, bueno, creo que principalmente los alumnos deben de intentar captar en su estudio, por una parte, el concepto de fuente del derecho y, por otra parte, las distintas clases de fuentes del derecho que pueden existir.

Es decir, es muy importante que el alumno sepa distinguir entre lo que es una fuente de producción y lo que es una fuente de conocimiento, entre lo que es una fuente material y lo que es una fuente formal y, sobre todo, dado que nuestros alumnos están viviendo bajo el ordenamiento jurídico español, que conozcan, lógicamente, cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico español. Lo tienen fácil, solo tienen que ir al artículo 1 del Código Civil y,

por tanto, ya desde ahora saben que las fuentes del derecho español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, de manera que ya no pueden incurrir en el error de considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho o no saber cuáles son las fuentes del derecho español. En definitiva, yo creo que este tema, a pesar de lo denso que, en principio, pudiera parecer, es un tema que puede ir extrayéndose consecuencias de él muy claras, muy concretas y, quizá, ahí es donde deben entrar los alumnos su estudio, donde deben fijarse más para establecer esos conceptos de manera precisa y de manera clara, que es lo que realmente luego, a la hora del examen, van a tener que contestar.

Bueno, pues, esperando que, justamente, les hayamos aclarado, les hayas aclarado, no hagas dudas, hasta el próximo programa, Abreu Genia. Hasta el próximo programa, Isabel. Con nociones jurídicas básicas, acabamos el tiempo del curso de acceso y la programación de la UNED, del día de hoy.

Pero antes de terminar, un breve avance de la programación de mañana. Comenzaremos nuestra hora habitual, ocho y media de la noche, siete y media, en la Comunidad Canaria, con Revista de Derecho, para continuar con el informativo semanal de la UNED. Acabaremos con el curso de acceso y matrícula abierta y la asignatura a francés.

Bien, nos esperamos aquí mañana, en Radio 1 FM, de Radio Nacional de España. Gracias por vuestra atención y hasta mañana.