

AC 09 50

Hola, buenas noches, un día más les damos la bienvenida a nuestro programa, el programa dedicado a los alumnos del curso de acceso directo a la universidad para mayores de 25 años, transmitimos a través de Radio 3, frecuencia modulada de Radio Nacional de España. Es muy conveniente el seguimiento de estos programas, pues puede resultar de gran utilidad a los alumnos, al complementar y en muchos casos ampliar los diferentes temas contenidos en el manual de la asignatura. De esta manera, si previamente a su difusión el alumno lee o estudia el tema correspondiente, la emisión del programa les permitirá aclarar dudas y ampliar los conceptos.

En Nociones Jurídicas Básicas esta noche nos acompaña la profesora María Eugenia Gallo, con ella hablaremos de las fuentes del derecho. Para el estudio del tema de hoy, dedicado a las fuentes del derecho, nos acompaña la profesora María Eugenia Gallo, buenas noches María Eugenia. Buenas noches Isabel y buenas noches a todos nuestros alumnos.

Vamos a seguir el esquema siguiente, una introducción, el concepto y clases de fuentes del derecho y las fuentes del derecho español, podemos empezar con la introducción. Perfectamente. Desde el mismo momento en que nos planteamos el estudio del derecho, considerándolo como un ordenamiento, es decir, como un conjunto de normas que tratan de regular las relaciones entre los hombres, desde ese mismo instante entonces habremos de preguntarnos acerca del origen de dicha normatividad.

¿De dónde surge el derecho? ¿Cómo nacen las normas jurídicas? Pues bien, la respuesta a estos interrogantes la encontraremos mediante el estudio de la denominada teoría de las fuentes del derecho, que es una parcela muy importante dentro de la ciencia jurídica y que nuestros alumnos estudiarán en los años de la carrera. Lo que ahora podemos poner de manifiesto es que cada ordenamiento jurídico, cada derecho positivo, el derecho de cada estado, se encarga de establecer unos determinados criterios para fijar cómo se producen las normas jurídicas y cómo pueden ser conocidas. Es decir, cada ordenamiento jurídico crea su propio sistema de fuentes, pero este sistema de fuentes no es fruto del azar, no se hace aleatoriamente, sino que es consecuencia de múltiples factores de tipo político, de tipo sociológico e incluso de carácter ideológico.

En definitiva, cada ordenamiento jurídico tiene su propio sistema de fuentes fruto de la coexistencia de estos factores, aunque eso sí, muchos de los ordenamientos jurídicos tienen sistemas de fuentes parecidos. En este sentido, por dar un ejemplo, el sistema de fuentes del derecho español presenta grandes coincidencias con el de la mayoría de los derechos del continente europeo, como consecuencia, entre otros, de su común procedencia del derecho romano. Por el contrario, el sistema de fuentes vigente en el derecho anglosajón se presenta unas características peculiares que se han seguido manteniendo en los ordenamientos jurídicos derivados de aquel, como sería el derecho norteamericano y el de muchos de los países que pertenecieron al imperio británico.

Pero la labor de los ordenamientos jurídicos no se limita únicamente a establecer su propio sistema de fuentes, sino que además tiene que desempeñar la tarea de enumerar y relacionar entre sí las distintas fuentes que integran el sistema, puesto que las diferentes categorías de fuentes se encuentran conectadas entre sí mediante principios diversos. Por tanto, normalmente será el propio ordenamiento jurídico el que establezca qué ha de ser considerado como derecho en un lugar y en un tiempo determinado, así como también la jerarquía que ha de existir entre las distintas fuentes. En definitiva, una vez que cada ordenamiento jurídico ha fijado su sistema de fuentes del derecho, dicho sistema habrá de ser tenido en cuenta tanto para la elaboración de las normas jurídicas que van a formar parte de dicho ordenamiento, como sobre todo llegada la hora de la aplicación del derecho.

Bien, una vez analizada la importancia que tiene tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico el estudio de las fuentes del derecho, hemos de plantearnos dos cuestiones diversas como son ¿qué se entiende por fuente de derecho? Es decir, el estudio del concepto de fuente, así como si cabe la posibilidad de que existan, como antes mencionabas, distintas categorías o tipos de fuentes, problema que nos conduce al tema de la clasificación de las fuentes del derecho. Vamos a comenzar primero con el estudio del concepto de fuente del derecho. Para encontrar una definición que nos permita averiguar el significado y el sentido que se atribuye a la expresión fuentes del derecho, podemos partir del análisis del significado que dicho término tiene en el lenguaje común.

El fuente es el lugar de donde brota el agua, pero también significa la causa u origen de donde algo procede. A partir de estos significados del lenguaje común, la teoría jurídica ha ido atribuyendo al término fuente, en relación con el ámbito del derecho, diversos significados particulares. Si bien en un sentido amplio, por fuente del derecho se entiende aquello que origina o hace surgir el derecho, es decir, lo que es origen del derecho, este sería, obviamente, un concepto general y global de fuente del derecho.

Pero sabemos que el derecho no surge repentinamente a partir de la nada, sino que existen una multiplicidad de elementos, factores o situaciones de diferente condición que impulsan la creación del derecho y perfilan o determinan su contenido. Es más, la creación del derecho implica la existencia de una determinada estructura de poder u autoridad. Por ello, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, la expresión fuente del derecho se utiliza en dos sentidos.

¿Cuáles son estos dos sentidos? Efectivamente, se utiliza en dos sentidos. El primero de ellos sería para designar a las personas, a la persona o personas o grupos de personas que ostentan el poder o la facultad de crear derecho, es decir, la facultad de crear normas jurídicas. Y el segundo sentido sería el que se utiliza 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, entre los dos sentidos que acabamos de señalar, 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 producir dichas normas. En este sentido, por ejemplo, normalmente las disposiciones surgidas del grupo social, las normas que surgen a partir de la convivencia de un grupo, 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 preguntábamos acerca de quién establece el derecho, qué sujeto eran los que creaban el derecho, la respuesta a esta pregunta nos dará a conocer lo que se denominan 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, ¿cabe hacer aquí una primera clasificación de las fuentes del derecho? Efectivamente, una primera clasificación que distinguiría entre fuentes materiales y fuentes formales. Las fuentes materiales serían aquellos órganos o fuerzas sociales que, tomando en consideración los distintos factores que están presentes en una determinada sociedad, tienen el poder o la facultad de establecer normas jurídicas, dando por ello origen al derecho.

Por ejemplo, uno de estos órganos puede ser el Estado o puede ser el grupo social, etcétera, etcétera. En cambio, las fuentes formales serían aquellas formas a través de las cuales el derecho manifiesta su existencia y su vigencia. Por ejemplo, la ley, la costumbre, los principios generales.

Una segunda distinción o clasificación sería la que diferencia entre las llamadas fuentes de producción y las fuentes de conocimiento. Efectivamente, se habla de fuentes de producción del derecho para hacer referencia a 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, hablamos de fuentes de conocimiento del derecho para hacer referencia a los documentos mediante los que se aprehende, se conoce la existencia y el contenido de las normas jurídicas.

En definitiva, aquellos textos legales, códigos, resoluciones mediante los que los sujetos van a poder conocer el derecho. Para concluir con las diferentes clases de fuentes del derecho, hay que hacer una mención de las llamadas fuentes históricas del derecho. Si habitualmente se entiende por fuentes históricas a 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 el derecho romano se contemplaban han sido la fuente o origen de las actuales instituciones jurídicas vigentes en sectores concretos del derecho español actual. Por ejemplo, si nos movemos en el ámbito del derecho civil, en el ámbito del derecho civil perduran figuras contractuales cuyo origen es claramente del derecho romano, procedentes del derecho

romano, como sería el caso del censo o del usufructo o de la enfiteusis, por ejemplo. ¿Y cuáles son las fuentes del derecho español? Bueno, si centramos ya el tema que estamos desarrollando esta noche y nos planteamos, por tanto, el estudio del sistema de fuentes del derecho español, concretamente el sistema de fuentes formales del derecho español actual, bueno, pues 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 existen entre dichas fuentes.

Para poder averiguar esto tenemos que acudir al artículo 1, apartado 1º, del vigente Código Civil. Este artículo dice literalmente lo siguiente, 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, en determinados sectores de nuestro ordenamiento, como es el caso del derecho administrativo o del derecho penal, se han ido elaborando, a partir del sistema que acabamos de mencionar, sistemas de fuentes más complejos, más minuciosos, más pormenorizados.

De la enumeración de fuentes que se contienen en el artículo 1, apartado 1º, del Código Civil se pueden extraer una serie de consecuencias. 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, apartado 1º, se refiere a las fuentes del derecho español, no se limita únicamente a citarlas, sino que las enumera ordenadamente, estableciendo, por tanto, una gradación o jerarquía 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 o exclusiva, como había ocurrido en algunas concepciones anteriores.

Con todo, la primacía de la ley en el actual sistema es clara, no sólo porque ocupa el primer lugar en la enumeración del artículo 1 que hemos leído antes, sino porque, además, el propio artículo 1, en su apartado 3º, establece que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable y, en su apartado 4º, añade que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre. Y, como última conclusión, cabe entender que la enumeración de fuentes que se contiene en el artículo 1, apartado primero del Código Civil, es una enumeración exhaustiva, por lo que, en principio, no cabría considerar como fuentes del derecho español más que a las que allí se mencionan, surgiendo, en consecuencia, el problema que más adelante abordaremos de cómo considerar a la jurisprudencia. Podemos ocuparnos, aunque sea brevemente, de cada una de las consideradas fuentes del derecho español, comenzando por la ley.

Perfecto. Comenzamos, entonces, con el estudio de la ley. Y lo primero que tenemos que poner de manifiesto es que el término ley puede tener significados diversos.

En un sentido amplio, el término ley se utiliza o se emplea como sinónimo de norma jurídica, y así, habitualmente, hablamos de leyes o normas. Pero, en un sentido técnico, estricto, por ley

se entiende aquella norma jurídica que ha sido elaborada por un órgano legislativo, siguiendo unos determinados requisitos para su elaboración o formulación. En este sentido más concreto, entonces, las leyes se diferencian de otras normas jurídicas, como los reglamentos, los actos administrativos, etcétera, etcétera, porque esas otras normas jurídicas han sido dictadas o elaboradas por otros órganos.

En el caso de los reglamentos por el Gobierno, en el caso de los actos administrativos, por la Administración. Cabe entender, entonces, que la expresión ley, tal cual se utiliza en el artículo 1, apartado primero del Código Civil, cuando se mencionan las fuentes del derecho, no se está utilizando en un sentido técnico estricto, sino que se está utilizando 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, como ya veremos, y que presenta una extensión y una eficacia más limitada y más concreta. La segunda fuente del derecho español es la costumbre.

Efectivamente, acordaros, se tienen que acordar nuestros alumnos, que siempre vamos a seguir el orden jerárquico que marca el artículo 1, apartado primero del Código Civil, y por lo que se refiere a la costumbre, desde el punto de vista jurídico, que es el que a nosotros nos interesa destacar, podemos decir que por costumbre se entiende aquel uso o regla de trato social que genera decisiones y reglas jurídicas. Por tanto, no cualquier uso, no cualquier regla de trato social, sino exclusivamente aquellas que van a dar lugar a que surjan normas jurídicas. Dentro de la costumbre cabe distinguir distintas clases, y así se habla normalmente de la costumbre según la ley, la costumbre en defecto de ley y la costumbre contra ley.

Cuando se menciona a la costumbre, dentro del sistema de fuentes del derecho español, se está haciendo referencia, como hemos dicho, al segundo de los tipos mencionados, es decir, a la costumbre en defecto de ley aplicable. Por tanto, si no hay, si hay ley, no entra en juego la costumbre. La costumbre entrará a regir las conductas de los sujetos en caso de que no exista ley en defecto de ley aplicable.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico español no se va a admitir la costumbre que vaya en contra de lo que la ley establece, no solamente porque hay una ley, sino porque además esa costumbre está en contra de lo que la propia ley está estableciendo. Por tanto, la costumbre contra el ejem, que es el término técnico que se utiliza, no es admitida en el derecho español. Pero además, para que la costumbre pueda ser considerada como fuente del derecho, ha de reunir una serie de requisitos, requisitos que también aparecen en el Código Civil y, concretamente, en el apartado tercero del artículo que hoy estamos estudiando, del artículo 1. Estos requisitos serían los siguientes.

En primer lugar, que dicha costumbre no resulte contraria a la moral. Se entiende aquí, por moral, la moral social, no la moral individual, porque si no sería difícil, entonces, aceptar ningún tipo de costumbre. En segundo lugar, el segundo requisito es que la costumbre no sea

contraria al orden público, un concepto también un poco difuso, que ya en su momento analizaremos.

Y, por último, el tercer requisito sería que la costumbre resulte probada, es decir, que se pueda poner de manifiesto que realmente existe y, por tanto, que el sujeto que la alega, que quiera hacer uso de esa costumbre, pueda probar que esa costumbre se da en un determinado lugar y en un determinado tiempo. Si se logran aunar todos estos requisitos, todas estas condiciones, entonces la costumbre será considerada como fuente, pero como fuente subsidiaria del derecho español, es decir, como fuente del derecho español en defecto de ley, porque no hay que olvidar nunca de que, si hay ley aplicable, no entra en jugar la costumbre. ¿Y cuáles son los principios generales del derecho? Bueno, pues, por lo que se refiere a los principios generales del derecho, y a tenor de la enumeración del artículo 1, apartado primero del Código Civil, que antes hemos visto, serían la tercera fuente del derecho español, dato que, además, viene corroborado, por lo que, a continuación, dispone el apartado cuarto del artículo 1 del mismo texto legal.

Este apartado cuarto del artículo 1 del Código Civil dice «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Si ponemos en relación el apartado primero con el apartado 4 del artículo 1, queda claro, o tiene que quedar claro, al menos, que los principios generales del derecho tienen un carácter subsidiario respecto de las otras dos fuentes. Por tanto, que si hay ley, no entran en juego los principios generales del derecho.

Que si hay costumbre, tampoco van a entrar en juego los principios generales, y que los principios generales sólo aparecerán en defecto de ley y en defecto de costumbre. María Eugenia, pero, concretamente, ¿qué son los principios generales del derecho? Bueno, me lo has puesto difícil, y me lo has puesto difícil porque no es tan fácil concretar lo que se entiende por principios generales del derecho. En principio, así, a grandes rasgos, podríamos decir que por principios generales del derecho hay que entender una serie de ideas o de 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 establecido.

Porque recordemos que, cuando hemos leído el apartado cuarto del artículo primero, hemos dicho que no solamente se nos dice que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sino que también se añade que estos principios generales tienen un carácter informador del ordenamiento jurídico. Bueno, pues ese carácter informador es el que se puedan utilizar estos principios generales a la hora de interpretar las normas jurídicas que ya han sido establecidas. ¿Puedes plantearnos, a grandes rasgos, el problema de la jurisprudencia en relación con las fuentes del derecho? Sí, es un problema porque, normalmente, en el sistema de fuentes del derecho español, en principio, bueno, pues la jurisprudencia no es estrictamente una fuente del derecho.

Actualmente, con el término jurisprudencia, se está haciendo alusión a la doctrina reiterada y uniforme fijada por los jueces y por los tribunales en sus sentencias. Por tanto, eso es la jurisprudencia. Lo que nos tenemos que plantear es si la jurisprudencia, así entendida, puede ser considerada como fuente del derecho español.

La respuesta a esta cuestión depende del sistema jurídico en el que nos situemos. Es decir, en los sistemas jurídicos abiertos, como sería el caso del derecho inglés, del common law, la jurisprudencia es una de las principales fuentes creadoras del derecho, puesto que los jueces deciden los casos concretos, creando reglas y principios jurídicos que van a vincular las decisiones posteriores. Por tanto, un juez que, posteriormente, tenga que decidir sobre un caso semejante, tiene que tomar su decisión de acuerdo con la decisión que anteriormente había tomado el otro juez.

En cambio, en el caso de los sistemas cerrados, como sería el caso del derecho español, del derecho alemán, del derecho francés, en definitiva, de los derechos continentales europeos, los jueces no tienen capacidad creadora de derechos. Es decir, no tienen capacidad para crear normas jurídicas. En general, los jueces en estos sistemas jurídicos cerrados son meros intérpretes del derecho y meros aplicadores del derecho.

Por tanto, nos encontramos que, como el derecho español pertenece al grupo de los sistemas cerrados, en nuestro ordenamiento jurídico, entonces, se considera que la jurisprudencia no es fuente del derecho en sentido estricto. Y de ahí, entonces, que no la hayamos mencionado cuando leíamos el artículo 1, apartado primero del Código Civil, que decíamos que es el que establece el sistema de fuentes del derecho español. Con todo, la jurisprudencia, pese a no ser fuente del derecho, posee un gran valor y desempeña una función muy importante dentro del ordenamiento jurídico español, puesto que habitualmente se entiende que la jurisprudencia sirve para integrar y dar plenitud al ordenamiento jurídico.

En definitiva, para rellenar los posibles vacíos, las posibles lagunas que pueden existir dentro del derecho español. Y, en este sentido, el apartado sexto del artículo 1 del Código Civil establece 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 este caso, la jurisprudencia actúa como medio de completar las lagunas del ordenamiento jurídico español.

En definitiva, la jurisprudencia no es fuente del derecho, pero ayuda a la interpretación de las fuentes del derecho, así como también ayuda a aplicar esas fuentes. Ayuda a aplicar la ley, ayuda a aplicar la costumbre y ayuda a aplicar los principios generales. ¿Y por qué resulta tan importante conocer el sistema de fuentes del derecho? Pues, desde un punto de vista práctico, conocer el sistema de fuentes de un determinado derecho puede ser una buena forma para entender el régimen o sistema político que se ha impuesto en ese país para el que está rigiendo ese derecho, porque dependiendo de la estructura estatal por la que se haya optado y de las relaciones que se hayan estipulado entre los diferentes órganos jurídicos, se obtendrá un

sistema de fuentes del derecho concreto y específico.

En este sentido, por ejemplo, para tomar un dato como ejemplo, no presentan los mismos rasgos el sistema de fuentes de un Estado unitario, donde únicamente se reconoce un poder normativo a los órganos del Estado, que el sistema de fuentes de un Estado descentralizado, como sería el caso del Estado español, con las autonomías, etcétera, etcétera, donde junto con los órganos estatales coexisten órganos autonómicos que en determinados ámbitos tienen reconocida la facultad para la elaboración de normas jurídicas. Por tanto, si conocemos el sistema de fuentes del derecho español, entenderemos por qué esa descentralización de las autoridades y de los poderes. Es un tema que me ha parecido bastante difícil, un poco árido quizás.

Es un tema complicado, sí. Sin embargo, es muy importante para el alumno. Es un tema de los importantes para el alumno.

¿Cómo debe estudiarlo? ¿Cómo debe preparárselo? ¿Cuáles son los rasgos más importantes? Bueno, yo destacaría tres cuestiones muy rápidamente. Por supuesto, saber qué se entiende por fuente y qué se entiende por fuente del derecho. Y concretamente cuando el alumno tenga ya claro qué es una fuente del derecho, establecer la diferencia entre lo que serían fuentes materiales y fuentes formales.

Recordamos, las fuentes materiales eran los órganos que creaban el derecho y las fuentes formales las formas mediante las que se crea el derecho, las normas. Y distinguir también entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento, porque no son las cuestiones idénticas. Las fuentes históricas, bueno, es importante conocerlo, pero a lo mejor no tanto.

Y luego, sobre todo, saber cuáles son las fuentes del derecho español y no confundir la ley ni con la costumbre ni con los principios generales. Y, por supuesto, nunca confundir el caso de la jurisprudencia. Saber que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, informa el ordenamiento jurídico, pero no es una auténtica fuente del derecho español.

Pues muchas gracias, María Eugenia, y hasta el próximo programa. Hasta el próximo programa. Buenas noches.

El próximo programa de Nociones Jurídicas Básicas será el 23 de febrero del próximo año, pero si desean hacer alguna consulta sobre esta asignatura ya saben que el horario de guardias es todos los lunes de 4 a 8 de la tarde, y un profesor del equipo docente de esta asignatura atenderá las consultas que los alumnos deseen realizar. Y nosotros nos despedimos hasta mañana. Gracias por su atención y muy buenas noches.

Y hasta aquí la programación radiofónica de la UNED. Mañana comenzaremos a nuestra hora habitual, 8 y media de la noche, 7 y media en la Comunidad Canaria, con el programa de formación del profesorado. Continuaremos con Ingeniería Técnica de Informática y la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales.

Nuestro último programa será el curso de acceso. Les agradecemos su compañía, muy buenas noches.