

# TEMA 1

## LAS FUENTES DEL DERECHO

*Daniel Prades Cutillas*

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA. DERECHO Y JUSTICIA. CLASES DE DERECHO. 1.1. *Significado de Derecho*. 1.2. *Derecho y Justicia, la seguridad jurídica*. 1.3. *Derecho Objetivo y derechos subjetivos*. 1.4. *Derecho Natural y Derecho Positivo*. 1.5. *Disciplinas Jurídicas*. 2. LA NORMA JURÍDICA. 2.1. *Concepto y caracteres*. 2.2. *Clases de normas*. 2.3. *Eficacia y aplicación*. 2.3.1. Principios del Ordenamiento Jurídico. 2.3.2. Eficacia de la norma y límites de su ejercicio. 2.3.3. Vigencia y temporalidad. 2.3.4. Interpretación de las normas. 2.3.5. Adecuación de las normas: Analogía y Equidad. 3. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO. 3.1. *La Ley*. 3.1.1. La Ley formal. 3.1.2. Sistema normativo: organización jerárquica de las leyes. 3.1.3. La Constitución Española de 1978. 3.1.4. Iniciativa legislativa. 3.1.5. Actividad legislativa del Parlamento. 3.1.5.1. Leyes Orgánicas. 3.1.5.2. Leyes ordinarias. 3.1.5.3. Decretos Legislativos y Leyes de Bases. 3.1.5.4. Decretos-Leyes. 3.1.6. Actividad normativa del Ejecutivo. 3.2. *La Costumbre*. 3.3. *Los Principios Generales del Derecho*. 3.4. *Jurisprudencia y Doctrina Científica*. 4. DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL. 4.1. *Criterios de aplicación de la norma mercantil*. 4.2. *Fuentes del Derecho Mercantil*. 5. DERECHO FORAL, AUTÓNOMICO Y COMUNITARIO. 5.1. *Formación del Derecho Español: Derecho Común y Foral*. 5.2. *Derecho Autonómico*. 5.3. *Derecho Comunitario*. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. CONCEPTO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA. DERECHO Y JUSTICIA. CLASES DE DERECHO

#### 1.1. SIGNIFICADO DE DERECHO

El término Derecho procede etimológicamente del latín *Directum*, cuyo sentido es encaminar o conducir, representa por tanto el Derecho un conjunto de reglas de comportamiento social cuya función es ordenar la convivencia social dirigiéndola, organizándola y previendo la resolución de conflictos entre las personas, o sujetos del Derecho, en la realización de un ideal de Justicia.

Comparte así origen con la expresión Dirigir, lo que nos permite establecer una vinculación con la función del Director, quien conduce o

encamina el destino de la empresa hacia un objetivo, que ha de respetar las normas de convivencia, es decir el Derecho. Así pues el Director de la empresa ha de regirla, en interés particular, respetando el conjunto de mandatos del Derecho, en interés general, la conduce así en pos de un legítimo interés particular pero con respeto del superior interés general.

Este interés general se organiza en torno a tres conceptos esenciales, que son en sí los fines del Derecho, se trata de la Justicia, la Seguridad Jurídica y el Bien Común.

## 1.2. DERECHO Y JUSTICIA, LA SEGURIDAD JURÍDICA

No son lo mismo Derecho y Justicia, pues mientras el primero se refiere al conjunto de normas que organizan la sociedad, la segunda es un ideal a alcanzar, un fin social. Podríamos decir que la Justicia es un fin ideal, un objetivo a lograr, mientras el Derecho es un medio para alcanzar ese fin superior que es la Justicia. El Derecho comparte ese fin con la Ética y la Moral, si bien se diferencia de éstas en un elemento esencial que es el poder coercitivo o coactivo, la capacidad social de obligar al cumplimiento de las normas que componen el Derecho.

Así mientras la Ética tiene un sentido filosófico y la Moral un componente religioso, y ambas comparten la característica de obligar a las personas tan sólo en su fuero interno, en tanto que individuos pertenecientes o no a un sistema religioso, el Derecho tiene la capacidad de imponerse al individuo desde el exterior a través de su coercitividad, que significa que el individuo puede ser obligado a cumplir la norma jurídica mediante la imposición externa de la sociedad a través del auxilio de la organización judicial.

Ni la Ética, ni la Moral ni el Derecho tienen la capacidad de impedir la realización de actos injustos, tan sólo pueden dar consecuencias a estos actos. Pero mientras las exigencias éticas afectan al fuero interno de la persona y las morales están en relación con la práctica de una religión, las jurídicas, las que se regulan mediante el Derecho, pueden ser impuestas aquí y ahora. El comportamiento individual conforme a Derecho es inmediata y socialmente exigible a la persona, y la desviación corregida a través de un sistema que da, o debiera dar, consecuencias inmediatas a las transgresiones. El Derecho no puede impedir los actos de las personas, pero impone a los actos desviados unas consecuencias inmediatamente exigibles.

El Derecho integra por lo tanto un sistema específico de resolución de conflictos, capaz de imponer a los individuos tanto sus normas como las consecuencias del incumplimiento. Determina los límites de nuestros actos y a

la vez nos protege de la extralimitación de los terceros, por eso decimos que nuestros derechos acaban donde comienzan los de los demás, y viceversa.

Llamamos Seguridad Jurídica al principio según el cual todos podemos recurrir al auxilio de los tribunales para obtener la aplicación de la norma, pero a la vez podemos y debemos conocer de antemano la norma para que ésta nos sea exigible. A través de la Seguridad Jurídica obtenemos la certeza de que si nuestro comportamiento se ajusta a Derecho no podremos ser obligados a actuar de otra forma, y al mismo tiempo podremos exigir que los terceros respeten nuestros actos e intereses, sin que a nadie sea exigible ni tampoco deba soportar un comportamiento no amparado por la norma. Consiste pues en la teórica certeza de la aplicación de una norma conocida de antemano, aunque no necesariamente del resultado de esa aplicación, pues éste dependerá y se verá matizado y atemperado por otras circunstancias que se analizarán más adelante.

Junto a la idea de Justicia y de Seguridad Jurídica aparece, como tercer objetivo a lograr mediante la aplicación del Derecho, el concepto de Bien Común como entidad superior al interés particular que debe someterse al primero. Así el Derecho procurará ante todo el recto funcionamiento de las instituciones y comportamiento de las personas en aras de la realización de un bien superior a los objetivos e intereses individuales, pero a la vez con respeto a éstos y sin sacrificarlos arbitrariamente, riesgo del que nos protege la seguridad jurídica.

### 1.3. DERECHO OBJETIVO Y DERECHOS SUBJETIVOS

Hasta aquí hemos utilizado la expresión Derecho, con mayúscula, en un sentido global y generalizador, acepción que integramos más habitualmente bajo el concepto de Derecho Objetivo. Bajo esta expresión recogemos el conjunto de normas que regulan el comportamiento social, y es equivalente a la también generalizada de Ordenamiento Jurídico, si bien en ésta hemos de reconocer un matiz superior, de orden sistemático y organizativo, comprensivo no sólo de un conjunto sistematizado de normas sino también de las instituciones encargadas de su cumplimiento.

Pero cabe también, y es común, su uso en una segunda acepción en la que derecho, con minúscula, es cualquier facultad que la Ley concede a la persona. Utilizamos la expresión en este caso en el sentido de derecho subjetivo, y cuando decimos «*tengo derecho a...*» estamos diciendo que nuestro comportamiento está amparado por la norma y que en consecuencia podemos exigir que sea respetado por los terceros.

El Derecho Objetivo es pues el conjunto de normas que regulan la actividad de las personas dentro de un grupo social, los derechos subjetivos son la facultades que esas normas atribuyen a las personas en su actuación frente a los demás.

#### 1.4. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

Debemos pararnos también a considerar el origen del conjunto de normas que llamamos Derecho, en cuya discusión cabe distinguir dos escuelas clásicas. De un lado el pensamiento *Iusnaturalista* defiende la existencia de un Derecho Natural, inmanente al ser humano y que se ve directamente reflejado en la idea de Justicia, que se supone común y compartido por toda la Humanidad. De este sentido general de lo justo y lo injusto procederían las normas de lo que hoy llamamos Derecho.

En el frente opuesto está la tesis *Iuspositivista*, según la cual el único Derecho existente es el procedente de la autoridad social, sin lugar a consideraciones sobre si la norma es o no justa, para la escuela del Derecho Positivo sólo lo es la norma dictada por el Estado.

Como superación del enfrentamiento nace la tesis de la escuela histórica del Derecho, para ésta el Derecho es fruto de la decantación y depuración de la costumbre de cada grupo social, es una creación de la comunidad. El Derecho surge pues del cuerpo social, igual que el idioma o las costumbres y usos sociales, se trata de una manifestación social que el Estado recoge, ordena y organiza, devolviéndola a la comunidad en forma de leyes y normas de carácter jurídico.

El Ordenamiento Jurídico se legitima precisamente a través de esta doble vía de nacimiento. Nos obliga por tratarse de una creación formal del Estado, es decir una manifestación de la *auctoritas* que los ciudadanos concedemos al cuerpo político superior en que nos organizamos y al que concedemos la capacidad de ordenar, mediante leyes, la convivencia común.

A la vez es una creación material de la propia sociedad, de la que emanan las ideas y conceptos de lo que es justo, a las que voluntariamente se somete. La norma considerada socialmente innecesaria decae por desuso, porque el cuerpo social la rechaza o simplemente no la utiliza y pierde su *effectus* social, su acogida voluntaria por los ciudadanos.

Su imposición en contra del sentir social traspasa los límites del contrato social y del estado de Derecho y esto sólo es admisible en virtud de la tercera razón legitimadora: el argumento teleológico. La finalidad de la

norma es el bien común y sólo en razón de éste cabe exigir la sumisión del interés particular, así el bien común se convierte en la *ratio* del derecho.

### 1.5. DISCIPLINAS JURÍDICAS

Dentro del Derecho Objetivo cabe distinguir a su vez diferentes tipos o clases de derecho, que atienden a la especialización del mismo en distintas materias. Así hablamos en general de *Derecho Público* y *Derecho Privado*, que comprenden el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento del estado y las relaciones entre este y los individuos –Derecho Público– o exclusivamente las relaciones entre los particulares en plano de igualdad, Derecho Privado.

A su vez dentro del Derecho Público podemos considerar diferentes disciplinas especializadas por razón de la materia que regulan. El *Derecho Político o Constitucional* versa sobre la organización y estructura del estado, las instituciones de gobierno y representación, el ejercicio y límites de sus poderes frente al ciudadano y los derechos de éste que se consideran como fundamentales.

El *Derecho Administrativo* atiende al orden en la actuación de la Administración Pública, y a las relaciones entre ésta y los ciudadanos. La potestad sancionadora del Estado y las garantías del procedimiento de su ejercicio. El *Derecho Financiero y Tributario o Fiscal* establece las necesidades económicas del estado, los recursos a su disposición y la aportación de los particulares, mediante impuestos y tributos, al erario público, que habrá de atender con los fondos así reunidos las necesidades relevantes para el desarrollo de la sociedad y el fin común.

El *Derecho Penal* se ocupa de la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos ante las conductas desviadas –delitos y faltas– que lesionan los denominados bienes jurídicos protegidos, tales como la vida y la integridad física, el patrimonio, el buen orden social y la propia seguridad jurídica; tiene encomendada específicamente la corrección de las conductas desviadas, tanto desde el punto de vista meramente punitivo, castigándolas, como preventivo mediante la reinserción del delincuente.

El *Derecho Procesal* regula los procedimientos judiciales, es decir la facultad del ciudadano de acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses, el desarrollo de los diferentes procedimientos en materia civil, penal, laboral o contencioso-administrativa, las garantías, ritos y secuencia de cada tipo de proceso, la adecuación de las sentencias y finalmente su ejecución e imposición a las partes. A su vez, podemos distinguir dentro de éste

diferentes modalidades, según el tipo de procesos que regulen, hablamos por ejemplo de Derecho Procesal Civil y Penal o Criminal, y también de Procedimiento Laboral y Administrativo.

Por su parte, dentro del Derecho Privado distinguimos Derecho Civil y Derecho Mercantil. El *Derecho Civil* se ocupa de las personas y las relaciones de éstas entre sí, tanto personales y familiares como económicas –el patrimonio y los límites del ejercicio de los derechos patrimoniales– y del destino de éstas mediante la sucesión testamentaria o no. Es decir que trata de la esfera más personal de las relaciones de los individuos.

El *Derecho Mercantil* regula la actividad empresarial, tanto desde el ejercicio individual como colectivo, a través de los diferentes tipos de sociedades mercantiles que tipifica, ordena y regula. Igualmente ordena el funcionamiento de los mercados, la competencia leal entre las empresas, y procura la protección de los consumidores.

Por último el *Derecho Laboral* queda a caballo entre el público y el privado, pues aunque regula el desarrollo de las relaciones entre empresas y trabajadores, inicialmente de carácter privado, lo hace desde un concepto de protección de los derechos de los trabajadores que se aproxima más al concepto del derecho público.

## 2. LA NORMA JURÍDICA

### 2.1. CONCEPTO Y CARACTERES

Entendemos por norma jurídica el mandato abstracto y general que plantea una hipótesis de conducta y establece una concreta consecuencia de ésta, coordinando el supuesto de hecho con su correspondiente consecuencia jurídica. Se trata, en palabras del Prof. De Castro de un «mandato jurídico con eficacia social organizadora». Así entendida, la norma jurídica ha de reunir tres características esenciales, sin las cuales no podrá calificarse de tal.

En primer lugar ha de ser *general*, es decir aplicable sin excepción personal alguna a todo el cuerpo social sobre el que rige y al que regula y organiza, y a la vez *abstracta*, esto es independiente de otras circunstancias concretas y especiales que puedan concurrir. La valoración de la conducta y circunstancias concurrentes, es decir la comparación entre la hipótesis de conducta general establecida en la norma y el supuesto de hecho particular que se concreta en la vida real y al que se ha de aplicar la norma, se integra en el Derecho no a través de la norma en sí, sino de la interpretación

de la misma, que es la adecuación al caso concreto, a través del principio de equidad y de la valoración de los posibles supuestos de fraude de ley, abuso de derecho y ejercicio antisocial.

En segundo lugar es *imperativa*, en el sentido de contener un mandato expreso, una consecuencia exacta y determinada de la conducta contemplada como desencadenante, de manera que la consecuencia de la hipótesis de conducta se traduzca en un resultado jurídicamente inevitable.

En tercer lugar ha de ser *coercitiva*, es decir susceptible de ser impuesta coactivamente sobre cualquier persona incurso en el supuesto de hecho al que la norma se aplica. Esta coercitividad general se plasma particularmente en el derecho de los ciudadanos a acudir a los tribunales para obtener el respeto de sus derechos, si son conculcados, y la satisfacción de sus intereses jurídicos perjudicados, mediante la imposición al infractor de las consecuencias legales de su conducta. Se trata del principio de Justicia efectiva contenido en la Constitución, que se traduce no sólo en el derecho a acudir a los tribunales, sino en la obligación de éstos de atender las peticiones de los particulares y dar, mediante sentencia, respuesta razonada a lo solicitado tanto si se falla a favor como en contra; se trata pues de la seguridad de ser atendido, pero no de la seguridad de obtener resultado favorable a nuestros intereses.

Debe establecerse la distinción entre la norma, el mandato jurídico, y la disposición, que es su vehículo o signo de expresión, término bajo el cual se engloban diferentes categorías formales que en general denominamos leyes. Las normas jurídicas se recogen, reúnen y organizan en leyes –entendida la expresión en sentido amplio– cuyo conjunto compone el Ordenamiento Jurídico. Así podemos definir el Ordenamiento Jurídico como el conjunto de normas aplicables en un determinado momento y lugar. Es decir que el Ordenamiento Jurídico está regido y limitado en su aplicación por tres circunstancias concretas: estatalidad, territorialidad y temporalidad.

La primera de ellas –*estatalidad*– atiende a que las leyes emanan y se aplican sobre un cuerpo social, el Estado entendido como el conjunto de personas e instituciones que organizan su vida en común precisamente a través del Ordenamiento Jurídico.

La segunda –*territorialidad*– a que las leyes han de aplicarse en un territorio concreto, de manera que a todos los supuestos de hecho producidos en ese territorio habrán de aplicarse las normas de su ordenamiento propio, dejando en salvo el contenido de los tratados internacionales que

permitan en determinadas circunstancias la aplicación de la ley personal del individuo en el derecho privado.

La tercera –*temporalidad o vigencia*– significa que la norma aplicable vendrá determinada por el momento temporal de su aplicación, es decir que no podrán aplicarse a los supuestos de hecho otras normas que no sean las vigentes en el momento determinado en que se producen, no podrá aplicarse una ley futura a un supuesto de hecho acaecido en la actualidad, como tampoco aplicar a éste una norma del pasado que no figura en el ordenamiento presente.

## 2.2. CLASES DE NORMAS

Se pueden establecer diferentes tipos de normas, atendiendo a criterios de clasificación diferentes. Así hablamos de normas de Derecho Público y de Derecho Privado, según si las aludidas regulan las relaciones del Estado, revestido de su imperio, con los particulares, o bien de los particulares entre sí.

Igualmente distinguimos entre normas *imperativas* o de derecho necesario –*ius cogens*– y normas *dispositivas* o de derecho voluntario. Son *imperativas* las que imponen un mandato ineludible por la voluntad individual o el acuerdo entre las partes, y a su vez entre ellas podemos diferenciar las prohibitivas de las preceptivas, según expresen una prohibición o un mandato de actuación. Las *dispositivas* son el reflejo del principio de autonomía de la voluntad individual, no pretenden imponer su aplicación a la voluntad privada, sino suplirla cuando no se haya formulado expresamente, por lo que frecuentemente se califican como supletorias.

Denominamos normas *rígidas* a aquéllas cuyo contenido es invariable, concreto y determinado, sin que su aplicación dependa de interpretación, opinión o matización atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho, producen pues un resultado idéntico a todo supuesto de aplicación. Por oposición a éstas, se denomina normas *flexibles o elásticas* a las que permiten adaptación a las circunstancias, y por ello un resultado variable.

Son normas de *Derecho general* las que se aplican a todo el cuerpo social en igualdad de condiciones, son de *Derecho especial* las que sólo proceden en su aplicación a personas, cosas o relaciones jurídicas concretas y predeterminadas para las que han sido específicamente creadas. Así por ejemplo son normas generales las contenidas en el Código Civil, y especiales las de la legislación mercantil.

Finalmente existen normas de *Derecho excepcional*, que prevén la suspensión de las garantías y principios generales del sistema jurídico cuando

las circunstancias lo hagan preciso, casos de guerras, catástrofes, epidemias o riesgos generales para la población. En nuestro derecho existe una gradación de tales situaciones, dispuesta por la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), que según su gravedad darán lugar, de mayor a menor, a los estados de alarma, de excepción y de sitio, en estos dos últimos supuestos cabe (artículo 55 CE) la suspensión de determinados derechos de los ciudadanos.

Los requisitos formales de sus respectivas declaraciones se recogen en el artículo 116 CE, así el estado de alarma podrá declararse por el Gobierno por un plazo máximo de quince días, precisándose para su prórroga la autorización expresa del Congreso de los Diputados; el estado de excepción necesita la autorización previa del Congreso por mayoría simple, y se extiende por máximo de treinta días, aunque cabe su prórroga con los mismos requisitos; por último el de excepción requiere para su declaración la mayoría absoluta en el Congreso.

## 2.3. EFICACIA Y APLICACIÓN

### 2.3.1. Principios del Ordenamiento Jurídico

Las normas jurídicas se agrupan y conforman el Ordenamiento Jurídico, que a su vez está en constante evolución y modificación pues ha de adaptarse constantemente a las necesidades sociales, es por lo tanto un sistema vivo. Esta constante revisión impone la necesidad de determinar principios generales de aplicación para resolver los conflictos de leyes, es decir la existencia de diferente regulación para un supuesto de hecho similar. Estos principios de integración de las normas en el sistema son los de jerarquía, vigencia o temporalidad y especialidad.

El principio de *especialidad* determina que en caso de conflicto entre normas generales y especiales se resolverá siempre aplicando la norma especial, que prevalece sobre la norma general por su mejor adecuación al supuesto para el que se ha creado específicamente. El de *jerarquía* establece que prevalecerá la norma de rango formal superior sobre la de rango formal inferior y el de *temporalidad* que es aplicable a cada supuesto la ley existente en el momento en que se produce, y en cada momento la ley más reciente sobre la más antigua.

La aplicación de estos principios se garantiza en el artículo 9.3 CE que determina: *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.* Igualmente encuentran reflejo legal en el Título Preliminar del Código Civil (en adelante CC) que se considera de aplicación general en todo el Ordenamiento Jurídico español, así lo establece expresamente el artículo 4.3 determinando que *las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.* El principio de jerarquía lo encontramos recogido en el artículo 1.2, que establece que *carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*

### **2.3.2. Eficacia de la norma y límites de su ejercicio**

La eficacia general de las normas jurídicas y su aplicación obligatoria a los supuestos para los que están previstas viene enunciada en el artículo 6.1 CC, al precisar que *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.* La ley ha de aplicarse pues siempre y todos le debemos respeto y obediencia.

El mismo artículo, apartado 2, regula el alcance máximo de la autonomía de la voluntad, al disponer que la renuncia voluntaria de ley aplicable, y de los derechos concedidos por ésta, no será válida si produce perjuicio a tercero o contraría el interés o el orden público. Igualmente, apartado 3, se declaran nulos de pleno derecho –es decir jurídicamente inexistentes– los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas.

Además las normas deben ser aplicadas en su recto sentido, es decir sin forzar su letra ni su espíritu para producir efectos contrarios a los previstos o aplicarlas más allá de lo que se considera de justicia, por ello se proscriben expresamente el fraude de ley, el abuso de derecho y su ejercicio antisocial.

Se considera *fraude de ley*, artículo 6.4 CC, todo acto realizado al amparo de una norma para, traicionando su espíritu, obtener un resultado no previsto, prohibido por el ordenamiento o contrario a éste. La consecuencia del acto fraudulento será la inevitabilidad de aplicación de la norma que se haya pretendido eludir y la invalidez de los resultados pretendidos, así como, en su caso, la indemnización de los daños causados.

Exige el artículo 7 CC el ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe, y se considera abuso o ejercicio antisocial la extralimitación de la norma, es decir su aplicación literal más allá de lo que se considera justo. Si se actúa de esta manera, produciendo daño para tercero, los tribunales procurarán paralizar la actuación abusiva o antisocial y procederá la indemnización del daño causado.

La teoría del abuso de derecho y su ejercicio antisocial procede la elaboración jurisprudencial del Tribunal Supremo (destacadamente las STS

de 14/2/44, 24/2/59, 22/9/59 y 22/3/63) y fue introducida en el CC mediante la reforma de su Título Preliminar en 1974. Para su aplicación se exige la presencia de tres requisitos ineludibles: una actuación objetiva y externamente legal, la ausencia de norma específica de protección del interés perjudicado por tal actuación y finalmente la inmoralidad o la anti-socialidad de ese daño, que puede darse tanto en forma subjetiva –intención de dañar– o en los supuestos objetivos de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

### 2.3.3. Vigencia y temporalidad

Para que se pueda exigir la obediencia a la ley, es preciso que pueda ser conocida por los particulares, es decir que la ley sea pública. Por ello el artículo 2.1 CC recoge el principio de publicidad y establece: *Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.*

Es decir que la vigencia o aplicabilidad de una norma está supeditada a su íntegra publicación, para que pueda ser de general conocimiento y, en consecuencia, exigible a los ciudadanos que adecuen a ella su comportamiento. La vigencia de la norma, su vida útil, se extiende desde su entrada en vigor hasta su derogación, que a tenor del artículo 2.2 CC sólo se produce por otra ley posterior. La norma derogatoria ha de ser a su vez de rango igual o superior a la derogada, pues de ser inferior no sería aplicable sin quebrantar el principio de jerarquía.

La derogación de una norma, en virtud del mismo apartado, podrá ser expresa o tácita, según si la nueva norma relaciona y especifica aquellas otras que deroga, o si se limita a regular una institución o supuesto de forma diferente a la regulación anterior, en este caso se considerará derogado tácitamente *todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.* Se prohíbe además expresamente la llamada reviviscencia, es decir que una vez derogada una ley no puede recobrar su vigencia si resultase también derogada la que la derogó; este fenómeno sólo es posible si expresamente se repone en vigor una ley ya derogada.

El efecto temporal de la ley comienza desde su entrada en vigor, y no puede aplicarse a supuestos de hecho acaecidos antes de ese momento, es decir que no tendrá efecto retroactivo. Excepcionalmente cabe la retroactividad, artículo 2.3 CC, si expresamente se dispone lo contrario. Se completa la regulación de la temporalidad de la ley a través de la Disposición Transitoria 3ª CC, que establece la imposibilidad de aplicar penas o sanciones con efecto retroactivo, y a la vez el principio de aplicación de la norma

más beneficiosa si para un mismo acto se establece posteriormente una sanción diferente a la vigente cuando se realizó, luego la retroactividad no puede darse nunca en los casos de normas sancionadoras, desfavorables o limitadoras de los derechos individuales.

#### 2.3.4. Interpretación de las normas

La aplicación de las normas, que contienen hipótesis, a los supuestos de hecho, que son situaciones reales, requiere de un doble proceso de interpretación y adecuación de modo que puedan coincidir la situación hipotética prevista y la real producida sin que la consecuencia a aplicar resulte desproporcionada o absurda y consecuentemente ineficaz.

El proceso de interpretación se rige por un orden estricto y jerarquizado de reglas, contenido en el artículo 3.1 CC, que nos ayudan a determinar y entender el significado actual de la hipótesis y su consecuencia establecidas por la norma.

En primer lugar, *interpretación literal*, deberá leerse la norma *atendiendo al sentido propio de sus palabras*, es decir sin forzar el significado de las mismas y contemplando los términos en su acepción jurídica, es decir en el lenguaje propio del Derecho y no en su sentido vulgar aunque sea éste el más extendido. Todos los desempeños profesionales tienen su lenguaje técnico propio y, lógicamente, el Derecho ha de interpretarse conforme al sentido jurídico de las palabras utilizadas.

Además, criterios *gramatical y sistemático*, se interpretarán los términos utilizados por la norma *en relación con el contexto*, precisión que aquí adquiere un doble sentido y ha de aplicarse en ambos. En primer lugar habrá de atribuirse a las expresiones el significado más acorde con las normas gramaticales y sintácticas que regulan el idioma, pero además deberá adoptarse el que mejor cuadre con la institución jurídica en cuya regulación aparezcan, es decir sin sacar la norma de su contexto lingüístico y jurídico para forzar su significado.

Habrán de tenerse en cuenta *los antecedentes históricos y legislativos*, es la llamada *interpretación histórica*, porque para entender y aplicar cabalmente la norma es preciso tener en cuenta su origen y desarrollo, así como el supuesto de hecho que se pretendía resolver originalmente y la evolución de la redacción de las normas que sucesivamente la han regulado.

Por último se considerará en la interpretación de las normas *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*. Hemos establecido con anterioridad que el Derecho es un sistema vivo, que nace de la sociedad sobre la

que se extiende y aplica, se trata pues de una institución dinámica como la propia sociedad. Sin embargo la norma es por definición estática, pues una vez redactada y establecida permanece inmutable, salvo que se legisle de nuevo en la materia reformándola. Por ello es lógico que se produzcan desajustes entre la regulación estática y la sociedad dinámica, al variar los matices de la consideración social de los hechos previstos en la ley.

Estas variaciones requieren un especial cuidado en la aplicación de las leyes, una adaptación constante de la norma a las circunstancias mediante la interpretación, que ha de realizarse además *atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas* (normas). Se trata de la *interpretación teleológica* o finalista, mediante la cual deben determinarse tanto la intención (espíritu) de la ley al regular la hipótesis prevista como la finalidad a que está destinada, por encima del resultado concreto que se pretende establecer, que en última instancia será el bien común reflejado en el orden público.

### **2.3.5. Adecuación de las normas: Analogía y Equidad**

Por su parte, la adecuación de la norma a la situación requiere de otros mecanismos diferentes, que procuran la adaptación y congruencia entre la hipótesis legal y el hecho real, para obtener así un resultado justo y adecuado. En este proceso se utilizan dos herramientas fundamentales que nos ayudan a rellenar las lagunas legales, hipótesis no previstas, y a la vez a atemperar el resultado de la aplicación de la norma ajustando la hipótesis al hecho real. Se trata respectivamente de la *analogía* y la *equidad*.

La *analogía* nos permite proporcionar una solución legal para un supuesto no exactamente previsto en una norma concreta. Su procedencia, significado y extensión se prevén en el artículo 4.1 CC, que reza: *Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*. Son pues necesarios tres requisitos para la interpretación analógica de las normas.

En primer lugar la existencia de una laguna legal, un supuesto de hecho cuyo hipotético acaecimiento no esté previsto en las leyes y que por lo tanto carecerá de una solución legal directamente aplicable. Es evidente que si a una situación hipotética se le atribuye legalmente una consecuencia concreta, procederá la aplicación de ésta sin necesidad de recurrir a otro instrumento legal más que a la recta interpretación de lo dispuesto. En segundo lugar, debe aparecer prevista en la ley la solución de otra hipótesis con la que pueda equipararse razonablemente la situación no regulada, de la que podremos deducir un principio jurídico aplicable. Finalmente es necesario que exista *identidad de razón* entre las dos situaciones, lo que

significa que no es suficiente una apariencia similar entre ambos supuestos, sino su práctica equiparación en lo fundamental, diferenciándose solamente en los detalles accesorios.

La *equidad*, cuya ponderación se exige en el artículo 3.2 CC, es el último instrumento para la adecuación de la norma al hecho, y consiste precisamente en medir esa adecuación, de manera que se tengan en cuenta todas las circunstancias concurrentes en las personas y los hechos, matizándose la solución adoptada. Posee a la vez un doble sentido, ya que tanto es el reflejo de la *pietas* en la Justicia, es decir la mitigación de su rigor literal, como también la adecuación de la hipótesis al hecho real. En definitiva matiza la norma con la necesidad de dar a cada uno según sus merecimientos, pues dos personas que incurren en el mismo hecho previsto pueden verse compelidas a él por circunstancias diferentes, que habrán de tenerse en cuenta a la hora de establecer las consecuencias de su comportamiento.

La aplicación de la equidad justifica el que en ocasiones veamos que un mismo hecho aparente puede tener diferente consideración legal. Sin ella la norma se aplicaría con un automatismo susceptible en sí mismo de ser causa de injusticias concretas (*máximum ius*, *máxima iniuria*, decían los romanos), por ello ha de ponderarse pero a la vez se exige que las resoluciones se fundamenten en la norma y no sólo en la equidad.

Así se establece en el artículo 1.7 del CC, que impone a Jueces y Tribunales *el deber inexcusable de resolver... ateniéndose al sistema de fuentes establecido*, que a continuación analizaremos, y se reitera en el 3.2 que aún ordenando que *la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas sólo permite que las resoluciones judiciales se basen de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*.

### 3. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

Mediante la expresión *Fuentes del Derecho* nos referimos al origen de las normas jurídicas que son aplicables en cada momento. Desde un punto de vista material el origen del Derecho es el propio Estado, que ha de crear las leyes a través de los órganos que tienen específicamente encomendada la redacción y aprobación de las normas, esencialmente el parlamento en nuestro caso, es decir el Poder Legislativo, aunque también el Ejecutivo tiene facultades legislativas limitadas que se analizarán más adelante, y cuyo resultado no son leyes en sentido estricto pero sí en el amplio de normas.

El sistema de introducción de las leyes en el Ordenamiento se rige por el *principio de legalidad*, que significa que han de cumplirse determinados

trámites para su creación y validez, de tal manera que el incumplimiento de los requisitos conlleva la invalidez de la norma, y consecuentemente su imposibilidad de aplicación. Sólo es ley la norma aprobada por el órgano competente, con los requisitos de procedimiento y forma que se establecen en las propias leyes reguladoras de la actividad legislativa.

En un sentido formal, las fuentes del Derecho Positivo español vienen enumeradas por el artículo 1.1 CC, según el cual sólo se pueden considerar fuentes del derecho aplicable *la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*. Esta enumeración es válida, vigente y aplicable sobre todas las diferentes disciplinas jurídicas, por contenerse en el Título Preliminar del CC.

Expresa a la vez un principio de jerarquía en su aplicación, de modo que al supuesto de hecho concreto que se trate de dilucidar se le deberá aplicar, en primer lugar, la ley en sentido amplio y respetando igualmente la jerarquía de éstas que luego analizaremos; en segundo lugar, y sólo en ausencia de ley aplicable, procederá la aplicación de la costumbre jurídica y finalmente, en ausencia de ley y costumbre, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho.

La función de los tratados internacionales suscritos por el Reino de España y su observancia interna se resuelve en los artículos 96 CE y 1.5 CC. Estos Tratados obviamente han de ser respetados, pero no se trata de un compromiso de los ciudadanos sino del Estado que en su nombre los suscribe o se adhiere, por lo tanto carecen de fuerza directa obligatoria en el orden interno mientras su contenido no resulte incorporado al mismo con los mismos requisitos que la ley nacional, es decir su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Hay que reseñar en esta materia la especialidad del Derecho de la Unión Europea, de la que trataremos más adelante.

### 3.1. LA LEY

El término Ley puede ser entendido en tres sentidos diferentes en nuestro idioma, aún restringiéndonos tan sólo a sus acepciones en la materia jurídica. Así en su sentido más amplio, ley es sinónimo de norma, y ambos términos serían perfectamente intercambiables en todo lo expuesto en el epígrafe anterior.

#### 3.1.1. La Ley formal

En un sentido más reducido e intermedio, podemos entender la palabra ley como norma emanada del Estado, a través del Poder Legislativo o del Ejecutivo, pues ambos tienen facultades para aprobarlas, aunque de

distinto alcance. Finalmente, en su sentido más estricto y formal, Ley es solamente la norma emanada del Poder Legislativo con la estricta observancia de todos los requisitos dispuestos para su correcta tramitación, cuyo respeto otorga a las leyes su legitimidad legal y en consecuencia su capacidad coercitiva.

Cuando el artículo 1.1 del CC utiliza la palabra ley lo hace en el sentido intermedio, como norma emanada del Estado a través de los órganos que legalmente pueden hacerlo, de aquí que la escriba con minúscula. Consecuentemente son la primera fuente del Derecho en España, con alcance general para todos los ciudadanos, las normas aprobadas por el Estado a través tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, en las materias y con el rango jerárquico que respectivamente sean de su competencia. Al análisis de éstas dedicaremos el presente epígrafe.

A las expuestas debemos añadir, con alcance exclusivo para los ciudadanos de cada una de la Comunidades Autónomas, las leyes autonómicas emanadas de sus respectivos Gobiernos y Parlamentos en uso de las facultades transferidas por el Estado, y también las que permanezcan vigentes y recogidas en sus respectivas compilaciones forales. Además deben también considerarse leyes de aplicación interna directa y en primer grado, alegables por los ciudadanos ante los Tribunales españoles, los Reglamentos de la Unión Europea. A todas ellas nos referiremos en el epígrafe que cierra este capítulo.

### **3.1.2. Sistema normativo: organización jerárquica de las leyes**

El Ordenamiento Jurídico español se estructura en forma jerárquica, adoptando la forma geométrica de una pirámide, en cuya cumbre esta la Constitución Española de 1978, norma fundamental de la estructura legal del Reino de España.

En el escalón inmediatamente inferior se encuentran las Leyes Orgánicas y por debajo de éstas las Leyes ordinarias, reservadas ambas en su redacción y tramitación al Poder Legislativo. Con el mismo rango aparecen Los Decretos Legislativos y los Decretos-Leyes, expresión de las normas redactadas por el Ejecutivo con carácter excepcional, con base respectivamente, en la delegación expresa o en la urgencia.

Las facultades normativas comunes del Poder Ejecutivo se expresan a través de los Decretos, expresión de las aprobadas por el Consejo de Ministros, y las Órdenes Ministeriales, que constituyen el escalafón inferior de las normas que en general se designan con el término leyes en su sentido intermedio, si bien no lo son formalmente.

El sistema expuesto se rige por el principio de jerarquía normativa, según queda dispuesto en el artículo 9.3 CE y el 1.2 CC, ambos citados anteriormente, de manera que jamás una ley de rango inferior puede contradecir lo dispuesto en otra de rango superior, y de hacerlo se considerará nula esta norma, e inaplicable por los Tribunales ordinarios.

### 3.1.3. La Constitución Española de 1978

La Constitución Española, aprobada por referéndum el 6 de Diciembre de 1978, es la más alta norma del estado y por lo tanto del Ordenamiento jurídico español, a ella deben adaptarse todas las inferiores. Consta de 169 artículos, organizados en un Título Preliminar y Diez Títulos ordinales, más cuatro Disposiciones Adicionales y nueve Transitorias. El contenido de su texto puede dividirse claramente en dos partes, la primera programática y la segunda organizativa.

La parte programática se recoge en los títulos Preliminar y Primero, en ella se declara el contenido más propiamente ideológico de la norma. Destacaremos, por su especial significado en el derecho privado y en la vida empresarial, que se garantizan (artículo 9.3) los principios ya mencionados de seguridad jurídica, legalidad, jerarquía y publicidad de las normas, de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales, y la responsabilidad de los poderes públicos. Se enumeran los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 a 29) entre los que figura el derecho de asociación (artículo 22), y se relacionan los derechos y deberes generales de los ciudadanos (artículos 30 a 38) entre ellos la propiedad privada (artículo 33) y *la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado* (artículo 38). Finalmente se reseñan los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52) entre los que figuran defensa, seguridad, información, educación y organización de los consumidores y usuarios (artículo 51).

En la organizativa se establece la forma del estado, estructura, funciones y competencias de los poderes públicos, relaciones entre ellos, organización territorial del estado, organización y competencias del Tribunal Constitucional y finalmente el procedimiento de su propia reforma.

Lógicamente en una única ley de tan reducida extensión no cabe recoger ni regular al detalle la organización todo lo enumerado, por lo cual el contenido de la CE precisa de desarrollos legales que se han de hacer obligatoriamente mediante Ley Orgánica. En cuanto a la modificación parcial de la propia Constitución, se prevé en su artículo 167.1 que requerirá la mayoría cualificada de los tres quintos de cada una de las Cámaras, de no obtenerse cabrá su aprobación (artículo 167.2) mediante la mayoría de dos tercios en el

Congreso si al menos ha obtenido mayoría absoluta en el Senado. En ambos casos deberá ser sometida su aprobación a referéndum si los solicita al menos la décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Excepcionalmente, si se trata de revisión completa del texto, o que afecte al Título Preliminar, a los derechos fundamentales y libertades públicas (Tít. I, cap. II, secc. 1) o a las facultades y régimen de la Corona (Tít. II) se exigirá para su aprobación el voto favorable de los dos tercios de cada cámara, que tras esta votación serán disueltas si aprueban el proyecto; las nuevas cámaras deberán ratificar el proyecto de nuevo por mayoría de dos tercios en cada una, así ratificado se someterá su aprobación a referéndum.

#### **3.1.4. Iniciativa legislativa**

La iniciativa legislativa se encomienda (artículo 87.1 CE) tanto al Gobierno como al Congreso y al Senado. El Gobierno procederá a la elaboración de un Proyecto de Ley, que una vez aprobado por el Consejo de Ministros remitirá al Congreso para su discusión y aprobación o modificación mediante enmiendas (artículo 88 CE).

Por su parte el Congreso podrá tramitar las Proposiciones de Ley que nazcan de la iniciativa parlamentaria y asimismo el Senado, que una vez aprobadas deberá remitirlas al Congreso para su ratificación (artículo 89 CE).

Se atribuye (artículo 87.2 CE) a los Parlamentos de las Autonomías la capacidad de solicitar al Gobierno la adopción de Proyectos de Ley o remitir a la Mesa del Congreso Proposiciones de Ley. La iniciativa popular, manifestada por la constancia de 500.000 firmas favorables, podrá presentar a su vez Proposiciones de Ley al Congreso, pero sólo en materias regulables por ley ordinaria, excepto en materia tributaria (artículo 87.3 CE).

#### **3.1.5. Actividad legislativa del Parlamento**

El Poder Legislativo en el Reino de España se encarna en un Parlamento bicameral, Congreso de los Diputados y Senado, que tiene en exclusiva la facultad de aprobar las normas cuyo rango formal es el de Ley, en sentido estricto. Interesa destacar aquí que la propia CE, Título III, Capítulo II (artículos 81 a 92) trata del sistema de elaboración de las leyes, de las que existen las siguientes categorías.

##### *3.1.5.1. Leyes Orgánicas*

Según el artículo 81.1 CE, *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*, así como otras materias previstas igualmente por la propia Constitución.

Son las de rango jerárquico más alto entre las que tienen formalmente el de Ley, y han de ser aprobadas en el Congreso de los Diputados, y después remitidas al Senado, con la mayoría absoluta de los votos (artículo 81.2 CE), es decir que habrán de votar a favor la mitad más uno de los votos posibles, lo que supone con la actual estructura de la Cámara Baja un mínimo de 176 diputados. La misma proporción ha de existir a favor en los supuestos de derogación o modificación de las Leyes Orgánicas ya existentes.

### 3.1.5.2. *Leyes ordinarias*

Son Leyes ordinarias las que se ocupan de la regulación de las instituciones jurídicas de rango ordinario o común, es decir las no reservadas expresamente a Ley Orgánica. Forman por lo tanto el cuerpo mayoritario del Ordenamiento jurídico, y se aprueban por mayoría ordinaria, es decir que basta con que obtengan más votos a favor que en contra de su aprobación.

Una vez aprobado por el Congreso, el proyecto se remitirá al Senado (artículo 90 CE), que a su vez podrá vetarlo por mayoría absoluta o proponer enmiendas al texto. En caso de veto del Senado cabrá todavía su rehabilitación y aprobación por la mayoría absoluta del Congreso, o bien la aprobación de las enmiendas por la mayoría que corresponda al rango jerárquico de la ley que se pretenda aprobar. Cubierta la tramitación expuesta, la Corona sancionará y promulgará las leyes, que pasarán al trámite de publicación en el Boletín Oficial del Estado, que en la actualidad ya no se edita en papel sino tan sólo en publicación informática.

### 3.1.5.3. *Decretos Legislativos y Leyes de Bases*

Son la manifestación del fenómeno de la legislación delegada, por el cual el Parlamento puede solicitar del Gobierno que redacte directamente una ley, procedimiento del que quedan expresamente excluidas las materias objeto de Ley Orgánica (artículo 82 CE). En estos casos el Parlamento procederá a la delegación en el Gobierno ya sea mediante una *Ley de Bases* o una Ley ordinaria.

Procederá la Ley de Bases cuando se encomiende al Gobierno directamente la elaboración y redacción íntegra de una norma nueva, en ella se delimitará con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Se delegará mediante Ley ordinaria cuando se trate simplemente de la elaboración de un Texto Refundido, es decir de la integración en uno sólo de dos o más

textos legales preexistentes, y habrá de precisar si queda restringida a la simple refundición o se autoriza expresamente la armonización y aclaración de los textos antiguos en el resultante de la refundición.

En los dos supuestos, la delegación habrá de hacerse de forma concreta y exacta y por plazo determinado, por lo que se agotará una vez cumplida la encomienda y caducará excedido el plazo. Además, una vez aprobada la delegación, el Parlamento habrá de abstenerse de legislar sobre la materia delegada durante el plazo aprobado. El texto resultante, en ambos casos, recibe la calificación de *Decreto Legislativo*, denominación que nos indica que ha sido redactado por el gobierno (decreto) con autorización expresa del Parlamento, por lo que tiene valor legislativo, es decir que su rango jerárquico es el de ley ordinaria.

#### 3.1.5.4. *Decretos-Leyes*

La CE (artículo 86) autoriza al Ejecutivo a legislar directamente en los casos en que así lo aconsejen las situaciones *de extraordinaria y urgente necesidad*. Son pues situaciones excepcionales, y la autorización no se extiende a las materias reservadas a Ley Orgánica ni a los derechos y deberes generales de los ciudadanos (quedan pues excluidas íntegramente todas las materias recogidas en el Tít. I de la CE). Las normas resultantes reciben el nombre de Decretos-Leyes y ostentan también el rango de ley ordinaria, pero tienen carácter de provisionalidad, sólo serán aplicables mientras se sustancia su tramitación en el Congreso.

En efecto, y por disposición del artículo 86.2 CE, habrán de ser sometidos a su aprobación por el Congreso en el plazo de treinta días siguientes a su publicación, dentro de los cuales habrán forzosamente de ser convalidados o derogados íntegramente. Queda también autorizada su tramitación en el Congreso como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia (artículo 86.3 CE). La diferencia entre estas tramitaciones estriba en que el Decreto-Ley no admite modificación, por lo que se convalida o deroga de plano, mientras que la tramitación como Proyecto de Ley admite la introducción de enmiendas, que permitan aprobar el texto con una redacción diferente a la establecida por el Gobierno.

#### 3.1.6. **Actividad normativa del Ejecutivo**

A su vez, y además de los dos casos excepcionales ya descritos, el Poder Ejecutivo ostenta facultades normativas propias, concedidas por el artículo 97 CE que le otorga la potestad reglamentaria, cuyo rango formal es inferior a las emanadas del Legislativo, es decir que no son

formalmente Ley en sentido estricto, pero sí ley en cuanto son indudablemente normas jurídicas.

Denominamos Reglamentos –expresión que no se refiere a rango legal sino a contenido de la norma– a las normas escritas y de carácter general cuyo objeto es el desarrollo de leyes preexistentes, a las que quedan subordinadas. Es decir que el Reglamento se redacta por el Ejecutivo para desarrollar, completar o aclarar una norma de rango superior a la que está supeditado, por lo que no le cabe modificar ni ampliar lo regulado ni los supuestos previstos de aplicación. Son la expresión propia de la función organizativa de la Administración del Estado.

Son Decretos los textos y resoluciones aprobados por el Consejo de Ministros a propuesta de sus componentes, o por el Presidente de Gobierno. La expresión Decreto o Real Decreto sí es indicativa de rango en la escala jerárquica de las normas, así los Reglamentos se incorporan al ordenamiento mediante Decreto. Podemos por tanto ver los Reglamentos como la interpretación que el Ejecutivo hace de la ley a la que desarrollan, obligan a los funcionarios de los ramos implicados pero decaen ante la norma superior contenida en una ley. Se producen fundamentalmente en el ámbito del Derecho Administrativo, pero tienen influencia en el Derecho Privado al regular, por ejemplo, el funcionamiento de los Registros Públicos.

Las Órdenes Ministeriales corresponden a las competencias organizativas propias de los diferentes ministerios y restringidas a las áreas de su competencia. Consecuentemente reflejan el criterio unilateral del ministro y son su expresión natural, aunque es obvio que pueden someterse a deliberación del Consejo. Obligan lógicamente a los funcionarios de los ramos afectados, y nos dan idea de su interpretación de las normas de rango superior, a las que no pueden contradecir.

### 3.2. LA COSTUMBRE

Sin duda, según la Escuela Histórica del Derecho ya citada, la costumbre jurídica, la continuada repetición de actos con valor regulatorio de las relaciones internas en un grupo social, es el auténtico origen del Derecho, que sólo necesitó ser puesto por escrito y hecho público –promulgado y publicado– cuando la sociedad sobre la que se extendía amplió sus límites geográficos y culturales, haciéndose demasiado grande para que las normas consuetudinarias fueran de general conocimiento.

Desde este punto de vista la costumbre jurídica es la chispa impulsora original de la creación del Derecho, pero también en la actualidad –y a pesar

de los excesos legislativos de algunos estados que pretenden absurdamente regular hasta los más nimios detalles de la convivencia— conserva un valor inestimable en el nacimiento de nuevas instituciones y en la evolución y modificación de las relaciones jurídicas. Hemos dicho que el Derecho, el ordenamiento, es un sistema vivo y lo es precisamente porque la sociedad lo pule y matiza, le obliga a evolucionar y adaptarse a los nuevos tiempos.

Ningún legislador se ocupa de regular aquello que no sucede o que resulta impensable en su correspondiente momento histórico. Es el cuerpo social quien, al experimentar nuevas necesidades o encontrar soluciones innovadoras para problemas antiguos, establece costumbres e instituciones nuevas e indica al legislador hacia donde debe orientarse. Los intentos de encaminar a la sociedad en un sentido concreto, de transformarla desde la legislación, son propios de los regímenes totalitarios, pues el estado obtiene su *potestas* regulatoria porque la sociedad se la otorga, nace el estado de la sociedad, y no es ésta súbdita del estado.

Podemos definir la costumbre como norma jurídica que tiene su origen en la comunidad social, manifestada por su uso generalizado mediante una práctica efectiva y repetida, con la convicción de su carácter obligatorio. Desde el punto de vista legal, el segundo párrafo del artículo 1.3 nos proporciona, aunque sea por exclusión, un concepto de costumbre con valor jurídico, al señalar que *los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*. No es pues costumbre para el legislador más que el hábito con contenido jurídico, y no lo es la que tiene en la sociedad un valor de simple uso de convivencia social, cortesía o urbanidad, ni tampoco el uso interpretativo que, aún siendo jurídico, se limita a ilustrarnos sobre la concordancia o discrepancia entre la voluntad real y la expresada por los sujetos.

Pero a la vez debe tenerse en cuenta que sólo la norma escrita, la ley, puede garantizar la seguridad jurídica, la certeza del resultado de una conducta, por lo que la aplicación legal de la costumbre debe restringirse únicamente a los supuestos en que no exista una ley aplicable. Cuando ésta existe ha de ser respetada, y si no se considera justa o adecuada la sociedad habrá de procurar su modificación y adaptación por el procedimiento legal. De la adecuación de la norma existente a la necesidad social han de ocuparse los Tribunales a través de la interpretación y la equidad.

Por todo lo expuesto, el artículo 1.3 CC otorga a la costumbre el valor de segunda fuente jerárquica del Derecho —reconociendo su importancia pero a la vez supeditándola a la ley como primera fuente— al establecer que *la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable*, y además limita su validez y

aplicabilidad con dos requisitos esenciales: *que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*.

Consecuentemente son cuatro los elementos que la ley exige de la costumbre para que sea considerada como fuente del derecho y aplicada a los supuestos no regulados legalmente. En primer lugar es necesario un elemento objetivo, que consiste en la existencia de un uso social repetido y constante. En segundo lugar, elemento subjetivo u *opinio iuris*, la convicción general de su carácter obligatorio e inevitable, es decir que se respete con valor de norma jurídica. El tercer elemento es el carácter moral y legal, es decir que no sea contraria a las convicciones éticas o morales –pero si lo fuera no cabría su generalidad por oponerse a la propia filosofía de la sociedad– ni tampoco al orden público, que debe ser entendido como respeto de la legalidad vigente, pues la contravención de ésta genera el desorden social. Por último, elemento procesal para su aplicación al caso concreto, la costumbre debe ser probada ante los Tribunales por quien alegue su existencia.

Es común en la doctrina establecer la existencia de tres tipos de costumbre por su relación con la ley. Así distinguiremos la costumbre según ley –*propter legem*– es aquella que sigue las normas escritas, no cabe considerarla como fuente del Derecho pues su aplicación se debe no a su carácter consuetudinario, sino a su acogida en la norma legal. Cabe también la costumbre contra ley –*contra legem*– que obviamente no es fuente del Derecho por incumplir la condición de no oponerse al orden público. Finalmente queda la costumbre ajena a la ley –*praeter legem*– es decir la que ni está recogida en la norma escrita ni se opone a ésta, que es la única que puede considerarse como fuente del Derecho.

### 3.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Podemos definir los Principios Generales del Derecho como las ideas fundamentales que integran y conforman el Ordenamiento Jurídico. No son por lo tanto normas en sí mismos, sino ideas o pensamientos lo bastante extendidos para que podamos atribuirles carácter de opinión general, de tal manera que son los que conforman nuestra propia valoración social de lo justo y lo injusto.

Así pues se acercan más a las ideas filosóficas, morales y éticas y son a la vez el vehículo por el que éstas se integran en las leyes. Sobre su origen se plantea nuevamente la oposición entre las tesis iusnaturalistas, que defienden que se trata de principios inmanentes en el ser humano, y las iuspositivistas

que consideran que son un producto del ordenamiento, del que se extraen para conformar la opinión jurídica de la sociedad sobre la que tiene vigencia.

Como fuente del Derecho, los Principios se integran en el ordenamiento a través de la aplicación de la analogía y de la equidad, de las que ya hemos hablado, y también a través de su expresión mediante máximas, aforismos o refranes jurídicos, conocidos y repetidos habitualmente y cuyo origen es por lo general muy antiguo, muchos de ellos se expresan incluso en latín y aparecían ya referidos por los jurisconsultos romanos.

Como ejemplos podemos citar, entre los clásicos, las expresiones *In dubio pro reo*, *Pacta sunt servanda*, *Maximum ius máxima iniuria*, *Dura lex sed lex*, *Neminem laedit qui iure suo utitur*, y tantos otros. De algunos de ellos se extraen por adaptación otros posteriores, como el laboral *en la duda a favor del trabajador*, e incluso podríamos apreciar hasta contradicciones entre ellos, como las existentes entre *La ley es dura, pero es ley* y *A mayor derecho mayor injusticia*, o entre el principio de que *El que usa su derecho a nadie perjudica* y la teoría del abuso de derecho.

Cabe decir que los Principios aparecen como fuente doble aun no siendo normas, ya que si conforman e inspiran el ordenamiento son fuente *a priori* de éste en su redacción, y lo completan *a posteriori* para contribuir en su aplicación. Así lo reconoce el artículo 1.4 CC, cuando establece que *los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*.

### 3.4. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CIENTÍFICA

Entendemos por jurisprudencia, en sentido amplio, el modo habitual de interpretación de las normas por los Tribunales, reflejado en las sentencias que dictan. Se trata pues de la opinión jurídica manifestada oficialmente por el Tribunal y reiterada a través de sus resoluciones. Para hablar más propiamente de jurisprudencia, es necesario remitirse a un Tribunal concreto, pues no cabe atribuir a todos una misma e idéntica opinión.

En un sentido más estricto es Jurisprudencia tan sólo la mantenida por los altos Tribunales del estado, así hablamos de Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en ambos casos con alcance nacional, o incluso de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en aquéllas materias en las que la ley les encomiende la última instancia, como son los supuestos de derecho foral. En este sentido Jurisprudencia es sólo la opinión habitual del Tribunal cuya resolución no es revisable, casable o apelable, y, como se exige habitualidad, para poder

hablar de jurisprudencia sentada es necesario que existan al menos dos sentencias confirmando un mismo criterio; también hablamos de jurisprudencia pacífica cuando una gran mayoría de las resoluciones recientes se pronuncia en idéntico sentido, y más raramente es unánime, o se le atribuye este carácter, si todas las resoluciones se inclinan en un mismo sentido, sin admitir interpretaciones distintas o excluyéndolas.

En nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos, no cabe considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho, ya que no está comprendida en la enumeración que de las mismas se hace en el CC. Los Tribunales en el Reino de España son intérpretes del Derecho, pero no creadores del mismo, aunque ciertamente sus opiniones pueden con posterioridad tenerse en cuenta por el legislador al modificar una ley. Este fue, por ejemplo, el caso ya citado de la reforma del Título Preliminar del CC introduciendo en el artículo 7 la teoría del abuso de derecho, hasta entonces sólo de elaboración jurisprudencial.

Lógicamente las opiniones de estos Tribunales suelen ser respetadas por los inferiores, que apoyan en ellas sus resoluciones, pero no están obligados a ello. No hay que olvidar que las opiniones, la jurisprudencia, no son normas y por ello son revisables, especialmente en virtud del mandato legal (CC 3.1) de interpretar las normas según la realidad social del tiempo en que han de aplicarse.

La jurisprudencia tiene por lo tanto un valor orientativo e interpretativo de la norma, que puede ayudarnos a comprenderla e incluso a prever el sentido de la sentencia de un Tribunal concreto si analizamos sus resoluciones previas. Por lo tanto es una herramienta profesional importante, tanto en el sentido de argumentar a favor de jurisprudencia como para hacerlo en contra, pues nos muestra el curso del razonamiento jurídico habitual y consecuentemente nos permite determinar anticipadamente la forma de rebatirlo, en su caso, o de adaptar nuestra argumentación a la línea ya mantenida.

Finalmente es Doctrina Científica el análisis teórico de los tratadistas, la opinión de los estudiosos del Derecho. Tiene por ello valor formativo e informativo, puede contribuir a fundamentar la argumentación, e incluso debiera ilustrar al legislador a la hora de redactar las normas, pero carece de carácter legal.

#### **4. DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL**

El orden y jerarquía de las fuentes del derecho que hemos expuesto tiene, como hemos visto, carácter general para todo el Ordenamiento Jurídico. Sin

embargo dentro del Derecho Privado existe una disciplina jurídica de carácter especial, el Derecho Mercantil, que se no se aplica con carácter general sino particularmente a determinadas personas y actividades concretas. Esta distinción entre ambas disciplinas es común en los ordenamientos de nuestro entorno, así por ejemplo el francés y el alemán. Sin embargo no es general, y otros ordenamientos, como el italiano, no establecen distinción alguna dentro del Derecho Privado, que se considera en su conjunto aplicable a toda actividad en el orden privado de actuación de las personas.

Por otro lado, es de reseñar que en los últimos decenios se ha producido una progresiva mercantilización del Derecho Privado, en el sentido de que, como consecuencia de la evolución económica y social, los no comerciantes realizan cada vez más actos de los regulados por la norma mercantil. Es decir que personas no especializadas en la actividad realizan habitualmente actos que sí lo están, lo que puede colocarles en posición de inferioridad frente al especialista con el que contratan o negocian.

Al mismo tiempo se ha incrementado la actividad propiamente mercantil, con el correlativo aumento del número de empresarios, en detrimento de su especialización real, así como se produce una mayor competencia en los mercados que conlleva un comportamiento más agresivo de los comerciantes en la introducción de sus productos y servicios. Del mismo modo se ha producido la extensión de las relaciones económicas internacionales, que hace conveniente la correlativa homogeneización de los ordenamientos mercantiles de los estados, de manera que una misma institución se regule de forma homogénea en diferentes mercados.

Como consecuencia el legislador ha procurado la protección de los intereses de los no comerciantes, en tanto que consumidores, frente a los empresarios, y al propio tiempo una mayor y más completa y rígida regulación de los mercados, así como se ha desarrollado la uniformización internacional de las normas mercantiles a través de diversos organismos, como la ONU, la OCDE y la propia Unión Europea.

Todo ello ha llevado a que el Derecho Mercantil adquiriera una influencia e importancia cada vez mayores en la actividad común de los no comerciantes, dotándole de un extraordinario dinamismo legislativo frente al estatismo del derecho civil general.

#### 4.1. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA MERCANTIL

La aplicación del Derecho Mercantil viene regulada por su propia ley general, el Código de Comercio (en adelante CCom), cuyos artículos 1 y 2

establecen los criterios para establecer cuando y a quienes han de aplicarse sus disposiciones. El sistema de aplicación efectiva del Derecho Mercantil se articula en torno a dos criterios generales: la aplicación subjetiva –es decir a determinadas personas, ya sea por la actividad realizada o con independencia de los actos que realicen– y objetiva –es decir a actos concretos, independientemente de quienes los lleven a cabo–.

La aplicación subjetiva del derecho mercantil viene determinada por dos criterios o razones diferentes, que se basan en la actividad desempeñada por el sujeto y en la naturaleza jurídica propia del mismo.

Por criterio de actividad se aplicará a los comerciantes, definidos (CCom. 1.1) como *quienes se dedican habitualmente* al ejercicio de la actividad del comercio, es decir que es comerciante cualquier persona que ejerce habitualmente como tal, y consecuentemente se aplicarán a su actividad las normas del Derecho Mercantil. Esta exigencia de habitualidad se interpreta generalmente como dedicación principal con ánimo de lucro, es decir la actividad que genera los medios que permiten a la persona atender sus necesidades económicas. Dicho de otra manera, se trata de la dedicación profesional del sujeto a la actividad mercantil, y no es necesariamente excluyente de otras actividades, se puede ser comerciante con independencia de que se realicen también otras actividades.

Por criterio de naturaleza jurídica del sujeto (CCom. 1.2) están sujetas al Derecho Mercantil las personas *que se constituyeren con arreglo a este código* a las que, con independencia de la actividad que realicen, se aplicarán siempre y en todo caso las normas mercantiles, por tratarse de personas que nacen precisamente al amparo de normas de naturaleza mercantil. Se trata aquí de las sociedades mercantiles, y el propio código determina que lo son las sociedades colectivas, comanditarias, anónimas y limitadas (CCom. 122), pero además de éstas existen otras cuya naturaleza especial mercantil viene determinada por la ley especial que las regula (Sociedades Cooperativas, Sociedades de Garantía Recíproca, Sociedades de Capital-Riesgo, Agrupaciones de Interés Económico). Todas las enumeradas son sociedades típicas, es decir que son objeto de regulación legal que determina sus características y funcionamiento, a todas ellas deben añadirse las sociedades irregulares mercantiles, es decir las que han pretendido constituirse bajo una forma típica, pero incumpliendo parcialmente los requisitos legales establecidos para el tipo social escogido, y las sociedades llamadas atípicas, es decir las constituidas para el ejercicio de una actividad mercantil sin ajustarse a los modelos típicos regulados legalmente.

La aplicación objetiva está determinada por el artículo 2 CCom., al ordenar que *los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este código, se regirán por las disposiciones contenidas en él*. El problema interpretativo de esta norma estriba en cómo determinar si un acto es o no de comercio, la primera respuesta es obvia: lo son los actos regulados por la legislación mercantil especial; sin embargo, el CCom. abre también la posibilidad de que haya actos de comercio no especificados en él, por lo tanto no es determinante el hecho de su regulación y cobra importancia el criterio analógico, considerando también actos de comercio aquéllos que resulten de naturaleza análoga a los regulados por el CCom., aplicándoles también a éstos las normas del mismo.

El doble criterio de aplicación objetiva y subjetiva del Derecho Mercantil recogido en el CCom. tiene su origen en la evolución histórica de la disciplina. Antes de la Revolución Francesa el Derecho Mercantil se aplicaba como un sistema de privilegio personal, criterio subjetivo, pero la generalización del principio de igualdad trajo como consecuencia la eliminación de los privilegios personales, imponiéndose así el criterio objetivo conforme se extendía el movimiento codificador. Así nuestro código recoge ambas tendencias pero de una forma imperfecta e imprecisa.

Sólo cabe resolver el problema a través de la utilización de una concepción más moderna, entendiendo el Derecho Mercantil como el especial que se ocupa de la regulación de la actividad económica realizada en el ámbito del mercado y la empresa y las formas jurídicas de su constitución y organización. Básicamente podemos decir que, desde un punto de vista jurídico, existen cuatro notas fundamentales cuya conjunción caracteriza la actividad empresarial. Se trata de la realización habitual de actos repetitivos y sustancialmente idénticos –*actos en masa*– dentro de una organización –*empresa*– que se constituye precisamente para ello y es coordinada o regida por una persona –*empresario*– bajo su propia responsabilidad y con intención –*ánimo de lucro*– de obtener un rendimiento económico.

El Derecho Mercantil es por lo tanto el derecho propio de la actividad empresarial, siendo empresa toda organización que con habitualidad desarrolla una actividad económica con ánimo de obtener beneficios y soporta el riesgo de la pérdida, y es empresario quien ordena, coordina y dirige la actividad de la empresa.

#### 4.2. FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Como parte del Derecho privado, el Mercantil está sometido a las fuentes que son propias de éste, pero por tratarse de un derecho especial rige

el principio de especialidad de las leyes, que nos obliga como hemos visto a aplicar las normas especiales con preferencia a las generales.

Así se refleja en el artículo 2 CCom., al establecer que *los actos de comercio se registrarán por las disposiciones contenidas en él* (el propio CCom) *en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho Común*. Existe pues un sistema de fuentes especiales en la materia, que son en primer lugar las normas propiamente mercantiles, entendiendo por éstas tanto el CCom. como las leyes especiales, en segundo lugar la costumbre mercantil y finalmente las normas generales del Derecho Privado, es decir la ley civil, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Hay que aclarar que la referencia aparente del artículo 2 al CCom. como única fuente legal no debe entenderse de forma restrictiva, sino al contrario en el sentido amplio de norma mercantil. Lógicamente cuando se redactó la ley se hizo como recopilación de todas las normas mercantiles vigentes, y en ese momento sí era el propio CCom. la única ley especial de carácter mercantil. Sin embargo la rápida y constante evolución del Derecho Mercantil ha provocado la aparición de muchas nuevas instituciones, contratos y actos de comercio, a la vez que la modificación del contenido de las que ya existían.

Como consecuencia se ha producido un doble fenómeno, por una parte la necesidad de nueva regulación, que ha producido una gran proliferación de leyes especiales fuera del código, por otra un paulatino vaciado del código, en el sentido de que muchas instituciones inicialmente reguladas en él han pasado también a ser objeto de regulación mediante ley especial.

Podemos citar como ejemplo lo sucedido con la regulación de las sociedades mercantiles. Originalmente aparecía en el CCom., pero la necesidad hizo que sucesivamente –y por supuesto sin intención de enumerar exhaustivamente pues resultaría imposible– aparecieran la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que más adelante sufren diversas modificaciones y finalmente se refunden en un nuevo y reciente texto legal, la Ley de Sociedades de Capital, aplicable ahora como primera fuente en lo relativo a ambas sociedades.

Así, y en virtud del principio de especialidad de la norma, debemos considerar que la primera fuente aplicable a una institución mercantil será la ley especial que la regule, en su defecto y también como derecho especial supletorio en cuanto no contemple la ley especial, se aplicará el CCom. como ley general de la materia mercantil, y en lo no dispuesto por éste los usos, la ley general y los principios.

Pero este sistema de fuentes no es en realidad el único de aplicación a la materia mercantil, el propio CCom., artículo 50, determina su exclusión y altera el orden de fuentes para determinadas materias, en concreto en lo referente a *los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se registrarán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.* Por lo tanto en todos estos aspectos el orden de fuentes será primero la ley especial y luego la ley común, los usos propios del comercio, la costumbre común y los principios generales del Derecho.

Cabe así establecer una distinción en los usos, ya apuntada en el artículo 1.3 CC, entre los denominados usos normativos y los llamados usos interpretativos, de forma que los primeros son fuente directa del derecho en materia mercantil, y los segundos meros auxiliares de la interpretación del derecho, pero en modo alguno tienen carácter de normas y consecuentemente no son sino auxiliares de la interpretación de éstas.

En cuanto a la distinción entre unos y otros, entendemos por normativos aquellos usos universalmente extendidos entre los comerciantes –dice el código: *observados generalmente en cada plaza*– de manera tal que los consideran parte de la regulación de la institución o contrato en que aparecen e ineludibles en su aplicación, es decir que son usos normativos aquéllos a los que los propios comerciantes dan valor de ley. En cuanto a los meramente interpretativos serían los que por los propios comerciantes se consideran comunes y de uso generalizado, pero que pueden ser excluidos de aplicación por la voluntad de la partes.

Inicialmente los usos normativos, por ser de observancia general y obligatoria en cada plaza, serían aplicables de oficio por los Tribunales, es decir sin necesidad de ser alegados y demostrados por las partes según hemos visto que ha de hacerse con la costumbre civil. Por el contrario los usos interpretativos deberían ser alegados y demostrados, como la propia costumbre. Sin embargo esta diferencia, fácil de apreciar y aplicar cuando los magistrados permanecían mucho tiempo en sus jurisdicciones, se ha diluido con la movilidad de aquéllos, y su importancia decae también al devenir cada vez más prolija y detallada la regulación legal de las instituciones y contratos.

## 5. DERECHO FORAL, AUTONÓMICO Y COMUNITARIO

Hasta aquí hemos hablado del Ordenamiento Jurídico Positivo propio y común a todos los territorios integrados en el estado español. Sin

embargo nos son estas las únicas normas a aplicar en el mismo, ya que existen otros tres sistemas jurídicos vigentes, aplicables a la totalidad o sólo parte del territorio, según su origen y reconocimiento actual.

La integración de España en un organismo político superior, la Unión Europea, conlleva la necesidad de articular e integrar en el ordenamiento aplicable las normas emanadas de ésta. Se trata del llamado Derecho Comunitario. Por otra parte la división del territorio en Comunidades Autónomas, que tienen cedidas competencias propias y por lo tanto determinadas facultades legislativas, produce que las normas emanadas de éstas deban aplicarse en sus respectivos territorios. Por último la formación histórica del estado español, y consecuentemente de su sistema jurídico, produce la pervivencia en determinados territorios de normas diferentes a las del Derecho Común, se trata del llamado Derecho Foral.

### 5.1. FORMACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL: DERECHO COMÚN Y FORAL

La formación del actual Ordenamiento Jurídico Español es el resultado de un largo proceso de evolución histórica, paralelo al de formación del actual Reino de España. En la formación de nuestro Derecho han influido multitud de circunstancias, que no pueden ser resumidas en unas pocas letras sin simplificar en exceso su desarrollo.

No obstante sí se debe hacer constar la influencia original de Derecho Romano en la península, que constituye la base de nuestro actual derecho a través del proceso de romanización que abarca desde el s. III a C. hasta finales del s. IV, en que se asientan los pueblos germánicos. El Reino Visigodo dictó una sucesión de normas (*Código de Eurico*, *Lex Romana Visigothorum de Alarico II* y *Codex Revisus de Leovigildo*) que integraban derecho romano y germánico y culminaron a finales del s. VII en el *Código de Recesvinto*, que bajo el nombre de *Liber Iudiciorum* permaneció observado durante siglos tanto en los reinos cristianos como por la población mozárabe.

Por su parte la dominación musulmana en la península desde comienzos del s. VIII determinó la introducción de nuevas formas jurídicas. Sin embargo al estar en los países islámicos muy unido el derecho a la religión –la *sharia* es la aplicación del Corán como modelo jurídico– la influencia de sus instituciones en nuestro derecho privado ha sido mínima, aunque no así en el derecho administrativo, o al menos en la parte de éste que regula la organización municipal; términos que hoy aún se utilizan, como

alcalde, alcábala, alhóndiga o alcantarillado tienen aquí sus raíces, como también instituciones como la inspección de mercados.

La formación de los reinos cristianos se articuló también, en un principio, con el *Liber Iudiciorum* como marco de observancia general. El avance del proceso de Reconquista determinó la necesidad de repoblar sucesivamente los nuevos territorios fronterizos, para lo que los diversos monarcas otorgaban privilegios jurídicos a quienes se desplazaban a ellos. Estos privilegios se recogían en *Cartas Pueblas*, otorgadas a quienes se asentaran en los territorios de frontera, *Fueros* concedidos a los distintos municipios y concejos de las ciudades ya existentes y *Privilegios*, concedidos a los nobles y a las Órdenes Militares que guardaban las fronteras, y así se fue fraccionando la unidad jurídica anterior.

A partir del s. XII se procura de nuevo la unificación del Derecho en Castilla, a partir de la estructura del Derecho Romano, pero no en la versión arcaica y germanizada del *Liber Iudiciorum*, sino en la más pura que se enraíza en la importación del *Corpus Iuris Civilis* organizado durante el s. VI en Constantinopla bajo el imperio de Justiniano, que ahora llega a Occidente como efecto de la emigración de jurisconsultos bizantinos bajo la presión turca en el Oriente europeo. El resultado de esta influencia se recoge, mediado el s. XIII, en el *Código de las 7 Partidas*, del rey Alfonso X de Castilla, que procura la introducción del «nuevo derecho», organizado por el rey, frente a la oposición de la nobleza y los municipios forales que a su vez pretendían perpetuar sus privilegios. Tan dura fue esta lucha que se duda incluso si las Partidas llegaron a estar en vigor o se trata tan sólo de una obra de carácter doctrinal, aunque sí es seguro que, un siglo después de su redacción, fueron incluidas, como fuente propia del derecho de Castilla, por el rey Alfonso XI en el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), norma que inaugura una serie de sucesivas recopilaciones legales cuya pretensión es integrar y unificar las normas vigentes en cada momento.

El proceso continúa durante el s. XV, especialmente con las reformas de los Reyes Católicos, pero en muchos lugares se conservan normas diferentes, privilegios otorgados que impiden la unificación plena, además y como consecuencia de la unión de los reinos de Castilla y la Corona de Aragón en una sola cabeza, pero no en un único estado, se mantienen los derechos propios de los diferentes reinos. En Castilla se promulgó primero el *Ordenamiento de Montalvo* (1484) y, ya fallecida la reina Isabel y por disposición de su testamento, las Cortes aprobaron en 1505 un texto legal, las *Leyes de Toro*, cuya intención es nuevamente unificar y coordinar las

discrepancias entre los fueros y la legislación real. El mismo sentido unificador aparece en la *Nueva Recopilación*, promulgada por Felipe II en 1567.

Tras la Guerra de Sucesión, a comienzos del s. XVIII, el rey Felipe V promulga los llamados *Decretos de Nueva Planta* (1714-16) cuya intención es precisamente la reorganización y unificación del reino en una sola entidad política, eliminándose parcialmente algunos privilegios históricos, sin embargo, otros permanecieron casi íntegramente –caso de Navarra– o con ciertas limitaciones, casos de Aragón, Cataluña y Mallorca, en que conservan las particularidades del derecho privado pero no las instituciones de derecho público. Finalmente el rey Carlos IV promulga en 1805 la *Novísima Recopilación de la Leyes de España*, texto que nació ya atrasado y fuera de las corrientes jurídicas que comenzaban a extenderse.

En efecto, con la Revolución Francesa cambia el concepto del poder estatal y su relación con la población, que pasa de súbdito a ciudadano, lo que significa ser sujeto activo del derecho y no sólo sujeto pasivo del poder real. Este cambio capital de concepción otorga a los ciudadanos el protagonismo jurídico, que promueve una revisión y generalización del Derecho en los estados europeos. El modelo a seguir es el Código de Napoleón de 1804, y a la extensión de sus principios se le ha llamado movimiento codificador, cuyo fundamento es la sistematización y organización de las normas en leyes o Códigos que recojan las normas dispersas y extiendan los principios de seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos ante la ley. En España el movimiento codificador tiene su primera expresión a través del Código de Comercio de 1829, pero lógicamente se ocupa solamente del Derecho Mercantil. La unificación del Derecho Civil hubo de esperar otro medio siglo, dificultada por el deseo de permanencia de las normas tradicionales en algunos territorios.

En 1889 se promulga el Código Civil, que recoge el llamado Derecho Común, es decir el de los territorios no forales, y con diversas modificaciones posteriores se mantiene básicamente hasta hoy, con el acuerdo simultáneo de la publicación de las Compilaciones Forales que recojan, determinen y modernicen las peculiaridades jurídicas de los diversos territorios que las conservan, compromiso que no fue inmediatamente atendido por los avatares políticos del Estado.

Finalmente estas Compilaciones Forales vieron la luz sucesivamente, así existen las de Vizcaya y Álava (1959) Cataluña (1960) Baleares (1961) Galicia (1963) Aragón (1967 y revisada en 1985) y Navarra (1973). Estas compilaciones recogen las normas tradicionales del derecho privado en

los correspondientes territorios, de manera que han de aplicarse con preferencia al derecho común recogido en el Código Civil.

## 5.2. DERECHO AUTONÓMICO

La estructura territorial del Reino de España recogida en la Constitución de 1978 establece la existencia de 17 Comunidades y 2 Ciudades Autónomas. Cada una de las Comunidades tiene competencias propias y específicas delegadas por el Estado y sobre las que sus respectivos Parlamentos pueden legislar para el territorio de su competencia, con la particularidad de que en algunas materias les cabe legislar libremente, pero en otras –por ejemplo el Derecho Mercantil– tienen limitada su capacidad.

Así las Comunidades Autónomas pueden producir sus propias normas, Leyes Autonómicas, que se aplican con exclusividad en sus territorios. Entre otras materias, y en virtud del artículo 149.1.8º de la Constitución, cabe «*la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derecho Civiles forales o especiales, allí donde existan*», por lo que gozan de competencia exclusiva en estas materias y pueden legislar sobre ellas, aunque con la limitación constitucional de reservar al Estado la competencia legislativa sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas al matrimonio y los registros públicos, así como las bases de las obligaciones contractuales, conflictos de leyes y fuentes del derecho.

Una ley de Comunidad Autónoma tiene en su esfera de vigencia el mismo valor que las leyes estatales, por lo que puede dejar sin efecto tales leyes. Así, dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma, puede sustituir por leyes propias a cualquier artículo del Código Civil que es una ley ordinaria.

## 5.3. DERECHO COMUNITARIO

La integración de España en la Unión Europea se produjo el 1 de enero de 1986 fecha en la que entró a formar parte de la entonces llamada CEE, organización internacional nacida de la voluntad soberana de los países que la integran con el fin de establecer los fundamentos de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos y conseguir mediante una acción común el progreso económico y social de todos ellos, eliminando las barreras que dividen a Europa.

Se denomina Normas Originarias a los sucesivos tratados internacionales que crearon originalmente y han venido posteriormente

modelando jurídicamente los vínculos entre los países que conforman la Unión Europea.

La CEE fue fundada en Roma el 26 de marzo de 1957 por medio de un Tratado Internacional, luego modificado sustancialmente por el Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987 y que convirtió a la CEE en CE y es, para la CEE, el equivalente a los textos constitucionales de los estados.

Fue modificado por el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, luego reformado sucesivamente por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 y el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. A partir del Tratado de Ámsterdam, la CE pasa a denominarse Unión Europea, según dispone el artículo 1 de dicho Tratado.

La actividad legislativa de la UE se articula en torno a cuatro diferentes tipos de normas: Reglamentos, Directivas, Decisiones y Dictámenes y Recomendaciones. A su conjunto se aplica la denominación de Normas Derivadas, y por sobre todas ellas, y con valor de norma constitucional de la Unión mientras no se ratifique finalmente por todos los estados miembros la Constitución Europea –ratificada ya por España a través de la LO 1/2005– se alzan los sucesivos tratados antes enumerados, considerados como normas originarias de la UE.

El Reglamento es equiparable a una Ley nacional y de aplicación directa en los Estados miembros. Tiene carácter obligatorio desde el momento de su entrada en vigor, convirtiéndose en Derecho vigente, en todos los Estados miembros, nada más publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Consecuentemente no precisan adaptación o introducción en los ordenamientos estatales, sino que se incorporan directamente a los mismos.

La Directiva vincula al Estado o Estados destinatarios, pero sólo en cuanto al resultado final a conseguir, siendo éstos los que tienen competencia para establecer la forma y los medios de aplicarlos en sus respectivos países. Otorgan un plazo a los Estados miembros para que adapten su legislación a las mismas, transcurrido el cual, serán de aplicación directa, sin perjuicio de la sanción que se pueda imponer a cada Estado por la demora.

Surten su efecto a partir de su notificación a los Estados miembros y pueden ser invocados por los particulares ante el Tribunal Europeo. En el caso español la adaptación ha de realizarse mediante la promulgación de la norma –ley Orgánica u Ordinaria– que en rango corresponda por la

materia a que afecte la Directiva. En este supuesto deben además tenerse en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas, ya que si la norma Comunitaria recae sobre una materia cuya competencia ha sido transferida a una Comunidad Autónoma, recaerá sobre ésta, y no sobre el estado, la obligación de ejecutarla en su propio territorio.

La Decisión es un acto de la U. E. con destinatario específico –ya sea un Estado, empresa, individuo o un grupo de individuos– a quien será de aplicación directa con efecto inmediato desde que se produce la notificación a sus destinatarios. Son pues normas particulares, de alcance limitado pero de observancia obligatoria por los afectados.

Los Dictámenes y Recomendaciones no son disposiciones vinculantes. Los primeros expresan una opinión sobre una determinada cuestión, y las segundas suelen ser invitaciones para adoptar una determinada conducta.

## RESUMEN

### I. Significado y clases de Derecho

**Derecho:** Normas coercitivas para ordenar convivencia social

**Justicia:** Ideal buscado a través del Derecho

**Seguridad jurídica:** Certeza del resultado de adecuarse a la norma

<b>1. Clases:</b>	<b>D° Objetivo:</b>	<i>Ordenamiento Jurídico, Conjunto de normas que regulan la sociedad</i>
	<b>D° subjetivos</b>	<i>Facultades que el Ordenamiento concede a las personas</i>
	<b>D° Natural:</b>	<i>Inmanente, común y compartido por todos</i>
	<b>D° Positivo:</b>	<i>Promulgado, emanado de la autoridad</i>
	<b>Escuela. Histórica:</b>	<i>Derecho es producto de la sociedad</i>
<b>2. Disciplinas Jurídicas:</b>	<b>Público:</b>	<i>Organización y funcionamiento del Estado</i>
		<i>Relaciones Estado - individuos</i>
		D° Político o Constitucional
		D° Administrativo
		D° Financiero y Tributario
		D° Penal
		D° Procesal
	<b>Privado:</b>	<i>Relaciones entre individuos</i>
		D° Civil
		D° Mercantil
		D° Laboral

**II. LA NORMA JURÍDICA**

**1. Concepto:** *Mandato abstracto y general que plantea hipótesis y resultado*

**Caracteres:** *general, abstracta, imperativa, coercitiva*

**Ordenamiento Jurídico:** *Conjunto de normas aplicables*

*Límites:* Estatal  
Territorial  
Temporal

**2. Clases de normas:** Públicas y Privadas  
Imperativas, prohibitivas y dispositivas  
Rígidas y elásticas  
Generales, especiales y excepcionales

**3. Eficacia y aplicación:**

Principios del Ordenamiento: *Jerarquía*

*Vigencia*

*Especialidad*

Eficacia general: La ignorancia no excusa el incumplimiento

Límites de ejercicio: *Fraude de Ley*  
*Abuso de Derecho*  
*Ejercicio antisocial*

**4. Temporalidad:**

*Vigencia:* General: 20 días desde publicación BOE  
Especial: dispuesta en la propia norma

*Derogación:* expresa o tácita  
*Irretroactividad,* salvo norma más beneficiosa

**5. Interpretación:**

Criterios: *Literal*  
*Gramatical o sintáctico*  
*Sistemático*  
*Histórico*

*Realidad social coetánea*

*Teleológico: espíritu y finalidad*

**6. Adecuación:**

Analogía: *Supuesto no regulado*  
*Identidad de razón con otro regulado*  
*Aplicación del principio extraído*

Equidad: *Atemperación del rigor normativo*  
*Ponderación de circunstancias concretas*

### III. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

#### 1. Ley: *norma emanada de los órganos con capacidad normativa*

##### Jerarquía:

<i>Parlamento y referéndum:</i>	Constitución Española
<i>P. Legislativo:</i>	Leyes Orgánicas Leyes Ordinarias
<i>P. Ejecutivo y P. Legislativo:</i>	Ley de Bases-Decreto Legislativo

Decretos Leyes

<i>P. Ejecutivo:</i>	Decretos y Reglamentos Órdenes Ministeriales
----------------------	---

##### Iniciativa legislativa:

<i>Directa:</i>	Gobierno: Proyecto de Ley Parlamento: Proposición de Ley
<i>Indirecta:</i>	Autonómica, al Ejecutivo o Legislativo Popular, 500.000 firmas al Parlamento

#### 2. Costumbre: *reiteración generalizada con valor normativo*

Aplicable sólo en defecto de ley

Clases:	<i>Contra ley</i> , no es fuente del derecho <i>Según ley</i> , no es fuente de derecho <i>Ajena a ley</i> , única que es fuente de derecho
---------	---

#### 3. Principios Generales del Derecho:

Aplicación previa:	<i>informan el Ordenamiento</i>
Aplicación directa:	<i>en defecto de ley y costumbre</i> <i>Analogía</i> <i>Equidad</i> <i>Aforismos</i>

#### 4. Jurisprudencia y Doctrina:

No son fuente del Derecho  
Auxilian conocimiento, desarrollo y aplicación

#### 5. Tratados internacionales:

Se aplican cuando se incorporan al Ordenamiento interno

### IV. DERECHO CIVIL Y MERCANTIL

#### 1. Criterios de aplicación del D° Mercantil

<i>Subjetivo:</i>	<i>Por razón de naturaleza o actividad</i> Personas jurídicas de naturaleza mercantil
-------------------	--

	Otras personas por razón de actividad mercantil
<i>Objetivo:</i>	Actos de Comercio
<b>2. Fuentes del D° Mercantil</b>	
<i>Aplicación General:</i>	Ley Mercantil Especial
	Código de Comercio
	Usos normativos del comercio
	Derecho Común
<i>Contratos mercantiles:</i>	Ley Mercantil Especial
	Código de Comercio
	Derecho Común
<b>V. DERECHO FORAL, AUTONÓMICO Y COMUNITARIO</b>	
<b>1. Foral:</b> <i>Procedente de los ordenamientos históricos de los territorios</i>	
	Proceso de formación del Derecho Español
	Compilaciones vigentes
<b>2. Autonómico:</b> <i>Emanado de los órganos de las Comunidades Autónomas</i>	
	Modificación de Derechos Forales
	Competencias transferidas
<b>3. Comunitario:</b> <i>Emanado de los órganos de la Unión Europea</i>	
<i>Normas Originarias:</i>	Tratados reguladores de la Unión
<i>Normas Derivadas:</i>	Reglamentos: aplicación inmediata
	Directivas: adopción por ordenamientos nacionales
	Decisiones: aplicación inmediata a destinatario
	Dictámenes y Recomendaciones: no vinculantes

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 19ª ed., Madrid, Edisofer SL, 2009.

– *Compendio de Derecho Civil*, 13ª ed., Madrid, Edisofer SL, 2007.

DÍAZ ROCA, R., *Teoría General del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, 11ª ed., Tecnos, Madrid 2005.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, Civitas*, Madrid 2005.

LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.

