

Tema 1: El ordenamiento jurídico

(2016)

1. El derecho. Concepto.
2. La norma jurídica.
3. Las fuentes del derecho.
4. La aplicación de las normas.
5. La eficacia de las normas.
6. El ordenamiento jurídico y sus ramas

§ 1. EL DERECHO. CONCEPTO

1. CONCEPTO DE DERECHO

El hombre es un ser social que desde el inicio de los tiempos siempre ha vivido inmerso en alguna **organización social**, con independencia de que se trate de tribus, reinos, repúblicas, etc. Para que esta convivencia sea posible se necesita un **orden**. La vía pacífica para la manutención de paz social la proporciona el Derecho. De ahí se haya definido como «el **conjunto de normas (orales o escritas)** cuya **finalidad** es la resolución de los conflictos que se generan en una organización social, evitando así el recurso a la violencia» (LASARTE).

La voz Derecho proviene de dos raíces latinas: a) **Directum**, que significa dirigir, poner en línea recta, alinear, etc. B) **Rectum** que significa regir o gobernar, con base en la idea de que el Derecho será lo dirigido por el que gobierna (Rex= Rey, Soberano) en una comunidad de súbditos.

También se identifica con Derecho la voz **Ius** que significa Derecho y Justicia. De la raíz *ius* derivan las palabras *Iustitia* (justicia) y *Iurisprudentia* (Jurisprudencia).

2. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

El Derecho se clasifica en dos grandes grupos.

2.1 DERECHO POSITIVO Y NATURAL

1º. El Derecho positivo. Esta expresión proviene del latín (*positus*=puesto), se refiere al conjunto de normas que están **vigentes** en un **determinado lugar** (Estado, Comunidad Autónoma, etc.) y durante un **determinado período de tiempo**. Así, hoy en día en España es Derecho positivo el vigente Código Civil de 1889, sin embargo hasta su entrada en vigor fue Derecho positivo la **Novísima Recopilación**.

2º. El Derecho natural. El hombre posee una capacidad natural para juzgar rectamente (sindéresis) que le permite distinguir el bien del mal, puesto que existen unas reglas no escritas, que se deducen sin más de la naturaleza humana, que se hallan impresas en el fondo de su conciencia, y desde las cuales se valora el Derecho positivo establecido por el legislador (LACRUZ). A este conjunto de

normas no escritas se les denomina **Derecho natural**, que actúan como un filtro, de modo que el Derecho positivo, para ser justo, ha de inspirarse en el natural. En otro caso se tratará de derecho legal pero injusto, como las Leyes segregacionistas en EEUU en los años 50, la ley del Apartheid en Sudáfrica o Leyes Antisemitas de la Alemania Nazi.

El Derecho natural, durante años se justificó, a través de:

- a) La fe en una **Ley universal superior** y anterior a la ley positiva, que ha sido una constante en el **cristianismo** sobre todo en la Edad Media.
- b) La **naturaleza racional del hombre**, a partir del Renacimiento.
- c) En la actualidad, sobre todo tras la experiencia nazi, en la gran mayoría de Constituciones Europeas, aparecen referencias a Derechos Fundamentales de los ciudadanos, lo que supone que aquellas superan el filtro del respeto al Derecho natural. Ahora son los Tribunales Constitucionales, los encargados de establecer la relación entre derecho y moral -si bien de ahora de carácter constitucional-. De modo que estos actúan como «legisladores negativos» al poder invalidar las normas jurídicas que sean contrarias a los principios constitucionales, especialmente los derechos fundamentales.

2.2 DERECHO OBJETIVO Y DERECHOS SUBJETIVOS

El **Derecho objetivo** es el conjunto de normas jurídicas vigentes (leyes, reglamentos, costumbres...) que regulan la conducta de todos los sujetos que pertenecen a un determinado país. Al conjunto de normas que integran el derecho objetivo también se le conoce con el nombre de Ordenamiento jurídico o Derecho positivo. Son normas de Derecho objetivo el Derecho penal, civil, mercantil, etc.

Los **Derechos subjetivo** son todos aquellos que pertenecen en exclusiva a un solo sujeto o persona. Su denominación proviene del hecho de que se encuentran dentro de la esfera jurídica de sujetos concretos, bien sean personas físicas o jurídicas (asociaciones, sociedades, etc.). El derecho subjetivo confiere a su titular un poder que permiten comportarse de una determinada forma (como propietario, como arrendatario, etc.) frente al resto de ciudadanos.

El derecho objetivo establece los cauces a través de los cuales los derechos subjetivos forman parte del patrimonio de una persona.

Ej. Se puede ser titular de un derecho de propiedad sobre un piso (derecho subjetivo) por haber utilizado el procedimiento de la compraventa, previsto en el art 1445 y ss del Código civil (derecho objetivo).

§ 2. LA NORMA JURÍDICA.

1. LA NORMA JURÍDICA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico -Derecho objetivo o Derecho positivo- está integrado por el **conjunto de normas jurídicas vigentes** por el que se rige un determinado país (comunidad autónoma o la propia Unión Europea). Se entiende por norma **jurídica positiva**, todo **precepto general** cuyo finalidad sea la de ordenar la convivencia en una comunidad y cuya observancia puede ser impuesta **coactivamente** por el Estado. Como la norma regula la conducta de seres libres que de hecho pueden desobedecer este mandato básico, esta desobediencia debe ser prevista por aquella, estableciendo, para tal caso la adecuada **sanción** (ALBALADEJO). Las normas jurídicas pueden tener carácter escrito (leyes) u oral (la costumbre).

La expresión norma jurídica es un término ambivalente, puesto que en sentido amplio se refiere a toda una ley (ej. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), y en sentido estricto a los diferentes artículos (también denominados preceptos o disposiciones) en que aquella se divide. Ej. En este sentido también es una norma jurídica el artículo art. 9 de la Ley de Arrendamientos relativo al plazo mínimo de duración de los contratos.

2. CARACTERES DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Las normas, o mejor dicho los preceptos en que estas se dividen, presentan tres características comunes:

- **Generalidad.** La norma es un mandato general dictado para regular toda una categoría o clase de casos o supuestos en abstracto. Faltaría la generalidad cuando se dicte la norma para un caso individual (es decir referente a una persona concreta o a una relación determinada.). Ej. Sería norma jurídica la pensión que se otorga a las viudas de determinada clase de funcionario, no lo sería la disposición dictada para otorgársela únicamente a la viuda de un determinado funcionario.
- **Imperatividad.** En la mayoría de normas se establece un mandato o una prohibición. Así, el art. 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece (impone) para el propietario de un inmueble la prórroga obligatoria de los contratos de arrendamiento hasta alcanzar los 3 años de duración.
- **Coercibilidad,** es la posibilidad de que la norma jurídica se imponga de forma forzosa, es decir coactivamente, en el supuesto de que no se cumpla de forma voluntaria. Ej. El art. 1445 CC establece la obligatoriedad de entregar el precio en la compraventa. De modo que el vendedor que no ha recibido el precio de la cosa vendida puede acudir al Juzgado y obtener una sentencia en la que se condene al comprador a que le entregue el precio.

3 ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

La estructura de toda la norma se compone de dos elementos: a) Un **supuesto de hecho**, o descripción de aquella parcela de la realidad a la que se aplica esa norma y b) La **consecuencia jurídica** que, en su caso, provoca lleva aparejada la concurrencia del supuesto de hecho.

A veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, se redactan en artículos separados. Este es el caso de la mayoría de edad: el supuesto de hecho se contempla en el art. 315 cc al establecerse que «la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos». Mientras que la consecuencia jurídica se refleja en el art. 322: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

En este caso el supuesto de hecho será la circunstancia de se cumplan 18 años y la consecuencia jurídica las prerrogativas que se le conceden al sujeto mayor de edad, entre otras la capacidad para celebrar un contrato de compraventa de inmuebles.

4. CLASES DE NORMAS

Existen diferentes criterios de clasificación de las normas jurídicas:

4.1. Por su eficacia frente a la voluntad

a) **Normas de derecho imperativo, necesario o «ius cogens»:** son normas cuyos efectos o consecuencias jurídicas no pueden ser pactados por las partes. Ej. El Art. 57 CC establece el Juez competente para la celebración de matrimonio. Lo que supone que dos personas sólo pueden casarse en el municipio que les corresponda por Ley y no en el que ellas libremente decidan. También es una norma de derecho imperativo la que establece la **pensión por alimentos** que los padres han de satisfacer por los hijos menores (art. 143 cc).

b) **Normas derecho dispositivo, supletorio o derecho voluntario:** son aquellas normas cuyos efectos pueden ser excluidos por acuerdo entre las partes. Ej. El art. 97 del Código establece el pago de una pensión por desequilibrio económico en los casos de separación o divorcio. Su carácter de norma dispositiva supone que si ambas partes están de acuerdo pueden solicitar que la misma no se aplique.

Es difícil saber si una norma es de derecho imperativo o dispositivo, puesto que los diferentes artículos de una ley no señalan si se trata de una norma imperativa o dispositiva. En Derecho privado (civil y mercantil) la regla general es que la mayoría de normas son de derecho imperativo, de modo que excepcionalmente algunas tienen carácter dispositivo. En el Derecho público la totalidad de las normas son de derecho imperativo. Para averiguar el carácter imperativo o dispositivo de una norma habrá que consultar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4.2. Por su eficacia en relación al tiempo

a) **Normas de derecho permanente.** Son aquellas que tienen una duración ilimitada. La regla general es que la mayoría de las normas jurídicas son de carácter permanente, puesto que se dictan sin señalar un plazo de duración.

b) **Normas de derecho temporal.** Son de duración limitada. Este es el caso de las Leyes Generales de Presupuestos del Estado, que tienen una vigencia anual. Su importancia a efectos civiles radica que en ellas se establece el valor del “interés legal” del dinero.

c) **Normas de derecho transitorio.** Determinan la legislación aplicable a un determinado supuesto de hecho sobre el que recaen sucesivamente una norma en vigor y otra que ha sido derogada por ella. Las normas de derecho transitorio siempre aparecen en las nuevas leyes dentro del apartado de «Disposiciones Transitorias».

Ej. Este sería el caso de alguien que ha cometido un asesinato en 1994, estando vigente el Código Penal de 1973, pero cuando va a ser juzgado en 1996, ya está vigente el nuevo CP de 1995. La cuestión que se nos plantearía sería cual de los dos códigos se aplica, si el vigente cuando se comete el delito, o el que lo está cuando se van a juzgar los hechos.

La solución la proporciona la Disposición Transitoria 1ª del CP/1995 se establece que: «Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas».

4.3. Por su eficacia en relación al territorio

a) **Normas de Derecho general o común.** Se trata de aquellas normas que rigen en todo el territorio del Estado español. (Ej. El Código Penal se aplica directamente en toda España).

b) **De Derecho particular, autonómico o foral.** Son aquellas que sólo rigen en una parte del territorio nacional. Este es caso del Derecho autonómico de la Comunidad Valenciana, el de

Cataluña o el Aragón.

Antes de la Constitución se utilizaba la expresión Derecho foral, como sinónimo de derecho particular, pero hoy en día ha decaído su uso.

4.4. Por su relación al contenido de sus disposiciones

a) **De Derecho común.** Son aquellas normas que están destinadas para la totalidad de las personas, cosas o relaciones jurídicas. El Derecho civil del código civil es derecho común.

b) **De Derecho especial.** Son normas dictadas para una clase de personas, cosas o relaciones jurídicas que exigen apartarlas de la disciplina general de las normas de derecho común. El Derecho mercantil es un derecho especial. En su origen se creó para aplicarse a una sola clase de personas: los comerciantes.

También se entiende por Derecho especial a aquellas normas de Derecho civil cuya finalidad es regular materias o relaciones determinadas y concretas de ese mismo Derecho civil. En este sentido son normas especiales la legislación hipotecaria, la arrendaticia, etc.

La expresión Derecho común es ambivalente, tiene un significado diferente, según que se oponga al término Derecho particular o a los Derechos especiales.

4.5. Por su técnica de aplicación

a) **Normas rígidas,** son aquellas en las que el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas tienen un contenido concreto e invariable (ALBALADEJO). Ej. La mayoría de edad se alcanza siempre a los 18 años, independientemente del grado de madurez del individuo y con ella, su efecto la plena, capacidad de obrar.

b) **Normas elásticas o de derecho equitativo o cláusulas-válvula** aquellas en las que los efectos jurídicos son flexibles, no están determinados de forma concreta, sino sólo indicados, mediante una serie de conceptos (conceptos jurídicos indeterminados) cuyo contenido en cada caso particular es variable dentro de ciertos márgenes. El Juez tendrá que determinar su contenido en cada caso concreto. Ej. La **justa causa** del art. 1.584 CC (entre otros) o la **diligencia de un buen padre de familia** del art. 1.903 final o el «**interés del menor**» del art. 161.

La STS 14 octubre 2004 (RJA 6569) que la doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados «concepto jurídico indeterminado» o «concepto válvula», que, por ello, no puede ser conceptualizado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se ha planteado la cuestión. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1999 [RJ 1999, 642]).

4.6 Por su finalidad

A) **Normas sustantivas o materiales:** Son las que establecen los derechos y deberes de los ciudadanos. También denominadas normas «de fondo», son las que el juez aplica en la sentencia para la resolución de conflictos (El Derecho civil, mercantil, penal. Etc.).

B) **Normas adjetivas o formales o procesales:** Son las que regulan el procedimiento para ejercer ante los tribunales las normas sustantivas. Fijan las diferentes etapas por las que pasa un procedimiento judicial (juicio) desde la presentación de la demanda hasta la emisión de la sentencia. También regulan la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

Tienen carácter instrumental, puesto que son un medio o instrumento para hacer valer el derecho sustantivo.

Son normas procesales la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de enjuiciamiento criminal, la Ley de procedimiento Laboral y la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

§ 3. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. LA EXPRESIÓN «FUENTES» EN SENTIDO AMPLIO

La palabra «fuente» designa el lugar por el que nace o brota agua. En el lenguaje jurídico se utiliza en sentido metafórico, designando lo que es principio o fundamento, la raíz, de lo jurídico, lo mismo que la fuente natural es el punto de surgimiento del agua (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La doctrina atribuye un doble sentido a la expresión de «fuentes del Derecho», distinguiendo entre:

A) Fuentes materiales o de producción. Son las que se refieren al origen de las normas jurídicas, determinando que poderes, instituciones, o grupos sociales tienen potestad para crear normas jurídicas, el Derecho. Las **fuentes materiales o de producción**, responden a la pregunta *¿Quién crea el Derecho?*. Tienen potestad para crear normas jurídicas los órganos legislativos de la Unión europea, las Cortes Generales españolas (Congreso y Senado), las Asambleas Legislativas de las CCAA, el Gobierno de la Nación, los Gobiernos autonómicos, Diputaciones, Ayuntamientos y los grupos sociales.

B) Fuentes formales o de conocimiento. Son las que se refieren a la forma utilizada por el Derecho para exteriorizarse. Las **fuentes formales** responden a la pregunta *¿Como (en que forma) se establece (o manifiesta) el Derecho?*. Las fuentes formales según el art. 1º del Código civil son: la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Ambas clases de fuentes, materiales y formales, están interrelacionadas, de modo que a una determinada fuente de material suele corresponderle una determinada forma de exteriorización de la misma. Así las Cortes Generales producen Derecho en forma de Leyes, el Gobierno en forma de Decretos y los grupos sociales en forma de costumbre.

2. EL SISTEMA DE FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. Sistema de fuentes y principios que lo regulan

El artículo 1º.1 del CC establece que *«Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»*. En el apartado 5º de ese artículo también se menciona como fuente a los tratados internacionales. Otras fuentes, no mencionadas por el art. 1º del CC, porque no existían cuando este se modificó en 1974, son la **Constitución Española (CE)** y el **Derecho comunitario europeo**.

El artículo 1º CC sólo enumera **fuentes formales**, pero como éstas son creadas por instituciones del Estado o por los grupos sociales, se está reconociendo de forma indirecta la existencia de **fuentes materiales** (el Estado y las organizaciones sociales). El listado de fuentes del mencionado precepto tiene carácter exhaustivo, es decir que no habrá más fuentes que las allí enumeradas. De modo que las llamadas **fuentes formales indirectas**, como la jurisprudencia y la doctrina, no

tendrán la consideración de fuentes del Derecho.

El sistema de fuentes del Código civil a pesar de la literalidad del art. 1º.1 que habla de «fuentes del ordenamiento jurídico español» sólo es aplicable a la rama del Derecho civil. De modo que cada sector del ordenamiento jurídico tiene su propio sistema de fuentes.

En otros sectores como sucede en el Derecho penal sólo se admite como fuente del Derecho la Ley, descartándose la costumbre ni los principios generales del Derecho. En el caso del Derecho laboral, también tiene la condición de fuente del derecho los Convenios colectivos. Las fuentes del Derecho mercantil (arts. 2 y 50 CCom) son la Ley (Código de Comercio y leyes mercantiles especiales), los usos de comercio y las normas de Derecho común.

2.2. El principio de jerarquía de las fuentes

El principio de jerarquía normativa establece la primacía y subordinación entre las diferentes fuentes formales que coexisten en nuestro Derecho. La jerarquía al fijar un rango para cada norma está determinando la eficacia de cada una de ellas (O'CALLAGHAN).

La jerarquía normativa se deduce de los siguientes preceptos (O'CALLAGHAN):

A) Del **artículo 9.1 y 3 de la CE**, al ordenar que «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*» y que «*la Constitución garantiza la jerarquía normativa*».

B) Del **art. 1ºCC**, en el que se recoge el **principio de jerarquía o de prelación de las fuentes** en los siguientes términos:

«2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior».

«3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable...»

«4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre...»

C) Del **artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial** al establecer que «*Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa*».

El principio de jerarquía se aplica en un doble sentido:

a) sentido propio. Entre las reglas de **distinto origen** (Ley-costumbre), lo que supone que **las normas de rango superior** siempre prevalecerán sobre las **inferiores**. De modo que será nula y no podrá ser aplicada aquella norma que contraríe a una superior.

b) sentido impropio. Entre **fuentes del mismo rango** (ley-ley) se aplica de dos modos:

1) La ley posterior prevalece sobre la anterior. Así, el Código Penal de 1995 tiene preferencia sobre el de 1973 por ser posterior en el tiempo.

2) La norma especial prevalece sobre la general. La Ley de Arrendamientos Urbanos (norma especial) se aplica con carácter preferente al Código civil (norma general) por razón de su especialidad.

2.3. El principio de legalidad o de supremacía de la Ley.

Este principio supone la supremacía de la Ley respecto de las otras fuentes (costumbre y principios generales). El **principio de legalidad** está recogido en:

➤ El **art. 1 CC** apartados 3º «*La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*» y 4º «*Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*».

➤ El **art. 9.3 de la CE**: «*La constitución garantiza el principio de legalidad, el principio de 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*».

El principio de legalidad se refiere a la Ley en sentido amplio. Así pues, comprende, el Derecho primario europeo, la Constitución, los Tratados Internacionales, y los Reglamentos de la Unión Europea por tratarse de leyes comunitarias (O'CALLAGHAN).

En otras épocas no existía el principio de legalidad, en la Edad media la costumbre prevalecía sobre la Ley. Incluso hoy en día en la Compilación de Navarra se admite la superioridad de la Costumbre frente a la ley dispositiva.

No obstante, dentro de la expresión Ley en sentido amplio, tenemos un amplio abanico de normas que también guardan una jerarquía en sentido propio entre ellas. (Ej. Los reglamentos están subordinados a las leyes y estas a su vez a la CE). De modo que las leyes que sean contrarias a la Constitución, según el art. 34 LOTC, deberán ser declaradas inconstitucionales y nulas. Los reglamentos contrarios a las leyes también deberán ser declarados nulos.

2.4. El principio de sujeción de Jueces y Tribunales a las normas reconocidas.

Este principio aparece formulado en **art. 1º.7 CC**: «*Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido*». Este precepto se completa con lo establecido en el **art. 120.3 de la C.E.**, que ordena que las **sentencias** que se dicten sean «**siempre motivadas**», es decir, fundadas precisamente en el sistema de fuentes.

Los jueces y tribunales, en el caso de que dictaran una sentencia no basada en el sistema de fuentes o que careciera de motivación, estarían violando el **Derecho fundamental de las personas a una tutela judicial efectiva**, reconocido por el art. 24 CE y protegido por el recurso de amparo.

2.5. El principio de competencia.

En el territorio español coexisten tres tipos de normas jurídicas: a) normas de *Derecho comunitario*, que proceden del poder legislativo de la Unión Europea; b) normas de *Derecho estatal*, que nacen del poder legislativo (Congreso y Senado) del Estado español, c) normas de *Derecho autonómico*, cuyo origen se halla en el poder legislativo de cada Comunidad Autónoma (O'CALLAGHAN).

El principio de competencia o de distribución de materias sirve para distribuir entre los diferentes órganos legislativos (europeo, estatal, autonómico) la potestad de dictar cierto tipo de normas. El ámbito de competencia de un determinado órgano no puede ser invadido por otro. Ej. Una ley estatal no puede regular una materia que sea competencia exclusiva de una determinada Comunidad Autónoma.

La aplicación del «principio de competencia» supone que las normas del *Derecho comunitario* se aplican a materias propias del mismo, que son esencialmente de Derecho mercantil y económicas o de Derecho administrativo; también algunas de Derecho civil como la responsabilidad civil de daños causados por productos, etc.).

El principio de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas se regula en los arts. 148 y 149 de la CE. En el artículo 149 de la Constitución se establecen aquellos supuestos en los que el Estado tiene competencia exclusiva y las Comunidades Autónomas no pueden legislar (O'CALLAGHAN). En el art. 148 se recogen aquellas materias o competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades autónomas.

La Constitución establece la coexistencia de subsistemas jurídicos autónomos de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, engarzados con el general y entre sí por medio del principio de competencia.

3. LA LEY

La Ley es la primera de las fuentes del Derecho, etimológicamente proviene del latín (*lex, legis*). En **sentido estricto** es una norma jurídica de carácter general, de forma escrita, emanada del poder legislativo de acuerdo con un procedimiento solemne. El rasgo fundamental de la Ley, es su **carácter escrito**, por lo que quedan excluidas de su ámbito las normas no escritas como la costumbre.

La ley puede emanar del **poder legislativo europeo** (Fuentes primarias del Derecho Europeo, Reglamentos y Directivas), del **Estatal** (Constitución, leyes orgánicas y ordinarias), del **Autonómico**.

La **Ley**, como fuente del Derecho, también puede emanar del poder legislativo de las **Comunidades Autónomas**, tal como reconoce el artículo 149.1.8º de la Constitución, para la *conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, foral o especial*. Las leyes se publican en su propio *Boletín Oficial*, a partir de cuyo momento tiene aplicación general y, posteriormente, se publican en el *Boletín Oficial del Estado*.

En sentido amplio, la expresión ley, engloba a cualquier tipo de norma escrita, dictada por autoridad competente, más allá del poder legislativo. Desde este punto de vista, no son sólo leyes las normas que dictadas por el **poder legislativo**, Europeo, estatal o autonómico, sino también las dictadas por el Gobierno (**poder ejecutivo**) por **delegación legislativa** (Decretos-Leyes, Decretos-Legislativos), y las dictadas por la Administración, como los Reglamentos.

3.1. Requisitos de la Ley

a) Requisitos internos de la Ley.

1º.- Generalidad.- La Ley se dirige a un conjunto en abstracto de sujetos y de situaciones, lo cual la distingue de las disposiciones de carácter singular.

2º.- Obligatoriedad.- Las leyes están constituidas por un mandato (dirigido a un supuesto de hecho determinado) y una sanción (consecuencia jurídica) que se establece para el caso de incumplimiento del mandato.

3º.- Racionalidad.- El mandato de la Ley ha de ser un mandato justo, en clara armonía con el Derecho natural.

b) Requisitos externos de la ley

a) **Legalidad**. La Ley ha de ser establecida con los procedimientos y garantías exigidos por el Ordenamiento jurídico. La elaboración de las leyes estatales consta de varias fases que aparecen reguladas en la Constitución (art. 81 a 92):

- *Iniciativa legislativa* (arts. 87 a 89 CE). El Gobierno puede realizar «proyectos de ley», también tiene iniciativa legislativa, bajo la forma de «proposición de ley» el Congreso, al Senado, las Asambleas de las Comunidades Autónomas y el pueblo (iniciativa legislativa popular).
- *Tramitación parlamentaria*. Los proyectos de ley y proposiciones legislativas se tramitarán según los Reglamentos del Congreso y del Senado. Aprobado el Proyecto por las Cortes Generales en los términos que prevé el art. 90 CE la tramitación queda concluida.
- *Sanción y promulgación* (Art. 91 CE). Tras ser aprobadas las leyes por las Cortes Generales, el Rey sancionará en 15 días las leyes aprobadas por las Cortes Generales y las promulgará y ordenará su inmediata publicación. Se trata de fórmulas más bien protocolarias: La **sanción** real es una fórmula certificante de que la Ley ha sido

aprobada por el Parlamento. En otras épocas la sanción permitía al rey la ratificación, o veto, de las leyes aprobadas por los parlamentos. La **promulgación** es el acto del Jefe del Estado por el que ordena a las autoridades que cumplan y hagan cumplir la ley aprobada por las Cortes.

- **Publicación.** La **publicación** es el medio para dar a conocer a los ciudadanos el texto de la ley. El art. 91 CE contiene el mandato de la **publicidad de la ley**. El art. 2º.1 del CC establece el mecanismo para su **entrada en vigor**: «2.1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su entera publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone de otra cosa». El período de tiempo que media entre la publicación de la ley y su entrada en vigor se conoce como «*vacatio legis*». La consecuencia directa de la publicidad es el carácter **escrito** de la ley.

Las normas europeas se publican en el **Diario Oficial de la Unión Europea**. Las comunidades autónomas disponen de su propio boletín para publicar las leyes. En el caso de la Comunidad Valenciana es el «Diari Oficial de la Generalitat Valenciana» (D.O.G.V.). **DIARIO OFICIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA**

3.2. Clases de leyes y orden jerárquico de las normas estatales.

En la CE aparecen recogidas todas las normas jurídicas que encajan dentro del concepto amplio de ley. En primer lugar están las leyes en sentido estricto (leyes orgánicas, ordinarias y de bases). En segundo, lugar está la denominada legislación delegada (decretos leyes y decretos legislativos). Finalmente están los reglamentos:

Leyes en sentido estricto:

- A) **Leyes orgánicas.** Son las que regulan con carácter exclusivo determinadas materias como «*el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía, el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución*» (art. 81 CE).
- B) **Leyes ordinarias** puede regular cualquier materia que no esté reservada a ley orgánica. Estas leyes también se diferencian por su procedimiento de elaboración: la Ley orgánica requiere el acuerdo de la mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2) mientras que para la ordinaria basta la mayoría simple.
- C) **Leyes de bases** (art. 82 CE). Son leyes que se aprueban por las Cortes generales para autorizar al Gobierno para dictar, siguiendo tales bases, normas con rango de ley ordinaria, llamadas **Decretos Legislativos** (art. 85 CE).

Legislación delegada

- A) **Decretos-Leyes.** Son normas con rango de **ley ordinaria** dictadas por el Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad. Al tener rango de ley, por lo deben ser ratificados por el Congreso, que es quien ostenta el poder legislativo. El contenido del Decreto Ley ha de ser el de una ley ordinaria.
- B) **Decretos-Legislativos.** Es una norma jurídica con rango de ley, emanada del poder ejecutivo en virtud de delegación expresa efectuada por el poder legislativo (art. 82 CE). La técnica del DLeg. se utiliza en dos supuestos: 1º) Elaboración de **textos articulados**, habiendo aprobado previamente el Congreso una **Ley de Bases** que sirve como marco de referencia y límite. El código civil se aprobó a través de una Ley de Bases. 2º) Elaboración de **textos refundidos** de diversas leyes, reunificando en un sólo cuerpo legal normas jurídicas dispersas, previamente una ley ordinaria ha autorizado esta vía.

Reglamentos.

Son normas jurídicas de carácter general, escrita, dictada, por el Gobierno o por la Administración.

Están, subordinados jerárquicamente a la ley. El **reglamento** es la fuente específica del Derecho Administrativo (SÁNCHEZ MORÓN, 2005).

La potestad reglamentaria además del Gobierno y las Administraciones Públicas, también la tienen las Comunidades Autónomas, las Provincias y Municipios. De ahí que los reglamentos pueden ser Estatales, Autonómicos y Locales.

A veces tienen especial importancia en el Derecho civil; por ejemplo, el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

El Reglamento dentro de la jerarquía de normas se sitúa antes de la costumbre, al equipararse a las normas con rango de ley. Si bien es de rango inferior, tanto respecto de las leyes en sentido estricto como las orgánicas y ordinarias, como de la legislación delegada: decretos leyes y legislativos. Los Reglamentos no pueden ir en contra de ninguna de las normas citadas.

El Reglamento, a diferencia de la Ley que sólo puede ser anulada por el Tribunal Constitucional, es controlable por los Tribunales ordinarios de justicia, en especial los del orden contencioso-administrativo, que pueden inaplicar o anular los reglamentos que consideren ilegales.

4. LA COSTUMBRE

4.1. *Concepto de costumbre*

La costumbre puede definirse como «la práctica efectiva y reiterada a lo largo de los tiempos de una determinada conducta, por un grupo social, que cuando cumple una serie de requisitos deviene norma jurídica» (ALBALADEJO). Se trata de una «*norma creada e impuesta por el uso social*» (DE CASTRO). Al tratarse de una norma jurídica su cumplimiento es de carácter obligatorio.

Se admiten unas reglas que han nacido fuera de la organización del Estado, por la actuación continuada o habitual de ciertos grupos sociales, porque la fuerza social del uso es fortísima: crea hábitos, modos regulares de comportarse, que hacen que la conducta habitual sea fácil y la insólita choque automáticamente con la resistencia general. El Derecho concede eficacia normativa, en ciertos casos, al mero suceder uniforme y continuado no por una preferencia o respeto a la rutina, sino para proteger a la legítima confianza que alrededor suyo se ha ido consolidando.

La STS de 18 Abril de 1.951 la define como «una norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizados con intención jurídica»

La costumbre es una **fuentes formal del derecho** (forma de manifestarse el Derecho) que tiene su correlativa **fuentes material** en los grupos sociales. Al conjunto de normas que surgen de la costumbre se les conoce como **normas consuetudinarias**. La costumbre a diferencia de la ley no tiene carácter escrito, pertenece a la tradición oral.

4.2. *El valor de la costumbre en el derecho español*

La costumbre presenta los siguientes caracteres:

1º.- La costumbre es admitida como **fuentes jurídica independiente** por el art. 1 cc.

2º.- La costumbre tiene **valor subsidiario** respecto a la ley; es decir que sólo será aplicable en su defecto.

3º.- La costumbre es norma de **significado secundario**, habida cuenta de la supremacía de la ley y que está prohibida la costumbre que sea contraria a la ley; prueba de ello es que su conocimiento no se exige a los jueces y funcionarios tal como sucede con la ley a la que se le aplica el principio «*curia novit iura*» (los tribunales conocen el Derecho).

4.3. Requisitos de la costumbre

Para que una costumbre sea válida debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Uso social manifestado a través de la realización de una serie de actos externos (conductas), de manera uniforme e ininterrumpida a lo largo de los tiempos.

b) Convicción social de su obligatoriedad, de que aquella manera de actuar lo es con la intención de regular jurídicamente un supuesto de hecho («Opinio iuris seu necessitatis»). En esto se diferencia la costumbre de los hábitos sociales.

c) No ser contraria a la ley. El art. 1.3 establece la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable.

d) Racionalidad. La costumbre no puede ser contraria a la moral o al orden público (art. 1.3 CC). Por orden público se entiende estrictamente el orden público constitucional; no siendo admisible una ley que aún no siendo contraria a la ley viole cualquier principio constitucional.

e) Ha de resultar probada. La persona que, en un juicio, quiera alegar a su favor una determinada costumbre, deberá de probar su existencia. (Art. 1.3 cc).

Se puede utilizar cualquiera de las pruebas admitidas en Derecho para demostrar la existencia de una costumbre (testifical, pericial, etc.). Para que la alegación de una costumbre tenga éxito ante los Tribunales se tendrá procederá del siguiente modo: a) Se alegará, junto a la existencia de la costumbre, la falta de ley aplicable al caso. b) Deberá demostrarse que la costumbre alegada tiene los requisitos necesarios para constituir Derecho.

5. Los principios generales del derecho

El art. 1.1 CC señala a los principios generales del Derecho (PGD) como la tercera de las fuentes del ordenamiento jurídico. Los PGD son «las ideas motrices que han servido de criterios de inspiración a las normas concretas del derecho positivo y por otra parte son las normas generales que se obtienen mediante decantación de esas leyes» (DÍEZ-PICAZO). También se ha dicho que son el exponente de un contenido material de convicciones, de valoraciones ético-sociales en las que necesariamente se asiente un sistema jurídico (LACRUZ).

Entre otros muchos, el TS ha reconocido los siguientes PGD: «Lo especial deroga lo general» «Nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas», «Principio de la buena fe contractual» «Iura novit curia», «No es exigible lo imposible».

5.1. Forma de manifestarse los PGD

Los PGD se manifiestan de **forma implícita** en el ordenamiento jurídico, sin que se encuentren recogidos en ningún artículo en concreto. Estos PGD implícitos son los que han de ser reconocidos por el TS para poder ser aplicados. (Ej. El principio que condena el enriquecimiento injusto no se encuentra formulado en ningún precepto en concreto. Excepcionalmente los PGD pueden aparecer de **manera expresa** en el texto de las leyes positivas, en artículos concretos y determinados. (Ej. El principio de la autonomía de la voluntad se encuentra positivizado en el art. 1255 CC, lo mismo sucede con el principio de libertad de forma de los contratos, art. 1278 CC); sin embargo, existencia de este principio planea por todo el Código). En el caso de aquellos PGD positivizados su valor en la jerarquía de fuentes será idéntico al de la ley, puesto que realmente son ley.

5.2. Funciones de los PGD

Los PGD tienen una triple función (DE CASTRO):

1º.- **Función fundamentadora o creativa del Ordenamiento**, siendo en tal caso anteriores a

las **disposiciones legales**, que de ellos recibirían su inspiración y su unidad y coherencia sistemática. Antes de crear una norma el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos. Según DÍEZ-PICAZO lo más característico de los PGD es que enuncian una consecuencia de deber sin ser ligarla específicamente a un supuesto de hecho concreto o ligándola a un supuesto de hecho concebido de forma muy general e indeterminado (e.j. cuando se habla de comportarse de buena fe en la vida jurídica)

2º.- **Función interpretativa**, en este caso actúan como **orientadores** en la **labor de interpretación de la Ley**, aplicándose en tal función **simultáneamente a la norma** cuyo sentido vendrían a esclarecer.

3º.- **Función integradora**. En este caso actúan como **supletorios de la Ley**, aplicándose en defecto de Ley o de costumbre aplicable, llenando las lagunas o vacíos legales (art. 1.4 CC).

Al completar el Derecho legislado y consuetudinario, los principios generales del derecho, contribuyen a la **autointegración** del ordenamiento jurídico civil, de forma que el conjunto formado por Ley-costumbre-principios generales del Derecho siempre contendrá algún tipo de norma para solucionar cualquier supuesto de hecho. Lo anterior, supone que si bien cabe el vacío legal por falta de Ley aplicable a un supuesto de hecho, sin embargo no cabe hablar de vacío del Derecho o vacío legal referido al ordenamiento jurídico civil en su conjunto porque éste constituye un todo sin fisuras en virtud del referido principio de autointegración.

5.3. *Requisitos para su aplicación*

La doctrina del T.S viene exigiendo varios requisitos para que los PGD puedan ser aplicados:

- a) Vigencia, porque haya sido reconocida expresamente su existencia en algunas sentencias del Tribunal Supremo.
- b) Aplicabilidad al caso jurídico de que se trate.
- c) Que el principio no sea contrario a la Ley.

6. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

El art. 1.5 del CC dice que *«las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto que no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno mediante su publicación íntegra en el B.O.E»*. De modo similar el art. 96 de la Constitución Española establece que *«los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»*.

El Tratado, una vez concluido válidamente, ya tiene fuerza vinculante en las relaciones entre España y el Estado extranjero. El Tratado, para ser fuente inmediata en el Derecho interno además requiere su publicación en el BOE. El Tratado hasta que no es publicado se encuentra en una situación semejante a la de la Ley sancionada y promulgada y no publicada, es decir que no obliga y no debe aplicarse por los Tribunales.

Los Tratados internacionales tienen el **mismo rango jerárquico que las leyes**, pero tiene un sistema de derogación más complejo que el de una ley ordinaria, puesto que no se derogan por una ley posterior, ya que según el art. 89 de la C.E. *«sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas de Derecho internacional»*

7. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

La adhesión de España en 1986 a la hoy denominada Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea [CEE]) supuso modificación de nuestro sistema interno de fuentes del

Derecho, puesto que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico toda la normativa europea vigente. Su aplicación afectó a amplios sectores que hasta ese momento eran exclusivos del Derecho interno español (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

7.1 Las fuentes Derecho comunitario

El Derecho europeo se divide en dos grandes bloques:

A) El Derecho originario o primario. Está integrado por los Tratados Constitutivos de la CEE y los posteriores que los completan o modifican. En realidad son tratados internacionales adoptados por los diferentes países que integran la Unión Europea. Funcionan de modo similar a una constitución y constituyen los cimientos del ordenamiento jurídico europeo.

Tratado CECA (París, 1951. Expiró en 2002); Tratado de Roma (Roma, 1957), Tratado EURATOM (Roma, 1957), Tratado de fusión (Bruselas, 1965), Acta única Europea (Luxemburgo-La Haya, 1986), Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), Tratado de Amsterdam (1997), Tratado de Niza (2001) y Tratado de Lisboa (2007).

B) El Derecho derivado. Proviene del Primario y tiene carácter subordinado respecto a este. Está formado por las normas emanadas de las instituciones dotadas de poder legislativo de la Unión Europea, que son esencialmente el Consejo y la Comisión. Dentro del Derecho europeo derivado existen tres tipos de fuentes formales: Reglamentos, Decisiones y Directivas (O'CALLAGHAN, 1993).

- El **Reglamento** es la fuente formal del Derecho comunitario europeo más importante, y puede ser comparada a nuestra Ley. Es una norma emanada del poder legislativo de la Unión Europea, de alcance general, obligatorio y directamente aplicable en cada Estado miembro. Se publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* en cada uno de los idiomas de los Estados miembros. Basta con esta publicación para que sea directamente aplicable en cada uno de ellos, sin necesidad de publicarse en los diarios oficiales (como nuestro BOE) de cada Estado miembro.
- La **Decisión** es una norma jurídica obligatoria y de aplicación directa, como el Reglamento, pero no tiene alcance general, sino un *destinatario individual*, que puede ser uno o varios Estados miembros o una o varias personas físicas o jurídicas.
- La **Directiva** es una norma de aplicación indirecta, puesto que impone a los Estados miembros la obligación de dictar una norma interna –según sus propias fuentes formales del Derecho– de acuerdo con tal Directiva. La directiva en principio no es de aplicación directa a diferencia del Reglamento y de la Decisión, salvo que un Estado no aplique la directiva en el plazo previsto, a partir del cual la directiva tendrá eficacia directa sobre los ciudadanos.
- Otras disposiciones, como las **Recomendaciones y los Dictámenes**, no tienen fuerza vinculante y, por tanto, no pueden incluirse como fuentes del Derecho.

7.2 Los principios del Derecho comunitario

El principio de primacía. Las normas comunitarias tienen prevalencia sobre las normas de Derecho interno que se encuentren en contradicción con las primeras. El Derecho comunitario ostenta una primacía sobre el nacional, tanto en lo que se refiere al **Derecho originario** (los Tratados) como el **Derecho derivado** (Reglamentos, Decisiones y Directivas). El Derecho comunitario se aplica con preferencia respecto al Derecho interno en las materias de su competencia, con independencia de su rango y fecha de aprobación de la norma nacional. El principio de primacía es una creación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y es considerado como una condición de existencia del Derecho comunitario (DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ).

El principio de armonización. Este principio significa que la norma comunitaria se integra en todos y cada uno de los derechos que existan en cada uno de los Estados miembros. El fundamento de la armonización es una consecuencia de la libertad de circulación de personas y capitales, así como de la libertad de residencia. El principal medio utilizado para lograr la armonización es la directiva.

Ej. Si una norma europea regula una materia transferida a una Comunidad Autónoma, será ésta la que, en su caso, tenga que efectuar la transposición de la norma europea. Por el contrario la norma estatal española no podría entrar donde existe competencia exclusiva de las CCAA.

El principio de efecto directo del Derecho comunitario. Las normas de Derecho comunitario pueden invocarse directamente ante las jurisdicciones nacionales como si fueran normas de derecho interno. La jurisprudencia del TJUE ha sido determinante para determinar el alcance de este principio. El Tribunal ha venido utilizando los términos aplicación directa y efecto directo, que aún a pesar de su similitud no son, en absoluto, términos equivalentes. Una norma comunitaria tiene «**aplicación directa**» cuando no precisa del Estado su actividad para que la incorpore, transponga o desarrolle, con el fin de dotarla de efectividad directa en el territorio, este es el caso de los «reglamentos» de la Unión Europea. El «**efecto directo**», sin embargo significa que la norma es fuente inmediata de derechos y obligaciones para sus destinatarios, quienes pueden hacerla valer directamente ante los tribunales internos. Es el caso de las directivas, cuando no han sido transpuestas en el plazo previsto

7.3. Las fuentes del ordenamiento jurídico español tras la adhesión a la UE

Las fuentes formales del Derecho español, tras la adhesión a la Unión Europea, han quedado alteradas y son las siguientes:

- 1º.- Los **Tratados de la Unión Europea**
- 2º. La **Constitución Española**.
- 3º. Los **Tratados internacionales**.
- 4º. Los **Reglamentos de la Unión Europea** y las **Directivas**.
- 5º. La **Ley**. En su acepción amplia: Ley orgánica u ordinaria. Ley de bases, Decreto legislativo, Decreto Ley. Los **reglamentos**.
- 6º. La **costumbre**.
- 7º. Los **principios generales del derecho**.

8. LA JURISPRUDENCIA

8.1. Concepto

Los jueces y Tribunales resuelven los procesos judiciales a través de sentencias. Al conjunto de sentencias que han resuelto casos iguales o similares de la misma manera se le denomina jurisprudencia. De ahí que la jurisprudencia haya de entenderse como la «doctrina que resulta de las decisiones judiciales» (PUIG BRUTAU). En este sentido el art. 1.6 CC dice que: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina, que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*».

8.2. Función de la jurisprudencia

La jurisprudencia no es fuente directa del derecho porque no aparece en la relación de fuentes del art. 1.1 del Código civil.

La jurisprudencia tiene **tres tipos de funciones** (HERNÁNDEZ GIL):

a) **Función de interpretación de las normas.** La jurisprudencia sirve para clarificar las expresiones ambiguas u oscuras de las leyes al estableciendo el alcance, la inteligencia o la significación.

b) **Función de interpretación integradora de las normas.** Cuando la jurisprudencia introduce en las normas variantes, que sin aparecer expresamente en el texto de la ley, son exigidas por su coherencia sistemática dentro del ordenamiento. Desde este punto de vista, en cierto modo la jurisprudencia está rellenando los vacíos legales.

c) **Función de consagración de los PGD.** La jurisprudencia extrae los PGD que están implícitos en el ordenamiento jurídico haciéndolos visibles.

Finalmente, está la «función unificadora» la jurisprudencia procura evitar que una misma situación jurídica, sea interpretada de forma distinta por los diferentes tribunales.

A la jurisprudencia se la considera fuente indirecta del Derecho por su facultad para modular el contenido de la Ley y establecer los PGD.

8.3. *Requisitos para que exista jurisprudencia*

La jurisprudencia, en sentido estricto, se refiere únicamente a la doctrina que se extrae del conjunto de sentencias, del Tribunal Supremo (TS), sobre un mismo asunto y en un mismo sentido. Para que exista jurisprudencia se exigen al menos **dos fallos** (sentencias), de la misma Sala del Tribunal Supremo en el mismo sentido. En materia de Derecho civil sólo será jurisprudencia la emanada de la Sala 1ª o de lo Civil del T.S.

Así ha sido señalado por el propio TS (sentencias de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9373), de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1350), de 22 de junio de 2000 (RJ 2000, 4430).

La doctrina que emana de la jurisprudencia del TS tiene carácter obligatorio para los tribunales de rango inferior; si uno de estos Tribunales al dictar una sentencia, interpreta y aplica la ley en contra de la corriente doctrinal establecida por el TS, aquella sentencia podrá ser objeto de **recurso de casación**. Por el contrario el propio TS no se encuentra vinculado por su propia jurisprudencia y puede variarla. Pero para que las nuevas líneas jurisprudenciales tengan la consideración de jurisprudencia tendrá que concurrir el requisito de la reiteración (2 sentencias).

En las STS 9 mayo 2011 (RJ 3850) se dice que para que el TS pueda «completar el ordenamiento jurídico con la doctrina sentada por él es necesario que ésta sea firme y reiterativa en la interpretación y aplicación de la ley, sin que un única sentencia constituya jurisprudencia».

No todo el texto de las sentencias del TS constituye jurisprudencia, únicamente aquella parte que contiene las **doctrinas o proposiciones jurídicas** utilizadas para la resolución y decisión de casos concretos porque en ellas se encuentra **la razón de fondo para adoptar una determinada decisión** (*ratio decidendi*).

No constituyen por consiguiente jurisprudencia las afirmaciones incidentales o las hechas a mayor abundamiento (*obiter dicta*). Así, por ejemplo, no es jurisprudencia todo el relato proceso judicial que se hace en la sentencia del TS, en el que se describe –a grandes rasgos- las sentencias dictadas en primera instancia, la dictadas en el recurso de apelación, incluso llega a describirse el contenido del recurso de casación, y en ocasiones hasta los motivos de oposición al recurso.

Al lado de la jurisprudencia del TS está la denominada «Jurisprudencia Menor», que es la dictada por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y las Audiencias Provinciales. La doctrina emanada de estos tribunales no tiene carácter obligatorio, si bien es tenida en cuenta por otros tribunales a efectos orientativos.

8.4. El Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo es el tribunal de última instancia en todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo, social y militar). Salvo el supuesto de las materias que pueden recaer en el Tribunal Constitucional. El TS resuelve los denominados recursos de casación que se presenten contra las resoluciones de los Tribunales inferiores.

También resuelven sobre los procesos sobre responsabilidad del Presidente y los Ministros del Gobierno de la Nación, de los Senadores y Diputados de las Cortes Generales, del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo, de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, del Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional y de otros integrantes de Órganos Constitucionales del Estado y las comunidades autónomas, siempre según los respectivos órdenes jurisdiccionales.

El TS está dividido en cinco Salas: Sala 1ª, de lo Civil; Sala 2ª, de lo Penal; Sala 3ª, de lo Contencioso-administrativo; Sala 4ª, de lo Social y Sala 5ª de lo Militar

8.5. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) es un órgano cuya función principal es la de controlar la constitucionalidad de las leyes. No es un órgano de poder judicial ordinario, puesto el TC constituye una categoría propia. Este tribunal ejerce la función de supremo intérprete de la Constitución Española de 1978. Sus principales funciones son:

- **Declaración de inconstitucionalidad de las leyes.** Existen dos vías para garantizar la primacía de la Constitución y que las normas jurídicas se ajusten a ella:

1º) El «**recurso de inconstitucionalidad**» (art. 31 a 34 LOTC) contra «*las Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley podrá promoverse a partir de su publicación oficial*». El plazo es de tres meses desde su publicación. El recurso puede referirse a toda una ley o sólo a parte de la misma. Están legitimados para la interposición del recurso de inconstitucionalidad: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, o 50 senadores, las Asambleas Legislativas y los órganos Colegiados de las CCAA.

2º) La «**cuestión de inconstitucionalidad**», la presenta ante el TC un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, cuando en un procedimiento judicial considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa la sentencia pueda ser contraria a la Constitución.

Cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una ley, la anula, haciéndola desaparecer del ordenamiento jurídico. También puede ocurrir que sólo se declare la nulidad de una parte. Esta capacidad para anular las leyes hace que al TC se les aplique el sobrenombre de «legislador negativo».

- **El Recurso de Amparo.** Cualquier persona natural o jurídica puede interponer un «recurso de amparo», contra cualquier disposición o acto de los poderes públicos que pueda vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas contemplados en los arts. 14 a 29 CE. También pueden ser recurridas en amparo las actuaciones de los órganos judiciales.
- De los **conflictos constitucionales de competencia** entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. Asimismo de los conflictos entre los órganos

constitucionales del Estado (congreso, Estado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial).

Las sentencias del TC se publican en el Boletín Oficial del Estado. Tienen el valor de cosa juzgada de modo que no cabe recurso alguno contra ellas.

8.6. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) situado en Luxemburgo es una Institución de la Unión Europea (UE) cuya misión es la de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea. Sus sentencias tienen carácter vinculante para los estados miembros. Ante este tribunal pueden plantear recursos tanto los Estados como los particulares. La jurisprudencia del TJUE tiene el mismo valor que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pero en el ámbito del Derecho comunitario.

Este tribunal conoce de siete clases de recursos:

Recurso por incumplimiento (art. 258 del TFUE). En virtud de este recurso, la Comisión Europea o un Estado miembro pueden demandar a otro Estado miembro si consideran que éste ha incumplido las obligaciones que le vienen impuestas en virtud de los Tratados sobre los que la Unión se funda.

Recurso de anulación (art. 263 del TFUE). Los Estados miembros, determinadas instituciones de la Unión y las personas físicas y jurídicas —bajo ciertos requisitos— pueden interponer este recurso para que el Tribunal declare nula cualquier medida adoptada por una institución de la Unión que aquellos consideren que viola sus derechos.

Recurso por omisión (art. 265 del TFUE). A través de este recurso las instituciones de la Unión, los Estados miembros, y las personas físicas y jurídicas —bajo determinados requisitos— pueden demandar a ciertas instituciones y órganos por no haber adoptado un acto jurídico a que venían obligados en virtud de los Tratados. A diferencia del recurso por incumplimiento, la violación de los Tratados consiste en este caso en una abstención, en un no hacer, cuando había obligación de actuar. Este recurso va precedido por una fase precontenciosa, en la que se insta a la Institución de que se trate a que actúe. Si pasados dos meses la omisión persiste, se puede pasar a la fase judicial en otros dos meses.

Recurso de indemnización por daños (arts. 268 y 340.2 del TFUE). Este recurso permite a las personas físicas y jurídicas, pero también a los Estados miembros, la posibilidad de exigir una indemnización cuando hayan sufrido un perjuicio a causa de un error cometido por los servicios de la Unión Europea.

Recurso de casación (art. 256.2 del TFUE). El Tribunal de Justicia puede conocer en casación de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por el Tribunal General. Este recurso debe estar limitado a cuestiones jurídicas, no de hecho.

Recurso de los funcionarios (art. 270 del TFUE). Este recurso permite a los funcionarios de la Unión Europea o a sus causahabientes (por ejemplo, a sus herederos) litigar contra las instituciones comunitarias si consideran que sus derechos han sido vulnerados.

Cuestión prejudicial (art. 267 del TFUE). A través de este procedimiento, cualquier órgano judicial de un Estado miembro de la Unión, al aplicar un acto jurídico adoptado por las instituciones de la Unión, puede dirigirse al Tribunal de Justicia para formularle una duda sobre la validez o la correcta interpretación del mismo. Su carácter prejudicial deriva de que el juez nacional plantea esta cuestión en el marco de un proceso que esté conociendo, y que será suspendido hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie. El objetivo primordial de este recurso es garantizar una

interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea, bajo la autoridad del Tribunal de Justicia.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 condena al Estado español a que en los procedimientos de ejecución hipotecaria prevea la suspensión de la ejecución entre tanto se resuelva el carácter abusivo de determinadas cláusulas.

La STJUE de 21 de octubre de 2010 pone fin al sistema del «canon digital» que estuvo vigente hasta el año 2011. El sistema del «canon digital» se tuvo que cambiar como consecuencia de dos hechos fundamentalmente: Esta orden fue declarada nula por Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2011 y, sobre todo del contenido de la sentencia del caso Padawan (llamado así por la tienda de informática barcelonesa que recurrió con éxito el sistema anterior) de 21 de Octubre de 2010 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona (s.18). Se concluye por el TSJUE que el sistema vigente en España desde la Ley 23/2006 no resultaba conforme con la Directiva 2001/29 por la aplicación indiscriminada del llamado canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas.

8.7. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El **Tribunal Europeo de Derecho Humanos** (también denominado Tribunal de Estrasburgo), es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Es un tribunal internacional que no forma parte de la Unión Europea, sino del Consejo de Europa.

Cualquier persona física, Organización no Gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima, de una violación de los derechos que se reconocen en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, podrá acudir al Tribunal, siempre que haya agotado previamente sin éxito todos los recursos judiciales internos disponibles contra el Estado infractor.

Este Convenio es un tratado por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa han acordado comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias. Este Tribunal no tiene ninguna relación con la Unión Europea.

En una sentencia de 2005 contra Reino Unido estableció la ilegalidad de la ley que negaba a todos los presos el derecho a votar.

En la sentencia de 21 de octubre 2013 contra España. Asunto Del rio Prada c. España: ha establecido que la *doctrina Parot*, con la que se ha alargado la permanencia en prisión de decenas de etarras y otros condenados, no se puede aplicar por hechos cometidos antes de 1995. El tribunal considera que lo contrario supone una aplicación retroactiva de la Ley y, por lo tanto, vulnera los

derechos fundamentales de los presos.

§ 4. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Toda norma nace con la pretensión de que la realidad social se ajuste a ella. La aplicación del Derecho consiste en trasladar subsumir el supuesto de hecho acontecido en la realidad al supuesto previsto por la norma. Se trata de determinar si un supuesto de hecho acontecido en la realidad coincide con el que hipotéticamente ha previsto la norma. Al conjunto de actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad social a los supuestos de hecho contemplados por la norma, se le conoce con el nombre de «**aplicación del derecho**» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La norma se aplica al ponerla en contacto con una realidad concreta. En la vida real el Derecho es habitualmente aplicado y cumplido de forma voluntaria por los ciudadanos. En el caso de que no se haga voluntariamente, serán los Jueces y Tribunales los encargados de **aplicar la norma**. El juez aplica la norma en la sentencia: primero se fijarán y determinarán los «**hechos**» probados en el juicio de que se trate y luego el Juez deberá **seleccionar la norma aplicable**, el Derecho, a aquella realidad. Para poder «seleccionar» la norma aplicable al caso, el juzgador tendrá que haber desentrañado previamente el **supuesto de hecho** contenido en la norma, es decir que primero la tendrá que haber interpretado. Es decir que tendrá que haber comprobado si el supuesto de hecho de la norma, coincide con el supuesto de hecho del caso que ha enjuiciado.

La aplicación del derecho no es exclusiva de jueces y magistrados puesto que existen otros profesionales del derecho, los denominados operadores jurídicos, que también aplican y facilitan la aplicación del Derecho (Registradores, Notarios, miembros de la función pública, etc.)

En el Código civil la importancia de la aplicación aparece recogida en el propio enunciado del Título Preliminar: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»; el capítulo 2º del mismo aparece comprendido bajo la rúbrica «Aplicación de las normas jurídicas»; no obstante el Título Preliminar no aborda en su integridad la materia de la aplicación de la norma, puesto que sólo contiene preceptos sobre la **interpretación de las leyes** y su **aplicación equitativa o analógica**.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

2.1. Concepto

La interpretación de la norma «es la actividad dirigida a la búsqueda del sentido o significado de la norma a través de los textos o signos de exteriorización» (DÍEZ-PICAZO).

2.2. Fines de la interpretación

Existen dos criterios para la interpretación de las normas:

Interpretación subjetiva: así se llama cuando la finalidad del interprete es buscar la voluntad del legislador.

Interpretación objetiva: es la que tiene como finalidad la búsqueda de la voluntad de la ley. Se parte de la premisa de que la ley, se separa de su autor alcanzando vida propia e independiente

2.3. Elementos del proceso interpretador

El juez para interpretar un determinado artículo de una ley tendrá que hacerlo de acuerdo con el art.3.1 CC que dice que «las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Existen los siguientes elementos de interpretación:

- Elemento gramatical: se utilizará el significado lateral de la ley por el sentido de las palabras, comprendiendo tanto el sentido corriente, como el técnico.
- Elemento lógico: al interpretar la norma de atenderá a la finalidad que con la ley pretende el legislador, a la *ratio legis*. Supone también el empleo de la lógica normal o del sentido común para determinar el contenido de la ley.
- Elemento histórico: los antecedentes históricos legislativos serán tenidos en cuenta por el interprete.
- Elemento sistemático: se trata de averiguar el sentido de la norma en el conjunto del ordenamiento jurídico o en cuanto a disposiciones similares o paralelas
- Elemento sociológico: atender a la realidad social del momento de su aplicación

3. LA INTEGRACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEDIANTE LA ANALOGÍA

3.1. El problema de las lagunas legales

La expresión laguna se utiliza en sentido metafórico, para referirnos a la existencia de posible vacíos o deficiencias en la ley, es decir, cuando nos encontramos con una inexistencia de norma jurídica aplicable a un determinado supuesto de hecho. La ley puede presentar lagunas legales porque al tratarse de un hecho abstracto y general no puede abarcar todos los supuestos de la realidad que puedan nacer durante su vigencia (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2003).

Ej. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 no contiene ninguna norma que nos indique la edad mínima para poder concertar un arrendamiento urbano, es decir, que presenta un vacío legal con respecto a ese punto en concreto.

Si bien podemos hablar de las lagunas de la ley –del Código Civil o del Código de Comercio–, no podemos hacerlo cuando nos referimos al ordenamiento jurídico, en ese sentido la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar del Código Civil dice: «La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho» por lo tanto se admite la existencia de laguna legal pero no la del ordenamiento. Según Lacruz, no puede haber lagunas del ordenamiento puesto que según el art. 1.7º del cc: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Es decir, que una determinada ley podrá presentar una serie de lagunas pero el ordenamiento jurídico nos va a proporcionar los medios adecuados para rellenar ese vacío legal.

3.2. La integración

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, integrar significa «Completar un todo con las partes que faltaban». Por medio de la técnica de la «integración» el ordenamiento jurídico prevé una serie de mecanismos que le permiten rellenar los vacíos normativos o lagunas legales, entre los que destaca la analogía (DÍEZ-PICAZO).

El ordenamiento jurídico español se configura como un sujeto a autointegración, puesto que tiene mecanismos que le permiten completarse a si mismo mediante el sistema de fuentes sin tener que recurrir a otros ordenamientos jurídico. La norma de este sistema cerrado y completo la constituye

el recurso a los principios generales del derecho (art. 1.7 del cc). No obstante existen otros criterios de integración como la analogía y la equidad.

3.3. La analogía: concepto y clases

Cuando en una ley no se contempla el supuesto de hecho específico del caso que se ha de resolver, existe una laguna legal; pero si el intérprete advierte que está previsto otro supuesto semejante al planteado y, que en los dos aprecia identidad de razón, podrá aplicar por analogía la norma del caso regulado por la ley al que no lo está, porque la misma razón justifica la identidad de la consecuencia (PUIG BRUTAU).

No sería lógico ni justo que dentro de un mismo ordenamiento no se resolvieran igual ambos supuestos, cuando a pesar de sus diferencias coinciden en lo esencial.

El Código civil reconoce la **analogía** en el art.4.1 CC «*procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*». El cc excluye la analogía en el caso de «*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicaran a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*» (art. 4.2).

La doctrina entiende que tampoco pueden aplicarse de forma analógica las leyes prohibitivas y sancionadoras, las normas limitativas de la capacidad de las personas, ni tampoco las normas limitativas de derechos subjetivos individuales.

La analogía no altera la jerarquía de fuentes, pero sí que afecta al orden de aplicación práctica de las mismas. De forma que la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, bien sea esta de aplicación directa o indirecta mediante la aplicación de la analogía.

Tres son los requisitos exigidos por la jurisprudencia (STS 7 enero 1981) para que sea procedente la aplicación analógica de una norma jurídica:

- a) que el supuesto específico carezca de regulación normativa.
- b) que haya una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso.
- c) que hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir.
- d) que no haya prohibición legal de recurrir a la analogía [para ese supuesto].

4. LA EQUIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Según CAPILLA RONCERO, el concepto de equidad es difícilmente aprehensible. Por equidad cabe entender la invocación de la idea de *justicia relativa o comparativa*, que impone el tratamiento igual de lo que es igual, y el tratamiento desigual de lo que es distinto.

La equidad se contempla en el art.3.2 CC «*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*».

Nuestro código se refiere a la equidad interpretativa y al juicio de equidad, como el que se prevé en la ley 60/2003 de Arbitraje (LACRUZ, 2004).

§ 5. LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA

La eficacia de la norma jurídica se manifiesta en tres sentidos (Díez-Picazo y Gullón,2003):

1º **Eficacia obligatoria.** Existe un deber jurídico de cumplimiento de la previsión establecida por la norma (deber jurídico de cumplimiento de la norma). En este sentido, el artículo 9.1 de la

Constitución dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (O'CALLAGHAN, 1993).

2º **Eficacia sancionadora de las normas.** Existe una serie de consecuencias que el ordenamiento jurídico establece para la falta de cumplimiento del deber de observancia de la norma.

3º **Eficacia constitutiva de las normas.** La norma acota una parcela de la realidad social que describe en el supuesto de hecho y en cuanto que planea para ella una consecuencia jurídica, la transmuta o convierte en realidad jurídica.

5.1. LA EFICACIA OBLIGATORIA: EL DEBER JURÍDICO DE CUMPLIMIENTO

La norma jurídica implica un deber jurídico de cumplimiento, que se traduce en la obligación del ciudadano de acomodar su comportamiento a las directrices en ella contenidas.

5.1.1. La ignorancia de la ley

Las normas jurídicas son eficaces frente a sus destinatarios, que tienen que cumplirlas aunque las desconozcan. Así se establece en el art. 6º.1 CC «*La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento*». Sin embargo, esto no significa que todos los ciudadanos estén obligados al conocimiento de todo el ordenamiento jurídico. El significado de ese precepto consiste en que si la norma jurídica comporta un deber jurídico de observar un determinado comportamiento, éste no puede ser dejado al arbitrio del destinatario de la norma (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2003).

Las leyes han de ser cumplidas por sus destinatarios aunque las ignoren, de manera que si aquellos no observan la conducta prescrita en ellas se desencadenarán las consecuencias jurídicas previstas (sanción), sin que para evitarlo puedan alegar su desconocimiento.

Esta consecuencia se deriva de que las normas han de tener una efectividad social con independencia de que sean o no conocidas realmente; así pues la eficacia de la ley estará fundamentada en la *efectividad social* y no en el deber de conocimiento que han de tener los ciudadanos de las normas jurídicas, deber que es completamente imposible de cumplir por lo demás (GULLÓN BALLESTEROS, 1991).

A modo de resumen, podemos afirmar que si bien no existe el deber jurídico de conocer las normas, su ignorancia es irrelevante para su obligatoriedad (O'CALLAGHAN, 1993).

5.1.2. El error de Derecho

El error de derecho radica en el falso o equivocado conocimiento de la norma o regla jurídica en cuanto a su contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto, siempre que el sujeto haya decidido actuar como consecuencia de aquella ignorancia o falso conocimiento (GULLÓN BALLESTEROS, 1991). Se trata del caso en que un sujeto adopte decisiones con relevancia jurídica, como consecuencia de su equivocado conocimiento del Derecho (CAPILLA RONCERO, 2003).

La diferencia entre la ignorancia de la Ley y el error de Derecho consiste en que la primera supone desconocer la ley, mientras que el error es tener una noción falsa sobre ella (O'CALLAGHAN, 1993).

El error de derecho, de manera similar a la ignorancia del derecho, no puede utilizarse como excusa para no cumplir con la ley. La negativa a admitir el error de derecho se basa en la regla recogida en el art. 6.1. 2º cc, al establecer que: «*El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen*». Lo que supone que excepcionalmente esta clase de error será admisible cuando así se establezca expresamente por la Ley.

5.1.3. El deber especial de los funcionarios públicos: el principio “*iura novit Curia*”

Si bien las normas jurídicas tienen como destinatarios a todos los ciudadanos, existe un especial deber de conocimiento y cumplimiento de las normas jurídicas impuesto a los funcionarios públicos, cuya función es la de velar por el cumplimiento o aplicar las normas, por ello se les exige el conocimiento de las normas y la correspondiente responsabilidad por las infracciones (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2003). Este especial deber de conocimiento, que se impone a jueces y magistrados, es la máxima *iura novit curia* (el Tribunal conoce el Derecho), que se funda en el deber inexcusable del juez de resolver en todo caso los asuntos a él sometidos, tal como dispone el artículo 1.7 del Código Civil.

De esta regla se derivan dos consecuencias (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2003): a) Las partes que intervengan en un proceso judicial no están obligadas a probar la existencia de las leyes invocadas o que consideren infringidas, puesto que se presumen conocidas por el Juez; b) Por el contrario la existencia de la costumbre sí tiene que ha de probarse puesto que el principio *iura novit curia* sólo se refiere a las leyes y a las disposiciones reglamentarias. Así lo establece el art.1.3 CC que exige para que la costumbre tenga el carácter de fuente del derecho ha de resultar probada.

5.1.4 La exclusión voluntaria de la ley aplicable

El art. 6.2 cc permite, bajo ciertos límites, la exclusión voluntaria de la ley aplicable a un determinado supuesto de hecho. El art. 6º se refiere a la exclusión de «la ley aplicable» sin matizar si se refiere a la ley dispositiva o a la imperativa, no obstante habrá que entender que se refiere a la dispositiva, puesto que la esencia de la norma imperativa rechaza el juego de la autonomía de la voluntad (GULLÓN, 1991). La posibilidad de excluir la ley aplicable únicamente es posible con respecto a la ley dispositiva (CAPILLA RONCERO, 2003).

5.2 LA EFICACIA SANCIONADORA DE LA NORMA

5.2.1. Concepto

El artículo 9.1 CE establece la sujeción de los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y a las leyes. En caso de incumplimiento de la norma, el ordenamiento jurídico puede reaccionar de las siguientes formas:

- a) Se producirá una **imposición forzosa** de lo ordenado en la ley, siempre que esto fuera posible. Así el Art.1445 CC establece, en el contrato de compraventa, la obligación del vendedor de entregar “una cosa determinada” y la obligación del comprador de “pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que le represente”. Si el vendedor incumpliese la norma, cabría acudir al Juzgado para que a través de una Sentencia tuviese lugar la imposición forzosa de efectuar la entrega de la cosa específica objeto del contrato.
- b) **La indemnización por daños y perjuicios.** La infracción de la norma puede provocar un daño a otro sujeto, con frecuencia el ordenamiento prevé que el infractor repare el daño causado. Se trata de sanciones reparadoras que consisten en la indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento, que puede darse cumulativamente al cumplimiento en especie.
- c) Acumulación de sanciones de otros órdenes. El ordenamiento jurídico puede articular la imposición de una serie de sanciones penales en sentido amplio (propriadamente penales, civiles o administrativas) que pueden operar subsidiaria o cumulativamente a lo anterior

5.2.2. La nulidad como sanción general en materia civil

El incumplimiento de las normas debe ser perseguido y evitado, mediante la correspondiente sanción al infractor. El ordenamiento jurídico dispone de un amplio abanico de consecuencias

negativas (sanciones) para el infractor; la intensidad de la sanción estará en función de la gravedad del ilícito cometido (CAPILLA RONCERO, 2003).

La infracción de la norma puede ser directa y formal, o indirecta u oblicua como en el supuesto del fraude de ley. La infracción directa de las normas se contempla en el art. 6º.3 cc dispone: «Los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

La sanción de nulidad es para toda clase de actos jurídicos (contratos, negocios jurídicos familiares, etc.) contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, con exclusión de las normas dispositivas, puesto que las normas de derecho dispositivo, por su propia naturaleza, permiten que la autonomía privada (art. 1.255) establezca pactos o disposiciones contrarios y distintos a lo prevenido por ellas (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2003).

La sanción de nulidad significa la nulidad de pleno derecho o radical, absoluta e insubsanable; lo cual quiere decir que esta es una nulidad definitiva que no puede subsanarse o confirmarse por el mero transcurso del tiempo, a diferencia de la anulabilidad que prescribe a los cuatro años y puede subsanarse por ese mero pasar del tiempo.

En el art. 6.3 se reconoce que no toda infracción de la norma imperativa o prohibitiva llevará aparejada la nulidad puesto que la propia norma violada puede establecer otro tipo de sanción (ej. la anulabilidad).

5.2.3. Los actos en fraude de ley

La violación indirecta de la norma constituye el denominado fraude de ley que aparece contemplado en el art. 6º.4 cc que establece que: «Los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida ejecución de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Cometen fraude de ley aquellos extranjeros que se casan con españoles con la única finalidad de adquirir la nacionalidad española, acortando de esta manera los plazos de residencia establecidos en el art. 22 del cc, (de 10 (de 10 años se pasa a 2) y una vez conseguido el propósito de obtener la nacionalidad se divorcian.

5.3 LA VIGENCIA Y EFICACIA TEMPORAL DE LAS NORMAS

6.1. Entrada en vigor

Los límites de eficacia temporal de la norma legal vienen determinados: en primer lugar, por la entrada en vigor de la norma, es decir, el momento en que la norma nace al mundo del Derecho desplegando toda su eficacia. Finalmente, por la pérdida de vigencia o muerte de la norma jurídica, que deja de tener el vigor y la eficacia que la caracterizan.

Respecto a la entrada en vigor, ya habíamos dicho que según el art. 2.1 cc «las leyes entraran en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa».

6.2. Pérdida de vigencia

El instante en el que dicha norma ha perdido su vigencia, deja de ser exigible para sus destinatarios. Las causas pueden ser:

- El transcurso del plazo de vigencia de la norma. Este es el caso de leyes temporales a plazo de caducidad. Transcurrido ese plazo la norma pierde su eficacia. Un ejemplo de estas son las Leyes de Presupuestos del Estado que se dictan anualmente.

- Por anulación. Una norma puede ser anulada perdiendo en consecuencia vigencia como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad. En el caso de los reglamentos también pueden ser anulados por ser contrarios a las leyes.
- La forma más usual de extinguir la eficacia de la norma es por medio de la derogación

6.3. La derogación

Derogar es privar de eficacia a una norma válida por medio de otra norma posterior. En ese sentido el **art.2.2 CC** establece que: «*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación sólo tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la nueva ley, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobra vigencia la que esta hubiera derogado*»

En este precepto se recogen **dos tipos de derogación**, la derogación será *expresa* cuando explícitamente se extinga la vigencia de la ley anterior, y *tácita* cuando de una nueva regulación incompatible con la ley anterior. La derogación, bien sea tácita o expresa, puede ser *total* cuando derogue totalmente la ley anterior o *parcial* cuando la derogue sólo en parte.

Las cuestiones relativas al alcance derogatorio de una nueva ley suelen contemplarse en las denominadas «disposiciones derogatorias» que aparecen situadas en la parte final de la ley por detrás del texto articulado.

Un ejemplo de derogación expresa aparece en la «disposición derogatoria única» del Código Penal (CP) de 1995 en la que expresamente deja sin vigencia el CP de 1973. Un supuesto de derogación tácita es lo encontramos en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación que deroga el art. 1591 CC sin decirlo expresamente, pero cuyo contenido es incompatible con ley nueva.

6.4. La retroactividad de la ley.

Las leyes se promulgan para que produzcan efectos a partir de su entrada en vigor y hasta que termine su vigencia. Sin embargo las relaciones constituidas bajo la vigencia de la ley anterior penetran en el ámbito de vigencia de la nueva ley (PUIG BRUTAU).

Estaremos ante una situación de **retroactividad**, cuando la ley nueva se aplica a los actos realizados bajo la vigencia de la legislación anterior; por el contrario la **irretroactividad** se da cuando la ley nueva carece de aplicación respecto de los actos realizados durante la vigencia de la legislación derogada o en relación con sus consecuencias. El legislador cuando dicta una nueva ley, por lo general, suele resolver estas cuestiones en las denominadas Disposiciones Transitorias o de Derecho transitorio.

El art. 2º.3 del CC dispone que: «*Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*». Lo anterior supone que la **irretroactividad es la norma general**. No obstante las disposiciones en cuyo texto se dispusiere su carácter retroactivo, tendrán que superar el filtro establecido por el art. 9º-3 de la C.E. que garantiza «la **irretroactividad** de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...».

Las cuestiones relativas a la retroactividad de la ley suelen aparecer en las «disposiciones transitorias» de la nueva ley, situadas al final del texto articulado.

En la disposición transitoria primera del CP de 1995, se establece con carácter general la irretroactividad del nuevo código. Excepcionalmente, establece la retroactividad de aquellas disposiciones del nuevo código que sean más favorables que las del CP de 1973.

6.5 EL DERECHO TRANSITORIO

Se entiende por derecho transitorio el conjunto de normas que regulan el tránsito de la vieja a la nueva ley. Hay veces en que la nueva ley contiene unas Disposiciones Transitorias, en las cuales se resuelven los conflictos que puedan surgir entre las disposiciones de la antigua normativa y la nueva.

§ 6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS RAMAS.

El **Ordenamiento jurídico** es el **conjunto de normas y principios** que informan a éstas que rigen en una comunidad concreta, es decir, se trata del **derecho objetivo** que rige en una determinada comunidad, país o nación. En nuestro país el ordenamiento jurídico está integrado por las normas de la Unión Europea, la del Estado español y de las distintas Comunidades Autónomas (e incluso las de régimen local) (XAVIER O'CALLAGHAN).

La Constitución se refiere al ordenamiento jurídico en su artículo 1.1 y proclama los valores en los que debe inspirarse: *España se constituye en un Estado social democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico* (XAVIER O'CALLAGHAN).

La expresión **ordenamiento jurídico** la podemos encontrar en los arts. 9.1 y 147 de la Constitución y en el artículo 1, apartados.1º, 4º y 5º del Código Civil.

Respecto del Ordenamiento jurídico hay que hacer dos precisiones (XAVIER O'CALLAGHAN): a) no sólo está integrado por textos legales (las leyes), sino también por la costumbre y principios generales del Derecho. b) no sólo son normas jurídicas las que se derivan del poder legislativo (de la Unión Europea, del Estado o de la Comunidad Autónoma), sino también algunas de las procedentes del poder ejecutivo (central, autonómico o local).

De este modo es tan norma jurídica una Ley orgánica que ha sido aprobada por las cortes generales como un Decreto Ley que ha sido aprobado por el gobierno.

El derecho positivo se divide en una rama pública y otra privada que se pueden definir de la siguiente manera:

a) Normas de Derecho público. El Derecho público está integrado por el conjunto de normas que regulan la organización de la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones entre ellos y entre los particulares. Pertenecen al Derecho público el Derecho Penal, el Fiscal o tributario, el Constitucional, el Procesal; el Administrativo y el Derecho Internacional Público.

Las normas de Derecho Público:

1º) Están inspiradas en el **interés de la comunidad**.

2º) En el público las partes están en **relación de desigualdad**, por la superioridad de la Administración con respecto a los particulares.

3º) Son de **derecho necesario**.

b) Normas de Derecho privado. El Derecho privado está compuesto por el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y sus relaciones entre sí o con los entes públicos cuando actúan como particulares. Son normas de Derecho privado el Derecho Civil, el Derecho Mercantil y el Derecho Internacional Privado.

Así cuando la Administración realiza una expropiación (derecho Administrativo) de una finca estaríamos dentro del ámbito del Derecho Público, pero cuando realiza una compraventa (derecho civil) a un particular está actuando como un sujeto de derecho privado.

Las normas del Derecho del Trabajo o laboral, tienen carácter *mixto*, por una parte pertenecen al Derecho privado las que regulan las relaciones entre empresario y trabajadores y el resto son normas de Derecho público.

Las normas de Derecho Privado presentan las siguientes características:

- a) Están inspiradas en el interés de la **persona**.
- b) Existe **igualdad** entre las partes.
- c) Son el reino de la autonomía privada o de la libertad contractual.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2005.