TEMA 1. EL CONCEPTO DE DERECHO. LAS FUENTES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ENUMERACIÓN Y JERARQUÍA NORMATIVA. LA LEY. LA COSTUMBRE. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. OTRAS FUENTES DEL DERECHO.

Resumen del tema · Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social

1. EL CONCEPTO DE DERECHO **1**
1.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 1
1.2. ACEPCIONES Y CARACTERES 1

2. LAS FUENTES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ENUMERACIÓN Y JERARQUÍA NORMATIVA **1**
2.1. ENUMERACIÓN Y ORDEN DE APLICACIÓN 1
2.2. JERARQUÍA Y COMPETENCIA 2

3. LA LEY **2**
3.1. POTESTAD LEGISLATIVA Y TRAMITACIÓN 2
3.2. CLASES Y RESERVAS DE LEY 3
3.3. PUBLICACIÓN, VIGENCIA Y DEROGACIÓN 3
3.4. EL DECRETO-LEY 3
3.5. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 4
3.6. EL REGLAMENTO 4

4. LA COSTUMBRE **5**
4.1. CONCEPTO, CLASES Y REQUISITOS 5
4.2. PRUEBA Y PARTICULARIDADES 5

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO **5**
5.1. FUNCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES 5

6. OTRAS FUENTES DEL DERECHO **5**
6.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES 5
6.2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 6
6.3. LA JURISPRUDENCIA Y LA INTERPRETACIÓN 6

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).

1. EL CONCEPTO DE DERECHO

1.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos valores superiores son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución Española de 1978, CE). Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

1.2. ACEPCIONES Y CARACTERES

- **Derecho objetivo**: el conjunto de normas que regulan la convivencia y cuyo cumplimiento puede imponerse coactivamente.
- **Derecho subjetivo**: el poder o facultad que el ordenamiento reconoce a una persona (art. 7.1 del Código Civil (CC)).

Los caracteres de la norma jurídica son la generalidad, la abstracción, la imperatividad y la coercibilidad.

La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1 CC). Los actos amparados en el texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él se consideran en **fraude de ley** y no impiden aplicar la norma eludida (art. 6.4 CC).

2. LAS FUENTES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ENUMERACIÓN Y JERARQUÍA NORMATIVA

2.1. ENUMERACIÓN Y ORDEN DE APLICACIÓN

Dispone el art. 1 CC:

> ***«1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.***
> ***2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.***
> ***3. 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.***
> ***Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.***
> ***4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.***
> ***5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial del Estado".»***

La determinación de las fuentes del Derecho corresponde en todo caso al Estado, con respeto a las normas de derecho foral o especial (art. 149.1.8.ª CE). Según el art. 13 CC, las disposiciones del título preliminar que determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, y las del título IV del libro I, salvo las relativas al régimen económico matrimonial, tienen aplicación

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).

general y directa en toda España; en lo demás, el Código es supletorio de los derechos especiales o forales, en defecto del que lo sea en cada territorio.

2.2. JERARQUÍA Y COMPETENCIA

La **jerarquía normativa**, garantizada por el art. 9.3 CE, determina la invalidez de las disposiciones contrarias a otras superiores (art. 1.2 CC). El orden de rango:

- **La Constitución**, «norma suprema del ordenamiento jurídico» (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)).
- **Los tratados** internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecen, en caso de conflicto, sobre cualquier otra norma interna, salvo las de rango constitucional (art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI)).
- **Las normas con rango de ley**: leyes orgánicas y ordinarias (art. 81 CE), decretos legislativos (art. 82 CE) y decretos-leyes (art. 86 CE).
- **Los reglamentos** (art. 128.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)).

Entre el Derecho estatal y el autonómico decide la **competencia**, no el rango: el del Estado prevalece, en caso de conflicto, en lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de las Comunidades, y es, «en todo caso», **supletorio** (art. 149.3 CE).

La ley orgánica tampoco es **jerárquicamente superior** a la ordinaria: las separa la **materia**. El Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucionales los preceptos de normas legislativas no orgánicas que regulen materias reservadas a ley orgánica o modifiquen o deroguen una ley aprobada con tal carácter, «cualquiera que sea su contenido» (art. 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)). Los **Estatutos de Autonomía** son la norma institucional básica de cada Comunidad (art. 147.1 CE).

3. LA LEY

3.1. POTESTAD LEGISLATIVA Y TRAMITACIÓN

Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa (art. 66.2 CE); la iniciativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado (art. 87.1 CE). Las Asambleas autonómicas pueden remitir a la **Mesa del Congreso** una proposición de ley, con un **máximo de tres** miembros encargados de su defensa (art. 87.2 CE). La iniciativa popular exige «no menos de **500.000 firmas** acreditadas» y no procede en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni sobre la prerrogativa de gracia (art. 87.3 CE).

Los proyectos de ley se aprueban en **Consejo de Ministros**, que los somete al **Congreso** (art. 88 CE).

El Senado, en **dos meses** desde la recepción del texto, puede oponer su **veto**, por **mayoría absoluta**, o introducir enmiendas (art. 90.2 CE). El plazo se reduce a **veinte días naturales** en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso (art. 90.3 CE). El Congreso

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).

levanta el veto por mayoría absoluta o, transcurridos dos meses desde su interposición, por mayoría simple; las enmiendas, por mayoría simple (art. 90.2 CE).

«El Rey sancionará en el plazo de **quince días** las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación» (art. 91 CE).

3.2. CLASES Y RESERVAS DE LEY

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 y las demás previstas en la Constitución. Su aprobación, modificación o derogación exige mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81 CE).

Para la ley ordinaria basta, con asistencia de la mayoría de los miembros de la Cámara, la «**mayoría de los miembros presentes**» (art. 79.1 y 2 CE).

Las Cámaras pueden delegar la aprobación de leyes en las Comisiones Legislativas Permanentes, salvo la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las **leyes orgánicas y de bases** y los Presupuestos Generales del Estado (art. 75.2 y 3 CE).

- **Ley marco** (art. 150.1 CE): las Cortes, en materias de competencia estatal, pueden atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal.
- **Ley orgánica de transferencia o delegación**: permite transferir o delegar en las Comunidades Autónomas facultades de materias de titularidad estatal que por su naturaleza sean susceptibles de ello (art. 150.2 CE).
- **Ley de armonización** (art. 150.3 CE): armoniza las disposiciones de las Comunidades Autónomas, aun en materias de su competencia, cuando lo exija el interés general, apreciado por las Cortes Generales **por mayoría absoluta de cada Cámara**.

3.3. PUBLICACIÓN, VIGENCIA Y DEROGACIÓN

Dispone el art. 2 CC:

> ***«1. 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.***
> ***2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.***
> ***3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.»***

3.4. EL DECRETO-LEY

Según el art. 86 CE, en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno puede dictar disposiciones legislativas provisionales (Decretos-leyes), que no pueden afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades del Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).

Deben someterse inmediatamente a debate y votación de totalidad del Congreso, convocado al efecto si no estuviere reunido, en los **treinta días** siguientes a su promulgación, y ha de pronunciarse expresamente en ese plazo sobre su convalidación o derogación. En ese plazo las Cortes pueden tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Si las Cámaras han sido disueltas o ha expirado su mandato, asume las facultades respecto de los decretos-leyes la **Diputación Permanente** del Congreso (art. 78.2 CE).

3.5. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

Según el art. 82 CE, las Cortes Generales pueden delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no reservadas a ley orgánica (art. 81 CE).

La delegación se otorga mediante una **ley de bases** para formar textos articulados, o por una **ley ordinaria** para refundir varios textos legales en uno solo. Ha de otorgarse de forma expresa, para materia concreta y con plazo para su ejercicio; se agota por el uso que haga el Gobierno mediante la publicación de la norma. No puede entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado ni permitir la subdelegación a autoridades distintas del Gobierno.

Las leyes de bases delimitan con precisión el objeto y alcance de la delegación y los principios y criterios de su ejercicio. La autorización para refundir especifica si se circunscribe a un texto único o incluye regularizar, aclarar y armonizar.

Las leyes de bases no pueden en ningún caso autorizar su propia modificación ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo (art. 83 CE). Si una proposición de ley o una enmienda es contraria a una delegación en vigor, el Gobierno puede **oponerse a su tramitación** (art. 84 CE). La legislación delegada se titula **Decretos Legislativos** (art. 85 CE).

3.6. EL REGLAMENTO

Los reglamentos son las «disposiciones generales de rango inferior a la Ley» (art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). El Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 97 CE).

Los reglamentos no pueden vulnerar la Constitución o las leyes ni regular materias de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas autonómicas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con la ley, no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, ni tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público (art. 128.2 LPAC).

Los reglamentos se ordenan según esta jerarquía (art. 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG)):

1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o acordado en el Consejo de Ministros.

2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial.

Las resoluciones de carácter particular no pueden vulnerar una disposición de carácter general, aunque procedan de un órgano de igual o superior jerarquía (art. 37.1 LPAC): es la **inderogabilidad singular**, y son nulas las que vulneren un reglamento (art. 37.2 LPAC).

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).

4. LA COSTUMBRE

4.1. CONCEPTO, CLASES Y REQUISITOS

La costumbre es la norma creada e impuesta por el uso social, sin órgano con potestad normativa. Tiene dos elementos: el *usus*, repetición constante y uniforme de una conducta, y la *opinio iuris seu necessitatis*, convicción de que es jurídicamente obligatoria.

Por su relación con la ley es *secundum legem*, *praeter legem* (al margen de la ley, para suplirla) o *contra legem*. Solo la *praeter legem* tiene cabida en el art. 1.3 CC, que exige defecto de ley aplicable, no ser contraria a la moral o al orden público y que resulte probada; la *contra legem* está excluida.

4.2. PRUEBA Y PARTICULARIDADES

En el proceso civil la costumbre se prueba, salvo que las partes estén conformes en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público (art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

5.1. FUNCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES

El art. 1.4 CC atribuye a los principios generales del Derecho una función **supletoria** (se aplican en defecto de ley o costumbre) y otra **informadora** del ordenamiento jurídico.

El art. 9.3 CE garantiza la 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.

El art. 7 CC exige la buena fe en el ejercicio de los derechos y niega protección al abuso del derecho, que con daño para tercero da lugar a indemnización.

6. OTRAS FUENTES DEL DERECHO

6.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

- Por **ley orgánica** se puede autorizar la cesión de competencias constitucionales a una organización internacional; la garantía de su cumplimiento corresponde, según los casos, a las **Cortes Generales o al Gobierno** (art. 93 CE).

- Requieren **previa autorización de las Cortes Generales** los tratados de carácter político o militar; los que afecten a la integridad territorial o a los derechos y deberes fundamentales del título I; los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, y los que modifiquen o deroguen alguna ley o exijan medidas legislativas (art. 94.1 CE). De la conclusión de los restantes, el Congreso y el Senado son **inmediatamente informados** (art. 94.2 CE).

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).

- Un tratado contrario a la Constitución exige la **previa revisión constitucional** (art. 95.1 CE); el **Gobierno o cualquiera de las Cámaras** puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe esa contradicción (art. 95.2 CE).

Según el art. 96 CE, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Su denuncia sigue el procedimiento del art. 94 CE.

Los tratados son **de aplicación directa**, salvo que su texto condicione la aplicación a la aprobación de leyes o reglamentos (art. 30.1 LTOAI).

6.2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El reglamento de la Unión tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. La decisión es obligatoria en todos sus elementos y, cuando designa destinatarios, solo obliga a estos. Las recomendaciones y los dictámenes no son vinculantes (art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

6.3. LA JURISPRUDENCIA Y LA INTERPRETACIÓN

La jurisprudencia complementa 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 (art. 1.6 CC). El art. 1.1 CC no la incluye entre las fuentes.

Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras, el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social, atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC).

La analogía procede cuando las normas no contemplen un supuesto, pero regulen otro semejante con identidad de razón; no se aplica a las leyes penales, excepcionales y de ámbito temporal (art. 4.1 y 2 CC).

Muestra · opocima.es

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de OpoCima, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra o al autor (contacto@opocima.es).