
El ordenamiento jurídico. El Derecho civil. Las fuentes del Derecho civil

PID_00260887

César Hornero Méndez

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 5 horas



César Hornero Méndez

Profesor contratado doctor de Derecho civil en la Universidad Pablo de Olavide.

Quinta edición: febrero 2019
© César Hornero Méndez
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción	5
Objetivos	7
1. El ordenamiento jurídico	9
1.1. La norma jurídica	9
1.1.1. Concepto y características	9
1.1.2. Estructura de la norma jurídica; norma y disposición ...	10
1.1.3. Principales clasificaciones de las normas jurídicas	11
1.2. El ordenamiento jurídico	13
1.2.1. Concepto y caracteres	13
1.2.2. Principios rectores del ordenamiento jurídico español	15
1.2.3. Sectores del ordenamiento: derecho público y derecho privado	17
2. El Derecho civil	19
2.1. Concepto de Derecho civil	19
2.2. Evolución histórica del Derecho civil	19
2.3. Contenido del Derecho civil: la realidad social regulada por el Derecho civil	21
2.4. Sistemática del Derecho civil	22
2.5. Derecho civil y derechos especiales privados	23
2.6. El Derecho civil español	23
2.6.1. Derecho civil y Constitución	24
2.6.2. La codificación civil en España. El Código civil de 1889	25
2.6.3. El Código civil: estructura, contenido y caracteres	28
2.6.4. Las reformas del Código civil	29
2.7. Los derechos civiles forales o especiales	31
2.7.1. El Código civil y los derechos civiles forales o especiales: el sistema de apéndices	32
2.7.2. Las compilaciones	32
2.7.3. La CE de 1978: el modelo autonómico de organización del Derecho civil	33
3. Las fuentes del Derecho civil	35
3.1. Concepto y clases	35
3.2. El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español: las fuentes del Derecho civil común	36
3.3. La ley como fuente del Derecho	39

3.3.1. Concepto	39
3.3.2. Clases de leyes en el ordenamiento jurídico español	39
3.4. Los reglamentos de la Administración	43
3.5. La costumbre	44
3.5.1. Concepto y elementos. Caracteres	44
3.5.2. Requisitos de la costumbre en el CC español	45
3.5.3. Clases de costumbre	45
3.5.4. Los usos jurídicos y los usos de los negocios	46
3.6. Los principios generales del Derecho	47
3.6.1. Concepto	47
3.6.2. Funciones	48
3.7. Otras fuentes del Derecho	48
3.7.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo	48
3.7.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional	51
3.7.3. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado	52
3.7.4. La doctrina científica	52
Resumen	54
Actividades	55
Ejercicios de autoevaluación	55
Solucionario	57
Glosario	59
Bibliografía	60

Introducción

Como señalaba con acierto Jestaz (*Le droit*, 1996, París, pág. 5), Robinson Crusoe en su isla desierta no tenía necesidad alguna del derecho. En efecto, el derecho puede considerarse una necesidad o una consecuencia de la vida en sociedad. Las **normas jurídicas** son fundamentalmente reglas de organización social, caracterizadas no tanto por contener un mandato obligatorio –algo que compartirían con otras reglas–, como por su formulación, su generalidad y abstracción y, sobre todo, por su carácter coercible, es decir, porque se exigir su cumplimiento coactivamente.

La variedad de las relaciones y conflictos que genera la vida de cualquier comunidad justifica la existencia de una también variada gama de normas jurídicas distintas por su contenido. Asimismo, las normas jurídicas pueden elaborarse y presentarse de diferente modo (por ejemplo como ley, costumbre o principio general del derecho). Al conjunto organizado y sistemático de normas existentes en un determinado territorio (normalmente un estado nacional) y en un momento determinado es lo que se conoce como **ordenamiento jurídico**.

Dentro del ordenamiento jurídico pueden aislarse conjuntos de normas que se identifican por tener como objeto la regulación de los mismos tipos de relaciones y conflictos. De manera tradicional, suelen identificarse en el seno del ordenamiento dos grandes subconjuntos que agrupan las normas en **derecho público** y **derecho privado**. En este último, además, como derecho privado común, hay que incluir el llamado **Derecho civil**.

El Derecho civil –como el Derecho en general – podemos verlo desde una perspectiva actual, pero también podemos hacerlo desde un punto de vista histórico, entre otras cosas porque esta aproximación histórica ayuda a explicar el presente. La historia del Derecho civil se inicia en Roma, donde se acuña el término (*Ius civile*). De su larga y rica evolución posterior merece destacarse aquello que, ya contemporáneamente, va a determinarlo de manera significativa: la **codificación**. La codificación, el movimiento que se desarrolla desde finales del siglo XVIII y que tendrá su eclosión a lo largo del siglo XIX, supondrá una nueva manera de presentar el Derecho, una auténtica revolución jurídica. Los códigos civiles, con el Código francés de 1804 a la cabeza, formarán parte destacada de este movimiento.

El **Derecho civil español** participa de la misma raíz romana de los otros derechos civiles europeos y participa, de igual modo, en la codificación civil con la promulgación en 1889 del vigente Código civil (en adelante del CC).

Pero si hay algo que caracteriza el Derecho civil en España es la existencia no de un único Derecho civil, sino de varios derechos civiles aplicables sólo en determinados territorios (Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, Navarra y parte del País Vasco). Son los conocidos como **derechos civiles forales o especiales**, cuya regulación y sobre todo coexistencia con el Derecho civil común – recogido fundamentalmente en el CC – ha sido conocida desde el siglo XIX como **cuestión foral**. El tratamiento otorgado a ésta determinó la relativamente tardía promulgación del CC. Un tratamiento que, por otra parte, se ha visto afectado necesariamente por la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 (en adelante CE), en la que se incluyen como nuevas instancias legislativas las comunidades autónomas, algunas de ellas, como no podía ser de otro modo, con Derecho civil propio.

Las normas jurídicas que conforman el Derecho civil poseen diferente origen o modos de elaborarse muy distintos, así como formas de exteriorizarse también muy diferentes. La metáfora de las **fuentes del Derecho** permite identificar esta diversidad de normas jurídicas, cuyas principales manifestaciones son la **ley**, la **costumbre** y los **principios generales del Derecho**.

Objetivos

Este módulo, a tenor de su carácter introductorio, tiene como cometido fijar conceptos tan básicos como pueden ser norma jurídica, ordenamiento jurídico, fuentes del Derecho o Derecho civil.

Como objetivos específicos podemos señalar los siguientes:

1. Identificar qué son las normas jurídicas, su concepto, estructura y características.
2. Describir los principales tipos de normas jurídicas.
3. Establecer el concepto de ordenamiento jurídico, así como sus caracteres.
4. Diferenciar qué son normas jurídicas de derecho privado y de derecho público.
5. Describir el contenido del Derecho civil.
6. Señalar los principales hitos de la evolución histórica del Derecho civil.
7. Describir la codificación civil en España.
8. Describir el Código civil español: estructura, contenido, caracteres y reformas.
9. Explicar la situación actual de los derechos civiles forales o especiales, así como el tratamiento que históricamente se les ha dado.
10. Señalar cuáles son las fuentes del Derecho civil común.
11. Establecer las notas que singularizan la ley como fuente del Derecho.
12. Describir la costumbre como fuente del Derecho: concepto, elementos, caracteres y clases.
13. Caracterizar los principios generales del Derecho como fuente del Derecho: concepto y funciones.
14. Explicar si la jurisprudencia es o no una fuente del Derecho.

1. El ordenamiento jurídico

1.1. La norma jurídica

1.1.1. Concepto y características

La vida en sociedad lleva implícita la necesidad de su propia organización. Esta necesidad se pone especialmente de manifiesto en la aparición habitual de conflictos entre los integrantes de dicha sociedad. La composición de estos conflictos o la evitación anticipada de los que puedan generarse se logra por medio del establecimiento o fijación de reglas de comportamiento u organización social, una serie de reglas que pueden ser de muy diversa naturaleza y origen. El hombre en sociedad, con independencia del grado de evolución de ésta, vive rodeado de reglas y de distintas normas, como pueden ser las de educación o de urbanidad, las morales y religiosas, o los simples usos sociales. Con todas ellas, los individuos pretenden organizar su vida en sociedad. Entre estas normas existen algunas que presentan unas características especiales: se trata de las normas jurídicas.

Las **normas jurídicas** se caracterizan o singularizan frente a los otros tipos de reglas sociales por su conexión con el poder. La sociedad se organiza localizando centros de poder con capacidad para imponer las soluciones o reglas que se consideran pertinentes y necesarias. De este modo, las normas jurídicas pueden concebirse como normas de organización del poder y normas de regulación de los comportamientos de los miembros del grupo social, que se caracterizan porque su observancia puede ser impuesta coactivamente por el propio poder que las crea (o, en su caso, por otro poder que tenga atribuido este cometido).

Las normas jurídicas pueden definirse como aquellas reglas de organización y comportamiento social cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por el poder público.

Sus características serían las siguientes:

1) Las normas jurídicas son **obligatorias**, es decir, contienen mandatos obligatorios, prescriben comportamientos, tanto en sentido afirmativo o positivo ("haga usted esto") como negativo (las llamadas normas prohibitivas: "no haga usted esto"). Esta característica no las singulariza especialmente, ya que la compartirían con otras normas no jurídicas.

2) Las normas jurídicas se caracterizan –a diferencia de las normas no jurídicas– por su **coercibilidad**, que es tanto como afirmar que pueden imponerse de forma coactiva (algo que pone de manifiesto la antedicha conexión entre norma jurídica y poder).

3) Las normas jurídicas se caracterizan por su **formulación**, es decir, que no se deciden sobre la marcha (como sucedería en el caso de cualquier acto administrativo), sino que se establecen para la **generalidad**. El hecho de que las normas jurídicas estén formuladas posibilita la consecución de una vieja aspiración de los sistemas jurídicos como es la certeza del Derecho.

4) Las normas jurídicas también se caracterizan por su **abstracción**, una nota distintiva que ha de considerarse una consecuencia de la anterior. Las normas jurídicas se formulan de un modo general y abstracto; el sujeto destinatario de las normas jurídicas, por ello, se suele describir de forma indefinida e impersonal: "el que..." o "aquel que...".

1.1.2. Estructura de la norma jurídica; norma y disposición

Las normas jurídicas contienen, como ya hemos dicho, prescripciones y mandatos cuyos destinatarios son los individuos que viven en una sociedad o comunidad. Las normas jurídicas suelen contener, como manifestación de su carácter coercible, la reacción que se producirá como consecuencia de la contravención del mandato obligatorio que establece. En definitiva, tratan de prever situaciones o comportamientos que se pueden producir en la realidad, determinando los efectos que llevan aparejados.

Este contenido típico de las normas jurídicas se estructura habitualmente con la ayuda de un instrumento básico de la lógica como es el silogismo. El **silogismo jurídico** –un silogismo adaptado al ámbito de lo jurídico– está compuesto por dos elementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. El supuesto de hecho, como el propio término indica, no es otra cosa que la descripción de unos hechos, la acotación de una parcela de realidad, en general de una conducta. La consecuencia jurídica que acarrearán estos hechos también quedará recogida en la norma. Esta consecuencia jurídica puede ser muy variada: la concreción de unos determinados efectos o la imposición de una pena, por ejemplo.

Ejemplo de silogismo jurídico

Una muestra sencilla de silogismo jurídico sería el artículo 1902 del CC: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, viene obligado

a reparar el daño causado". El supuesto de hecho se identifica con facilidad: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, [...]"; así como la consecuencia jurídica: "viene obligado a reparar el daño causado".

Puede existir la idea preconcebida de que esta estructura se recoge de manera perfecta y acabada en una única norma jurídica (art. 1902 del CC, por ejemplo). Sin embargo, el silogismo jurídico puede recogerse en varias disposiciones normativas que conformarían una norma jurídica completa.

Ejemplo de norma jurídica

Un ejemplo de norma jurídica que no puede ser conformada por una única disposición sería la regulación en nuestro CC de la rescisión de los contratos en los artículos 1290 a 1297. El artículo 1290 del CC, que dispone que "Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley", tiene que ser necesariamente completado con otros preceptos para que pueda establecerse el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas de la rescisión. En cuanto al supuesto de hecho, los contratos que son rescindibles son los descritos básicamente en los artículos 1291 y 1292 del CC (por ejemplo, en el núm. 1 del artículo 1291: "Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos"). La consecuencia jurídica, es decir, el ejercicio de la llamada acción rescisoria y los efectos de la rescisión propiamente hablando se prevé en varios preceptos: artículos 1294, 1295, 1298 y 1299 del CC (en concreto, el art. 1295, 1 del CC establece que "La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado").

1.1.3. Principales clasificaciones de las normas jurídicas

Podemos identificar varios tipos o clases de normas jurídicas en función de distintos criterios.

Generales y particulares

En atención al ámbito territorial de vigencia y aplicación de las normas jurídicas, podemos identificar unas normas jurídicas **generales** aplicables a todo un territorio, normalmente el nacional o estatal, y otras normas jurídicas **particulares** que tienen vigencia sólo en una parte del territorio.

Comunes y especiales

La distinción entre normas jurídicas comunes y normas jurídicas especiales viene determinada por las características que deben reunir los sujetos que protagonizan las relaciones jurídicas que son objeto de regulación por parte de éstas.

En el caso de las primeras, las **comunes**, se trata de relaciones jurídicas que pueden ser protagonizadas por cualquier persona, sin necesidad de que ésta reúna algún requisito o condición especial que la singularice respecto a otras. El Derecho civil es un ejemplo claro de este tipo de normas.

Normas jurídicas: generales y particulares

Esta clasificación encaja perfectamente con la distinción entre Estado y comunidades autónomas establecida a partir de la Constitución española de 1978. El derecho estatal sería un Derecho general y el derecho de cada comunidad autónoma –que tienen, no debemos olvidarlo, capacidad legislativa – sería un Derecho particular.

Las normas jurídicas **especiales**, en cambio, son aquellas que regulan relaciones jurídicas en las que los sujetos que intervienen deben presentar una determinada cualidad o condición. Una muestra de este tipo de normas sería el Derecho mercantil aplicable sólo a relaciones jurídicas protagonizadas por un sujeto que reúne la cualidad de empresario.

Adjetivo común

El uso del adjetivo *común* para identificar un tipo de normas jurídicas requiere alguna precisión, dado que con respecto a este término, la expresión Derecho común puede utilizarse con otras acepciones. En primer lugar trataremos el Derecho común como término histórico. Traducción al castellano de *Ius commune*, integrado por el Derecho romano, el Derecho canónico y el Derecho feudal, serviría por sí solo para identificar toda una época de la historia del Derecho europeo: la Edad Media. Como segunda acepción, el término se usa en nuestro país para diferenciar el Derecho civil común de los derechos civiles especiales. De forma abreviada, aun con este sentido, se habla de Derecho común directamente. En el artículo 14.1 del CC se establece que "La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil".

Normales y excepcionales

Las normas jurídicas **normales** regulan situaciones normales o habituales; las **excepcionales** regulan situaciones extraordinarias.

Normas jurídicas: normales y excepcionales

No se trata de una distinción meramente teórica o dogmática. En el artículo 4.2 del CC podemos leer: "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

Prescriptivas y permisivas

Esta clasificación –y la siguiente, la que diferencia entre normas jurídicas imperativas y dispositivas – se establece en función del ámbito de libertad que tiene el individuo, el sujeto destinatario de la norma jurídica, para seguir o no lo previsto en la norma.

Las normas jurídicas **prescriptivas** imponen necesariamente a los sujetos la observancia de un determinado comportamiento, de forma que éstos no pueden sustraerse a la aplicación de las mismas. Las normas prescriptivas, como suele ser habitual, pueden configurarse en forma de prohibición de hacer (en cuyo caso se las llamará prohibitivas).

Ejemplos de normas prescriptivas

Normas prescriptivas serían el artículo 500,1 del CC que establece que "El usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo" o el artículo 1779 del CC: "El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito".

Las normas jurídicas **permisivas** autorizan a los sujetos a realizar o no los comportamientos previstos en las mismas; les atribuyen, en definitiva, la facultad de realizar la conducta o la actuación prevista en la norma.

Ejemplos de norma permisiva

Una muestra de norma permisiva sería el artículo 32 de la CE: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", o también el artículo 1730 del CC: "El mandatario podrá retener en prenda las cosas objeto del mandato hasta

que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores".

Imperativas y dispositivas

Esta clasificación se establece también en función del ámbito de libertad del individuo respecto de las normas jurídicas, si bien la facultad de sustraerse se pone de manifiesto en un momento distinto del de la clasificación anterior. En este caso, la capacidad del individuo para no aplicar la norma jurídica se manifiesta una vez que ha incurrido en el supuesto de hecho que desencadena su aplicación.

En cuanto a las normas jurídicas **imperativas**, a quien incurre en el supuesto de hecho se le aplica sin posibilidad de elección, es decir, sin que pueda excluirse de su aplicación.

Ejemplo de normas jurídicas imperativas

Un ejemplo de normas jurídicas imperativas serían los preceptos que regulan los requisitos del matrimonio en el CC, artículos 44 a 48. Una vez que los futuros esposos deciden contraer matrimonio no pueden disponer de los requisitos, ignorándolos o sustituyéndolos por otros. No se puede decidir, por ejemplo, la inaplicación del artículo 46 que prevé que "No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial".

En el caso de las normas jurídicas **dispositivas**, su aplicación puede ser sustituida por una reglamentación diferente. La previsión de la norma es subsidiaria o supletoria de aquella de la que se dota o proporciona el propio sujeto.

Ejemplo de norma dispositiva

El artículo 1171 del CC sería una norma dispositiva: "El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el domicilio del deudor".

1.2. El ordenamiento jurídico

1.2.1. Concepto y caracteres

Es un hecho fácilmente constatable la existencia de una pluralidad de normas jurídicas. Asimismo, puede constatarse que las normas jurídicas se aplican en un determinado espacio y tiempo, ya que están destinadas a organizar la vida en sociedad de unos individuos, una sociedad o comunidad que se desenvuelve en unas coordenadas de espacio (territorio) y tiempo.

Estos elementos permiten deducir con facilidad un concepto de ordenamiento jurídico como conjunto organizado y sistemático de normas jurídicas que rigen para una determinada comunidad o sociedad en un momento determinado.

Debemos insistir en que se trata de un conjunto ordenado, de algo sistemático y organizado.

Cita

Díez-Picazo nos ofrece un concepto muy amplio de ordenamiento jurídico: "el conjunto total de reglas o directivas, a través de las cuales se prefigura la organización de un grupo social, o partiendo de las cuales se realiza dentro de un grupo social una función de pacificación de conflictos y de satisfacción de pretensiones".

Díez-Picazo (1993, pág. 179)

Como **caracteres** del ordenamiento jurídico podemos señalar los siguientes:

1) El ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de un **criterio de pertenencia** que permite determinar las normas jurídicas que lo componen. Como concreciones de este criterio de pertenencia se encontraría la llamada teoría de las fuentes del Derecho y las reglas relativas a la vigencia de las normas jurídicas.

2) El ordenamiento jurídico se caracteriza por su **complejidad** y al mismo tiempo por su **coherencia**. El carácter complejo del ordenamiento se manifiesta en la existencia de normas elaboradas en diferentes épocas, provenientes de diferentes ámbitos de poder o formuladas de distinto modo (la norma jurídica legal se formula por escrito, mientras que la consuetudinaria –la costumbre–, no). Pese a esta complejidad, el ordenamiento debe aspirar a la coherencia por vía de la presencia necesaria de unos principios o criterios que lo permitan dotarse de orden y sistema.

3) El ordenamiento jurídico se caracteriza, igualmente, porque **debe ser pleno y completo**. No podemos afirmar que en efecto lo sea, dado que la perfección no es posible, pero sí debemos exigir como mínimo la aspiración del ordenamiento a lograrlo evitando la existencia de lagunas en el mismo.

Aspiración del ordenamiento a ser pleno y completo

Esta aspiración del ordenamiento es la que explica el artículo 1.7 del CC que establece que "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido". En orden a esta aspiración, el ordenamiento organiza jerárquicamente la aplicación de las distintas normas jurídicas (art. 1.3 del CC: "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, [...]"), y art. 1.4 del CC: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, [...]"), o prevé la aplicación analógica de éstas a supuestos distintos de los contemplados en ellas (art. 4.1 del CC: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón").

4) Se suele afirmar el carácter **único** del ordenamiento jurídico.

Matización al carácter único

Esta característica, sin embargo, puede ser matizada, ya que depende en gran medida del punto de vista que se adopte. Si pensamos, por ejemplo, en el caso de un ciudadano español destinatario de normas jurídicas provenientes de la Unión Europea, de normas jurídicas estatales y de normas jurídicas autonómicas, podemos plantearnos que cada uno de estos grupos de normas constituya un ordenamiento jurídico (que, por otra parte, sería lo más razonable y admitido), o bien que exista una especie de macroordenamiento jurídico integrado por normas de tan diversa procedencia.

1.2.2. Principios rectores del ordenamiento jurídico español

La existencia de unos principios rectores del ordenamiento jurídico puede plantearse como una necesidad atendiendo a su evidente complejidad. Esta complejidad se supera en parte dando al ordenamiento la coherencia que le proporcionan fundamentalmente unos principios que rigen la existencia, la conformación y el contenido de las normas jurídicas. Estos principios se localizan, con mayor o menor claridad, en todas las normas jurídicas que configuran un ordenamiento.

En el caso del ordenamiento jurídico español, estos principios se encuentran recogidos principalmente en la CE de 1978. Esta norma jurídica de carácter legal ocupa una posición fundamental y preeminente en nuestro ordenamiento. En ella, además de establecerse el catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos, se organizan y articulan los poderes públicos. En todo esto se manifiesta el carácter fundamental y especial de la Constitución para el ordenamiento.

La Constitución española (CE) de 1978

Nuestra actual Constitución, que entró en vigor el 1 de enero de 1979, responde al modelo contemporáneo de constituciones. Junto con el reconocimiento a los ciudadanos de un catálogo de derechos y libertades (Título I. De los Derechos y Deberes Fundamentales), se regulan la organización de los poderes del Estado: el legislativo (Título III. De las Cortes Generales), el ejecutivo (Título IV. Del Gobierno y de la Administración) y el judicial (Título VI. Del Poder Judicial). Una de las importantes novedades de la CE de 1978 es la introducción en el Título VIII (De la Organización Territorial del Estado) de una nueva administración territorial, además del Estado y de los municipios y provincias, como son las comunidades autónomas. La importancia de las comunidades autónomas se manifestará, entre otras cosas, en que están dotadas de capacidad normativa.

1) Principio democrático

Este principio se articula en torno a la idea de que el poder emana del pueblo y que éste, por tanto, constituye la razón última de las normas jurídicas. Se manifiesta con distinta intensidad según el tipo de norma jurídica de que se trate. Así, en las normas jurídicas legales, el principio democrático se percibe en que éstas son elaboradas en parlamentos democráticos.

2) Principio de legalidad

Parlamentos democráticos

En este sentido, el principio democrático es congruente con las previsiones constitucionales del sufragio universal (art. 23.1 de la CE) o de los partidos políticos (art. 6 de la CE).

Se trata de otro de los principios que otorgan coherencia a nuestro ordenamiento jurídico. La CE garantiza expresamente el principio de legalidad (art. 9.3 de la CE). Para su enunciación se puede utilizar el artículo 9.1 de la CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Este sometimiento al imperio del Derecho comprende a los ciudadanos, pero también a los poderes públicos principales protagonistas, directos o indirectos, en la creación de las normas jurídicas.

Este principio de legalidad se proyecta con intensidad variada, según el poder de que se trate: legislativo, ejecutivo o judicial.

Intensidad del principio de legalidad

Para el poder judicial, el principio de legalidad es especialmente intenso (como se deduce del art. 117 de la CE). También según el sector material de normas jurídicas puede manifestarse con diversa intensidad. La importancia, por ejemplo, del principio de legalidad en el Derecho penal es significativa: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento" (art. 25.1 de la CE).

3) Principio de seguridad jurídica

En el artículo 9.3 de la CE se establece que la Constitución también garantiza la seguridad jurídica. La aspiración a la certeza del Derecho es algo deseable para cualquier ordenamiento jurídico. Que las normas jurídicas sean ciertas y no dudosas es algo que debe perseguirse para hacer accesible y seguro el ordenamiento a los sujetos destinatarios del mismo.

Esta vieja aspiración del Derecho se concreta, además, en varias circunstancias o aspectos también garantizados por el artículo 9.3 de la CE. En este precepto se garantizan la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos.

4) Principios materiales: libertad, igualdad y dignidad de la persona

En nuestra CE quedan registrados otra serie de principios que inciden sobre el contenido material de las normas jurídicas, es decir, que también para el contenido de éstas (no sólo en el modo de crearse o elaborarse, o en la forma de presentarse en el ordenamiento jurídico) existen en la CE principios rectores que dotan de coherencia el ordenamiento jurídico. En este sentido, de acuerdo con el artículo 10 de la CE, no serían admisibles en nuestro ordenamiento jurídico normas contrarias a la dignidad de la persona, o bien que impidiesen el libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, las normas jurídicas deben ser escrupulosamente respetuosas con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE. Cualquier norma jurídica del tipo que sea que incluya una discriminación por razón de

nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social no puede ser admitida, de no ser modificada, en nuestro ordenamiento jurídico.

1.2.3. Sectores del ordenamiento: derecho público y derecho privado

Es evidente que el contenido de las normas jurídicas varía según el tipo de conflicto o problema que tratan de resolver o, en el mejor de los casos, según el tipo de realidad que tratan de organizar. No son lo mismo las normas que tratan de regular el tráfico por carretera que aquellas que se ocupan de regular el intercambio de cosas mediante un precio, es decir, la compraventa. Este contenido tan variopinto de las normas jurídicas, que viene determinado por la diversidad de las relaciones sociales que son objeto de su regulación, permite agruparlas o presentarlas en forma de sectores materiales dentro de cualquier ordenamiento jurídico.

A este respecto, tradicionalmente se ha articulado como *summa divisio* de las normas jurídicas la que permite identificarlas como de derecho privado o de derecho público. Éstos serían los dos grandes sectores en los que puede dividirse el ordenamiento, para lo cual también se han utilizado tradicionalmente varios criterios. En primer lugar, el criterio del objeto. Las normas de **derecho público** se ocuparían de la organización de los poderes públicos y sobre todo de las relaciones entre los poderes públicos y de las relaciones entre éstos y los particulares. Por el contrario, como es previsible, las normas jurídicas de **derecho privado** regularían las relaciones entre particulares, ya se consideren éstos individualmente, ya integrados en las llamadas organizaciones sociales (personas jurídicas, en general). En segundo lugar, se ha utilizado el llamado criterio de interés. En el derecho público es reconocible (y prevalece) el interés de la comunidad o interés público, mientras que en el derecho privado lo es el interés del particular.

Mas allá de la mayor o menor solidez e infalibilidad de estos criterios –algo que evidentemente no puede sostenerse–, todavía sirven a grandes rasgos para identificar generalmente que es derecho público (o de derecho público) y que es derecho privado (o de derecho privado).

Criterios de división del ordenamiento jurídico: derecho público y derecho privado

La realidad actual del tráfico jurídico económico somete estos criterios a una permanente revisión, llegándose a hablar, incluso, de una **privatización** del derecho público y de una **publificación** del derecho privado. Fenómenos como la utilización de fórmulas societarias (la sociedad anónima, por ejemplo) por parte de las administraciones públicas hallan difícil explicación en la aplicación lineal y sin matices de estos criterios.

Sea como fuere, podemos seguir sosteniendo para nuestro ordenamiento jurídico la existencia de dos grandes sectores o ramas: el derecho público y el derecho privado. En el seno de éstos se localizaran, a su vez y de forma más específica, otros sectores o ramas del Derecho. En concreto, la división que podemos establecer es la siguiente:

1) Sectores o ramas del derecho público

- Derecho constitucional
- Derecho administrativo
- Derecho financiero y tributario
- Derecho penal
- Derecho procesal

2) Sectores o ramas del derecho privado

- Derecho civil
- Derecho mercantil

3) Sectores o ramas de ubicación dudosa

- Derecho del trabajo
- Derecho internacional público
- Derecho internacional privado
- Derecho comunitario o de la Unión Europea

Dudosa ubicación

La presencia en estos sectores de normas jurídicas que, de acuerdo con los criterios tradicionales, son tanto de derecho público como de derecho privado justifica su dudosa ubicación, al tiempo que ratifica las dudas expresadas sobre la infalibilidad de los mencionados criterios.

2. El Derecho civil

2.1. Concepto de Derecho civil

En primer lugar, hay que decir que el Derecho civil no es más que un subconjunto diferenciado de normas dentro del ordenamiento jurídico, como cualquier subconjunto que pretenda singularizarse por las relaciones, conflictos o situaciones que se regulan en estas normas.

Por otro lado, ya se han apuntado algunas características del Derecho civil. En concreto, hemos señalado que se trataría de un Derecho común, así como que formaría parte del llamado derecho privado.

La cuestión que se plantea qué es el Derecho civil posee una respuesta actual, aunque también debemos contemplarla desde una perspectiva histórica.

2.2. Evolución histórica del Derecho civil

La realidad social que regulan las normas jurídicas civiles podemos afirmar que se ha mantenido históricamente. A continuación, y de forma muy esquemática, señalamos los principales hitos en la evolución histórica del Derecho civil.

1) En el **Derecho romano** se acuña el término *Ius civile*, literalmente 'Derecho del ciudadano'. Este *Ius civile* presenta un contenido básicamente idéntico al Derecho civil actual, aunque por supuesto más restringido desde el punto de vista subjetivo (sólo se aplicaba al ciudadano romano) y adecuado a los problemas de la sociedad de su tiempo. Con una propia historia de varios siglos, este *Ius civile* quedará registrado en la compilación del Derecho romano promovida por el emperador Justiniano en el llamado *Corpus Iuris Civilis*.

2) La **Edad Media** trajo consigo el renacimiento del Derecho civil proveniente de Roma. La vulgarización que siguió a la caída del Imperio Romano en Occidente se vio contrarrestada por la **recepción** del Derecho romano, del *Ius civile*, por medio del llamado *Ius commune* (Derecho común). Este último, favorecido por el papel unificador que desempeñaba el cristianismo y por la aspiración de reconstruir el antiguo Imperio Romano, estaba integrado por el Derecho romano recibido, el Derecho canónico y por el Derecho feudal. Adaptado a los nuevos tiempos –esa será fundamentalmente la labor de glosadores, posglosadores y comentaristas, es decir, los estudiosos del Derecho de la época–, el Derecho civil seguirá siendo el mismo por lo que a su contenido se refiere.

Lectura recomendada

Para una aproximación a esta permanencia del Derecho romano recomendamos la obra de P. Stein (2001). *El Derecho romano en la Historia de Europa*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.

Lectura recomendada

Sobre la Edad Media y el Derecho en general recomendamos la obra de P. Grossi (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.

3) El siguiente hito reseñable en la evolución del Derecho civil es su **nacionalización**. Tanto la aparición de los estados modernos como la reforma protestante serán factores que incidirán en la afirmación de los derechos europeos (en España, sucesivamente, se promulgarán el Ordenamiento de Leyes de Alcalá, el Ordenamiento de Leyes de Montalvo, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación). El Derecho civil se identifica prácticamente con el Derecho romano, si bien se va privatizando definitivamente su contenido y se van produciendo algunas escisiones como la de las normas penales y procesales y, sobre todo, la del llamado Derecho de los mercaderes (Derecho mercantil).

4) El final de la Edad Moderna y el comienzo de la Edad Contemporánea, que se materializa en el tránsito del Antiguo Régimen al Nuevo Régimen preconizado por la Revolución Francesa, tendrá sus consecuencias para el Derecho civil. Por un lado, asistiremos a la definitiva **estatalización** del Derecho civil, circunstancia en la que influirá, sin duda, la conformación de los estados liberales y con ellos la consagración de la ley (parlamentaria y democrática) como norma jurídica paradigmática y como primera fuente del Derecho. A todo esto debemos sumar la aparición de un modo de presentarse el Derecho prácticamente desconocido hasta entonces: el código. Este periodo, en efecto, está marcado por la **codificación del Derecho** en general, codificación que dará lugar a importantes productos: los códigos civiles que se promulgarán en muchos estados europeos. El siglo XIX se inicia con el que ha de considerarse código de referencia, el Código civil francés de 1804 –que adoptará el nombre oficialmente en 1807 de su principal promotor: *Código Napoleón*–, y culmina en 1896 con el Código civil alemán (BGB).

5) El Derecho civil presenta algunas peculiaridades o transformaciones importantes en el siglo XX:

a) Asistimos a la conformación definitiva del **Derecho del trabajo**, que en su contenido básico se articula en torno al contrato de trabajo, versión evolucionada y capitalista del contrato de arrendamiento de servicios. En general, se produce la aparición de subsectores de normas jurídicas civiles con una marcada tendencia a la especialización e incluso a la escisión. En este sentido, a principios de siglo se comienza a delinear el llamado **Derecho agrario**, y a partir de los años setenta, el **Derecho del consumo o de los consumidores**.

b) En cuanto a la manera de presentarse el Derecho civil, esto es, a los códigos civiles, éstos conocerán una importante crisis por lo que respecta a su consideración como vehículo adecuado para legislar, planteándose su abandono en favor de la utilización de las llamadas **leyes especiales** (leyes monográficas restringidas a una materia). Esta crisis adoptará una intensidad muy desigual según los países. Este fenómeno será conocido como **descodificación**. En la actualidad, sin que podamos hablar de una recodificación, en general podemos afirmar que se habría vuelto a apostar por el modelo, algo que se constata en la elaboración de nuevos códigos o en la reforma (renovación) de los existentes.

Diferentes circunstancias

El movimiento codificador civil europeo se desarrollará en cada país según sus propias circunstancias, lo cual explica la enorme diversidad de fechas de promulgación existente de unos países a otros:

Francia, 1804; Italia, 1865; España, 1889 o Alemania, 1896.



Código

En España la utilización de la fórmula código se advierte en el Código penal de 1995 o en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (que aunque no se denomine código responde a este modelo). Por otra parte, la renovación de los códigos existentes se comprueba en las numerosas reformas sufridas por nuestro CC últimamente.

2.3. Contenido del Derecho civil: la realidad social regulada por el Derecho civil

El contenido del Derecho civil viene determinado por la realidad social que acotan las normas jurídicas que lo integran. Esta realidad social –como hemos tenido ocasión de apreciar antes–, y con ella el Derecho civil, debe contemplarse desde una perspectiva histórica. La conclusión que podemos obtener de dicho análisis histórico es que el Derecho civil permanece prácticamente inalterado en su contenido esencial desde el Derecho romano, lo cual no se contradice con la afirmación de que dicho reconocimiento ha experimentado históricamente notables y evidentes modificaciones y alteraciones. Los cambios de todo signo (sociales, económicos o tecnológicos) que se han producido en esta realidad social así lo han exigido. Todo esto ha provocado, como también hemos señalado ya, que se hayan ido desgajando sectores de normas del Derecho civil (por mor del tratamiento diferenciado de una parte de la realidad), sectores que cobrarían existencia propia y diferenciada. De esta manera se explica el Derecho mercantil o posteriormente la irrupción del Derecho del trabajo.

Aunque quizá no sea la forma más correcta de expresión, podemos afirmar que el Derecho civil, por su contenido, es el Derecho de la persona y de lo que la persona hace. He aquí un concepto amplio, acaso en exceso, que conviene delimitar.

El Derecho civil contiene las normas que determinan los requisitos y atributos propios de la condición de persona-sujeto de derecho. Así, en el Derecho civil se regula el nacimiento (determinante de la adquisición de la personalidad), la muerte (determinante de la extinción de la personalidad) y la capacidad jurídica y de obrar.

En el Derecho civil se regulan también todas aquellas relaciones jurídicas privadas a las que puede tener acceso cualquier persona, sin necesidad de reunir previamente ninguna circunstancia o requisito especial (por ejemplo, ser empresario o trabajador, como sucedería en el Derecho mercantil y en el Derecho del trabajo, respectivamente). El abanico de relaciones jurídicas reguladas por el Derecho civil es muy amplio: desde aquellas que podemos calificar como familiares (matrimonio o patria potestad, por ejemplo) hasta otras de un contenido estrictamente patrimonial (propiedad o contratos).

El Derecho civil contiene las normas que determinan los requisitos y atributos propios de la condición de persona-sujeto de derecho. Así, en el Derecho civil se regula el nacimiento (determinante de la adquisición de la personalidad), la muerte (determinante de la extinción de la personalidad) y la capacidad jurídica y de obrar.

En el Derecho civil se regulan también todas aquellas relaciones jurídicas privadas a las que puede tener acceso cualquier persona, sin necesidad de reunir previamente ninguna circunstancia o requisito especial (por ejemplo, ser empresario o trabajador, como sucedería en el Derecho mercantil y en el Derecho del trabajo, respectivamente). El abanico de relaciones jurídicas reguladas por el Derecho civil es muy amplio: desde aquellas que podemos calificar como familiares (matrimonio o patria potestad, por ejemplo) hasta otras de un contenido estrictamente patrimonial (propiedad o contratos).

Forman parte del Derecho civil el Derecho de la persona, el Derecho de cosas, el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones *mortis causa*.

En este ámbito de las relaciones jurídicas reguladas por el Derecho civil sería donde se habrían producido esas escisiones o desgajamientos a los que hicimos alusión. Las mencionadas escisiones tendrían su origen principalmente en la especialización de estas relaciones.

2.4. Sistemática del Derecho civil

La sistemática o estructura del Derecho civil está directamente relacionada con su contenido. Una vez establecido el contenido citado, otra cuestión es cómo se presenta o estructura, algo que también se encuentra íntimamente relacionado con la forma de estudiarlo.

Existen dos formas de organizar sistemáticamente el contenido del Derecho civil. En primer lugar, el llamado **Plan romano-francés**. Se trata de una propuesta que tiene su origen en la tripartición del Derecho con motivo del jurisconsulto romano Gayo (*Gaius*) que se recoge posteriormente en el Código civil francés. Gayo divide el Derecho en personas, cosas y acciones. El *Code Napoléon* se estructura en tres libros, dedicados respectivamente a las personas, las cosas y "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", que comprende la sucesión *mortis causa* y el contrato¹.

⁽¹⁾Éste será el esquema adoptado en nuestro CC, si bien el extenso Libro III del Código civil francés se dividirá, en nuestro caso, mediante la separación de la sucesión *mortis causa* (incluida en el Libro III) de las obligaciones y contratos (Libro IV).

La otra división del Derecho civil se conoce por el nombre del jurista prusiano que la propuso: **Plan de Savigny**. Se trata de la seguida tradicionalmente por nuestra doctrina y por los planes de estudios de las facultades de Derecho

españolas. Para Savigny, el Derecho civil se divide en parte general y parte especial; esta última, a su vez, se divide en cuatro partes: Derecho de cosas, Derecho de obligaciones, Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

Plan romano-francés y Plan de Savigny

Díez-Picazo y Gullón (1997, pág. 46) proponen una sistemática, ecléctica, correctora y en cierto modo actualizada de ambos planes. La división del Derecho civil sería, en su opinión, la siguiente: I. Introducción. II. Derecho de la persona. III. Derecho patrimonial o Derecho de bienes. IV. Derecho de familia. V. Derecho de sucesiones.

2.5. Derecho civil y derechos especiales privados

El Derecho civil constituye el núcleo fundamental del derecho privado. Como ya hemos indicado, sirve para determinar la configuración de los sujetos de derecho privado, así como para regular las relaciones jurídicas protagonizadas por éstos. Sin embargo, el derecho privado ha experimentado una clara evolución en el sentido de que no se agota en el Derecho civil. En la actualidad, el derecho privado no puede identificarse en exclusiva con el Derecho civil. Los sujetos privados protagonizan relaciones jurídicas reguladas por el Derecho mercantil, el Derecho del trabajo o el Derecho agrario. Todos ellos, como sabemos con origen en el Derecho civil, se integran en el derecho privado.

El Derecho civil desempeña un papel cualitativamente singular en el seno del derecho privado, siendo considerado derecho privado general o Derecho común, en definitiva, un Derecho de referencia (supletorio) para los derechos civiles especiales.

Derecho de referencia para los derechos civiles especiales

En este sentido, el texto normativo fundamental del Derecho mercantil, el Código de Comercio, establece en su artículo 2 que "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común". Éste último es obviamente el Derecho civil.

2.6. El Derecho civil español

El Derecho civil español comparte, evidentemente con sus peculiaridades nacionales, la misma evolución histórica que antes reseñábamos para el Derecho civil europeo. La matriz romana y los hitos históricos fundamentales del Derecho civil en Europa son comunes a todos los países de esta matriz que conforman el llamado Derecho continental (Francia, Italia o Alemania, como los más representativos). Las diferencias comienzan a aparecer con la nacionalización del Derecho civil y con la codificación.

El estudio que aquí se propone del Derecho civil español desde el punto de vista histórico es necesariamente parcial y adelantado en el tiempo por esa razón. En este sentido, se comienza planteando la situación actual de un Derecho

civil, como todo el ordenamiento jurídico del que forma parte, determinado por la CE de 1978. A continuación debe abordarse la codificación civil en España como modelo histórico, pero también actual, de presentarse nuestro Derecho civil. Finalmente, aunque por su importancia se le dedique un apartado diferenciado (2.7.), se incluiría en esta aproximación al Derecho civil español la referencia a los otros derechos civiles españoles, los forales o especiales. La historia y el presente del Derecho civil en España incluyen necesariamente este fenómeno de diversidad territorial, así como el tratamiento que se le ha otorgado y que se le todavía hoy.

2.6.1. Derecho civil y Constitución

La relación entre Derecho civil y Constitución debemos considerarla en relación con la evolución experimentada por esta última, y fundamentalmente con el papel que contemporáneamente ha terminado asumiendo como norma fundamental y como cúspide del ordenamiento jurídico. Como hemos mencionado, la Constitución es una norma jurídica especial –técnicamente, una ley – con virtualidad para determinar, incluso materialmente o en su contenido, el resto del ordenamiento jurídico. La Constitución vincula a todos, desde el legislador al ciudadano, pasando por el juez.

Sin lugar a dudas, este papel material de la Constitución tiene que influir de forma necesaria en el Derecho civil, recogido básicamente en el caso español en un CC de 1889. Los códigos civiles europeos han podido sobrevivir a varios regímenes políticos (por ejemplo, el caso del BGB alemán, vigente durante el nazismo y superviviente a éste, o el *Codice civile* italiano, de 1942, realizado al final del régimen fascista y que no se deroga con la llegada de su actual república democrática). Pero todo esto cambia cuando las constituciones contemporáneas asumen esa ubicación privilegiada en el ordenamiento y desenvuelven su función material determinante. Así se explican las reformas que obligatoriamente se realizarán en nuestro CC para adecuarlo a la CE de 1978.

Influencia directa de preceptos constitucionales en el Derecho civil

La influencia directa de preceptos constitucionales en el Derecho civil es fácilmente perceptible. Podemos diferenciar preceptos generales –que en realidad influyen en todos los sectores materiales del ordenamiento jurídico, y no sólo en el Derecho civil – como serían los artículos 1, 2, 9.3 y 10, de preceptos más concretos que inciden sobre materias propias del Derecho civil. Entre éstos hallaríamos: el artículo 11 (nacionalidad), el artículo 12 (mayoría de edad), artículo 13 (extranjería), el artículo 14 (igualdad o no discriminación), el artículo 15 (derecho a la vida) o el artículo 18 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Asimismo, afectarían a los contenidos del Derecho civil los artículos 32 y 39, por lo que atañe al Derecho de familia, el artículo 33, por lo que se refiere a la propiedad y la herencia, o el artículo 38 que reconoce la libertad de empresa (principio fundamental para el Derecho patrimonial). Este carácter determinante de la CE de 1978 sobre el Derecho civil puede apreciarse, por último y como veremos, en la previsión, dentro de la organización territorial del Estado, de las comunidades autónomas y en concreto en la posibilidad de que algunas de éstas, dotadas de Derecho civil foral o especial, puedan legislar sobre éste.

Lectura recomendada

Sobre la relación entre Derecho civil y Constitución recomendamos la obra de J. Arce y Flórez-Valdés (1986). *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

2.6.2. La codificación civil en España. El Código civil de 1889

La codificación civil en España (la codificación en general, no sólo la del Derecho civil) forma parte de un movimiento que se desarrolla en Europa desde la segunda mitad del siglo XVII cuyo objetivo principal consistirá en la creación de un nuevo modo de presentar el Derecho ante sus destinatarios. La codificación se soporta desde el punto de vista filosófico fundamentalmente en el llamado iusnaturalismo racionalista (o escuela racionalista del Derecho natural) aparecido en Europa principalmente en el siglo XVII de la mano de la obra de autores tan significativos como Grocio o Puffendorf. El código, en su sentido moderno, es sinónimo de sistema y de orden. Hasta entonces a lo más que se había llegado era a recopilar, a veces con cierta sistemática, las normas que se iban acumulando en el ordenamiento jurídico. Lo que se propone resulta realmente novedoso y muy favorecedor de la seguridad jurídica y la certeza del Derecho. El código se concibe como la forma más adecuada posible para que los destinatarios de las normas accedan al Derecho sabiendo a qué atenerse en cada momento.

El siglo XIX: siglo de la codificación civil

Con algún precedente en el siglo XVIII –el más conocido es el extenso *Algemeine Land Recht* prusiano, inmenso código que comprende derecho público y derecho privado–, el primer gran Código civil, el que servirá de modelo y referencia a la codificación en general y en especial a la del Derecho civil, será el Código civil francés, promulgado en 1804 y conocido desde 1807 como *Code Napoléon* en homenaje a su principal promotor, el mismo emperador. La influencia del Código civil francés será notable y perceptible en toda Europa (Austria, 1811, o Italia, 1865, entre otros), e incluso en las nuevas naciones americanas que en esos años se independizan (Chile, 1858; Ecuador, 1861; Argentina, 1869; o Colombia, 1877).

Por lo que se refiere a la codificación en general, en España hay que decir que ésta se encuentra presente en el ideario reformista de la Ilustración española. Este hecho explicará que en la **Constitución de Cádiz de 1812** se concrete dicho ideal codificador en su artículo 258, en el que se establece que los códigos civil, criminal y de comercio debían ser únicos para toda la monarquía. Esta adscripción ideológica de la codificación sirve de excusa para que se abandone desde 1814 la idea de acometer cualquier proyecto en este sentido durante el primer periodo del reinado absoluto de Fernando VII. El trienio liberal (1820-1823), en el que se restaurará la vigencia de la Constitución de 1812, revitaliza el movimiento codificador hasta el punto de que se promulga en 1822 el primer Código penal y se llega a realizar un modesto proyecto de CC. La restauración de la monarquía absoluta, de nuevo en la persona de Fernando VII, supondrá un nuevo paro para el movimiento codificador. Sin embargo, el Código comienza a desembarazarse de su carga ideológica para empezar a ser asumido como una mera técnica legislativa. Fruto de este clima verá la luz el primer Código de Comercio de 1829, vigente hasta 1885, fecha en la que se promulga el actual.

En el reinado de Isabel II se produce el impulso definitivo de la codificación civil. Durante este periodo, en 1833 se encarga a Cambroner (1765-1834), un importante jurista de la época, la redacción de un proyecto de Código civil que se finaliza en 1836, un proyecto que no llegará a pesar de todo a discutirse en las Cortes. También en este periodo, en 1843, se crea la llamada **Comisión General de Códigos** (equivalente a la actual Comisión General de Codificación, existente en el seno del Ministerio de Justicia), una comisión técnica que debía encargarse de la elaboración de los futuros códigos. Tendremos que esperar hasta la década de los cincuenta para que se remita al Gobierno el conocido como Proyecto de Código civil de 1851.

El **Proyecto de Código civil de 1851**, proyecto fallido, se constituye en el precedente inmediato del CC de 1889. Acerca de sus características se han hecho clásicas las palabras de De Castro quien lo definía, aparte de por su evidente afán unificador, como decididamente liberal, moderadamente progresista y claramente afrancesado. Más allá de las inevitables objeciones políticas e ideológicas que pudieran oponérsele, la razón principal de que el proyecto fracasase fue su carácter unificador y desconocedor de los derechos civiles forales o especiales. El gobierno se limitará a someterlo a una especie de información pública por parte de distintas instituciones y autoridades, lo cual equivaldrá a un tácito abandono del proyecto. Habrá que esperar al inicio de la década de los ochenta para que se produzca el relanzamiento de la codificación civil.

El auténtico punto muerto en el que queda la codificación civil da origen, en el periodo inmediatamente posterior a 1851, a una serie de leyes especiales de Derecho civil. La imposibilidad de realizar un Código civil justifica la promulgación de estas leyes que se consideran absolutamente necesarias. Entre éstas hay que señalar la Ley Hipotecaria de 1861, la Ley del Notariado de 1862, la Ley de Aguas de 1862, la Ley del Registro civil de 1870 y la Ley de Matrimonio civil, también de 1870.

El impulso definitivo a nuestro CC se produce en la década de los ochenta. La restauración de la dinastía borbónica con el reinado de Alfonso XII traerá consigo un periodo de paz y tranquilidad políticas indudablemente propicio para la puesta en marcha de una iniciativa legislativa de la envergadura de un Código civil. Como elementos fundamentales de este impulso debemos destacar los que proponemos acto seguido. De un lado, la solución que trata de darse a la denominada **cuestión foral**: mediante el Real Decreto de 2 de febrero de 1880 se decide la incorporación a la Comisión General de Códigos de representantes provenientes de las regiones con Derecho civil propio, y se prevé también la realización de unas memorias en las que se determinen las instituciones forales que todavía conservaban vigencia. De otro lado, hay que destacar como determinante la figura del político liberal y jurista **Manuel Alonso Martínez (1827-1891)**. A este jurista le debemos una idea que resultará crucial para la elaboración definitiva del CC. Alonso Martínez, convencido de que la elaboración de cualquier código es una tarea de contenido eminentemente técnico y de que la discusión parlamentaria significaría condenar

Obra influyente

Sobre el Proyecto de 1851, Florencio García Goyena escribe un año después la conocida obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, de importante influencia en la evolución posterior del Derecho civil español.



su promulgación a un proceso largo y engorroso, cree encontrar la solución para evitarlo por medio de la técnica o sistema de una ley de bases. Según su propuesta, las Cortes se limitarían a establecer las bases o principios a partir de las cuales una comisión, reducida y especializada, con ese encargo específico redactaría el Código. A pesar de lo acertado de la propuesta, el Proyecto de Ley de Bases que presenta al parlamento en 1881 será rechazado.

Anteproyecto de CC de 1882

Al impulso de Alonso Martínez se debe también la elaboración del conocido como Anteproyecto de CC de 1882, que, aunque comprende sólo dos libros del Código, será determinante en la conformación final de la Ley de Bases de 1888.



Hay que esperar hasta 1885 para que otro ministro de Gracia y Justicia, Francisco Silvela (1845-1905), presente un nuevo Proyecto de Ley de Bases del Código civil que no llega a discutirse en el Congreso por la disolución de las Cortes. Este mismo proyecto se presenta en la legislatura siguiente, siendo aprobado finalmente por la Ley de 11 de mayo de 1888.

La **Ley de Bases de 1888** comprende ocho artículos y veintisiete bases. Éstas van dirigidas al Gobierno, el cual se encarga de redactar el Código, labor que será desarrollada por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Códigos. En la Ley de Bases se aborda la cuestión foral en los artículos 5.º, 6.º y 7.º, cuya solución era determinante para la promulgación del Código. De una parte, se consagra la conservación del Derecho foral en las provincias y territorios donde subsistiese, mediante el establecimiento de que el Código civil regiría en las mismas tan sólo como supletorio; ello, sin perjuicio de que "El título preliminar, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino", así como que "también lo serán las disposiciones que se dicten para desarrollo de la base 3.ª, relativa a las formas de matrimonio". Por otra parte, se prevé la elaboración de apéndices del Código civil en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en las provincias o territorios donde existen.

Redactado de forma muy rápida por la Comisión General de Códigos se publica en la *Gaceta de Madrid* el 8 de octubre de 1888. Se inicia en las Cortes la discusión acerca de la adecuación de este texto a las bases, lo cual motivará que por Real Decreto de 11 de febrero de 1889 se prorrogue el plazo de su entrada en vigor hasta el 1 de mayo (previsto en la Ley de Bases de 1888 para sesenta días después de su publicación). A pesar de todo, las Cortes, por Ley de 26 de mayo de 1889, ordenarán hacer y publicar una edición reformada del Código civil. El Real Decreto de 24 de julio de 1889 dispondrá la publicación definitiva del Código civil –una nueva edición, se advierte, "hecha con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo civil de la Comisión General de Codificación, según el resultado de la discusión habida en ambos cuerpos de Colegisladores"–, y entrará inmediatamente en vigor.

2.6.3. El Código civil: estructura, contenido y caracteres

El Código civil español contiene 1976 artículos, estructurados en un título preliminar: *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia* (arts. 1 a 16) y cuatro libros: Libro I. *De las personas* (arts. 17 a 332), Libro II. *De los bienes de la propiedad y sus modificaciones* (arts. 333 a 608), Libro III. *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (arts. 609 a 1087), y Libro IV. *De las obligaciones y contratos* (arts. 1088 a 1975).

Los libros se dividen a su vez en títulos, y éstos (incluido el título preliminar) en capítulos. Algunos de estos capítulos aparecen divididos también en secciones.

La **sistemática** del CC español responde al llamado Plan romano-francés, que estructura el Derecho civil en personas, cosas y acciones.

Como ya hemos mencionado, se denomina romano-francés porque es el establecido por el jurista romano Gayo en sus *Instituciones* y porque es el adoptado posteriormente en el *Code Napoléon*.

En cuanto a su **contenido**, conforme al afán codificador por ofrecer un cuerpo cierto y accesible de normas que regulen de forma lo más completa posible determinadas relaciones o conflictos, el CC abarca aquellas materias que se consideran propias del Derecho civil.

El nombre de cada uno de los libros en los que se divide denota fácilmente ese objetivo. De este modo, el CC regula la persona, las obligaciones y los contratos, los derechos reales, el derecho de familia y la sucesión *mortis causa*. A ello debe añadirse, como contenido específico del título preliminar –al tiempo que demuestra el papel fundamental del Derecho civil para el ordenamiento jurídico – la regulación sobre las normas jurídicas, su aplicación y su eficacia.

En el CC, como es obvio, no se contiene todo el Derecho civil. Fuera de éste existen leyes especiales, algunas promulgadas como sabemos con anterioridad a 1889 (la Ley Hipotecaria o la Ley de Registro Civil, por ejemplo, luego sustituidas), y otras con las que se ha buscado posteriormente dar respuesta a nuevas realidades sociales (leyes de arrendamientos rústicos y arrendamientos urbanos, por ejemplo).

Disposiciones

El CC además contiene una Disposición Adicional (art. 1976 del CC, trece disposiciones transitorias y tres disposiciones finales).

2.6.4. Las reformas del Código civil

Sin que podamos decir que se produjera una sacralización de nuestro CC, éste fue objeto únicamente de dos casi insignificantes reformas hasta 1939 (en 1904, los arts. 688 y 732, y en 1928, los arts. 954 a 957), a pesar de que pronto se detectasen sus defectos y carencias, y sobre todo de que el propio CC naciese consciente de que las reformas eran necesarias.

A partir de 1939 las reformas han sido numerosas. A continuación se señalan las más importantes.

- 1) Ley de 8 de septiembre de 1939, modificando el título VIII, libro I, del Código Civil.
- 2) Ley de 15 de julio de 1954 por la que se reforma el título primero del título primero del Código civil, denominado "De los españoles y los extranjeros".
- 3) Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil.
- 4) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.
- 5) Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del título preliminar del Código civil, y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código civil.
- 6) Ley 14/1975, de 2 de mayo (Jefatura del Estado), sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio acerca de la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.
- 7) Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.
- 8) Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento que hay que seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- 9) Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código civil.
- 10) Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela.

Reformas

En este sentido, con una modestia que ha sido destacada muchas veces por lo poco que tiene de usual el CC, en su disposiciones adicionales preveía todo un sistema de reformas que a la larga resultó ser inutilizado en la vigencia del CC (ved disposiciones adicionales del CC).

CE de 1978

Debemos reseñar también que la entrada en vigor de la CE de 1978, como ya se ha indicado, traerá como consecuencia la adecuación y reforma de nuestro CC a la misma.

- 11) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- 12) Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- 13) Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad.
- 14) Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado.
- 15) Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos.
- 16) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 17) Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.
- 18) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 19) Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.
- 20) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- 21) Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad.
- 22) Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.
- 23) Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.
- 24) Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

- 25) Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- 26) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- 27) Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.
- 28) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- 29) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.
- 30) Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- 31) Real decreto ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del pacto de estado contra la violencia de género.

2.7. Los derechos civiles forales o especiales

La existencia de distintos derechos civiles en diferentes territorios de España es una notable y conocida peculiaridad de nuestro país. La mencionada variedad encuentra su justificación histórica en el hecho de que España no haya conocido una verdadera unidad político-jurídica hasta el siglo XVIII, con el advenimiento de la dinastía borbónica, y que, por tanto, hasta entonces muchos territorios gozaban de su propio Derecho. A partir de este siglo podemos afirmar que surge el afán por la unificación del Derecho, algo que necesariamente tenía que repercutir en la misma existencia de esos derechos civiles forales o especiales. Las dificultades para estos derechos territoriales serán especialmente acusadas cuando ese afán unificador se materialice, a partir del siglo XIX, en el objetivo de contar con un único CC para toda la nación. De este modo nace la llamada **cuestión foral**, al plantearse la compatibilidad o cohabitación del CC, que se pretende que sea único para todo el estado, y los derechos civiles forales o especiales, aplicables sólo en sus respectivos ámbitos geográficos. Sabemos que el olvido de estos últimos será una de las principales causas del fracaso del Proyecto de Código civil de 1851 y, con ello, del retraso de la llegada de nuestro CC hasta 1889.

La cuestión foral, la coexistencia entre los distintos derechos civiles con vigencia en España, el Derecho civil común y los derechos civiles territoriales ha recibido a lo largo de la historia distinto tratamiento, sobre todo desde la promulgación del CC.

2.7.1. El Código civil y los derechos civiles forales o especiales: el sistema de apéndices

Como ya hemos tenido ocasión de ver, la **Ley de Bases de 11 de mayo de 1888** determinó la conservación de los derechos forales (arts. 5.º y 6.º). Esta conservación debía articularse por medio de lo que se conoce como **sistema de apéndices**. Los derechos civiles forales o especiales debían recogerse (codificarse, en definitiva) cada uno de ellos en un apéndice al CC, al cual complementarían claramente.

Con el paso de los años, el balance respecto a este sistema no podía ser más negativo. Sólo se promulgó un apéndice, el correspondiente al Derecho civil de Aragón, aprobado por Real Decreto Ley de 7 de diciembre de 1925.

2.7.2. Las compilaciones

En 1944, cuando ya estaba más que constatado el fracaso del sistema de apéndices, el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés propone la celebración de un congreso nacional en el que se aborde la cuestión foral y el modo en que ésta deberá ser afrontada en un futuro inmediato. El congreso, celebrado en Zaragoza entre el 3 y el 6 de octubre de 1946, adopta como conclusión fundamental la necesidad de elaborar un nuevo CC que recogiera "las instituciones de Derecho común, del Derecho territorial o foral y las peculiaridades de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de su evolución jurídica y social". Para ello, como primera providencia, se debía proceder a la **compilación de los derechos civiles territoriales**.

Esta conclusión fue asumida por el Gobierno, y se promulgaron las distintas compilaciones mediante leyes estatales entre 1959 y 1973: Vizcaya y Álava (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967), y finalmente Navarra (1973).

Derechos civiles forales recopilados en sus correspondientes compilaciones

A mediados de los años setenta del siglo pasado los derechos civiles forales o especiales se encontraban recogidos cada uno de ellos en su correspondiente compilación. Esto explica el sentido del artículo 13 del CC introducido con la reforma del título preliminar de 1973: "1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España. 2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de ellas según sus normas especiales".

2.7.3. La CE de 1978: el modelo autonómico de organización del Derecho civil

Una de las grandes novedades de la CE de 1978, que ya hemos indicado, es la previsión de una nueva instancia territorial dotada de capacidad legislativa como las comunidades autónomas. Algunas de éstas coinciden con los territorios que cuentan con un Derecho civil propio.

El reparto de competencias, de materias sobre las que pueden legislar el Estado y las comunidades autónomas se establece principalmente en los artículos 148 y 149 de la CE. En este último se determinan las competencias exclusivas del Estado. Entre ellas, en el apartado 1, 8.ª, se prevé la competencia de éste sobre el Derecho civil, si bien con la posibilidad de que determinadas comunidades autónomas, las que poseen Derecho civil foral o especial, puedan legislar sobre el mismo.

El artículo 149.1, 8.ª de la CE dispone que es competencia exclusiva del Estado la:

"Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídicociviles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial."

Artículo 149.1, 8.ª de la CE

Siguiendo a Roca i Trias (1998, pág. 68) la disposición constitucional contendría tres normas:

- 1) La reserva al Estado de la competencia en materia civil.
- 2) La atribución a determinadas comunidades autónomas ("allí donde exista" Derecho civil, foral o especial) de la competencia para la conservación, modificación y desarrollo de este derecho.
- 3) La competencia exclusiva del Estado sobre determinadas materias.

La aplicación del sistema predispuesto en la CE 1978 no ha estado exenta de dificultades. Algunas de éstas provenientes de las mismas dificultades de interpretación del artículo 149, 1, 8.ª. En este sentido, ha resultado determinante la labor interpretadora del Tribunal Constitucional cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre alguno de los extremos del precepto.

Panorama actual de los derechos civiles forales o especiales

Era evidente que la vía abierta por la CE no iba a ser desaprovechada por las comunidades con Derecho civil propio para actualizarlo o incluso, si se nos permite la expresión, «recrearlo». De todas las compilaciones, la única que sobrevive es la de Navarra, si bien

Lectura complementaria

Sobre ello, resulta interesante, entre otras, la STC 88/1993, de 12 de marzo de 1993, en la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidencia del Gobierno contra la Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, en la que se establece la interpretación de los términos "conservación, modificación y desarrollo".

ha tenido varias reformas —la más reciente, la de las leyes 69 a 72, debida a la Ley Foral 9/2018, de 17 de mayo, de reforma de la compilación de Derecho civil de Navarra en materia de filiación—. El resto ha acometido, como decimos, una labor de actualización que se ha materializado en nuevos textos normativos; así ha sucedido en Galicia (con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia), Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas) e Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares). Pero quizá el caso más llamativo, en el que se ha ido más lejos en esta dirección, sea Cataluña. El Parlamento de esta comunidad aprobó la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, denominada Primera Ley del Código civil de Cataluña. De este modo, el legislador catalán daba el primer paso hacia la promulgación de un Código civil propio compuesto, como se anunciaba en el artículo 3, por seis libros (disposiciones generales, persona y familia, persona jurídica, sucesiones, derechos reales y, finalmente, obligaciones y contratos). El plan se ha ido cumpliendo progresivamente con la promulgación de las siguientes leyes (la más reciente en 2017): Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas; Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; y Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

3. Las fuentes del Derecho civil

3.1. Concepto y clases

La expresión **fuentes del Derecho** es una metáfora jurídica. Fuente es, literalmente, el lugar de donde fluye o mana algo. Si aplicamos este concepto al Derecho y a las normas jurídicas, podemos entender por fuente del Derecho el lugar donde éste se encuentra o donde éste puede localizarse.

A pesar de su aparente sencillez y claridad, este concepto puede resultar un tanto equívoco en la medida en que podemos distinguir básicamente dos maneras de concebir las fuentes del Derecho.

En primer lugar, puede asignarse la consideración de fuente del Derecho a las fuerzas sociales que crean el Derecho, los distintos tipos de normas jurídicas que configuran el ordenamiento jurídico. Esto equivale a considerar como fuente del Derecho a la persona o personas, o bien las instituciones que ostentan capacidad o facultad normativa. Éste será un modo de concebir las fuentes del Derecho que incide sobre el modo de producción de las normas jurídicas: las diferentes maneras de elaborar o crear normas jurídicas, reconocibles en quienes las desarrollan, equivaldrían a distintas fuentes del Derecho.

En segundo lugar, la otra concepción de las fuentes del Derecho es aquella que las considera desde una perspectiva aparentemente más formal, en tanto que constituyen las distintas formas de expresión o exteriorización que asumen las normas jurídicas. Lo dicho equivale a afirmar que el Derecho se presenta como ley, como costumbre o como principio general del Derecho, por citar las principales posibilidades de nuestro ordenamiento.

De estas dos concepciones sobre las fuentes del Derecho nos parece más adecuada la segunda. Con ella se logra identificar con mayor facilidad, dado un ordenamiento jurídico, las formas o modos de manifestarse que poseen las normas jurídicas que lo integran. La primera concepción, sin que deba desprejiciarse su valor enriquecedor con relación a cualquier aproximación a las fuentes del Derecho, tiene más bien el valor descriptivo de un aspecto concreto de las normas jurídicas como son las fuerzas sociales o los poderes que las crean.

Acerca de **las clases de fuentes del Derecho** pueden plantearse dos clasificaciones en función de otros tantos criterios:

Distintas fuentes del Derecho

Así, por ejemplo, pueden establecerse binomios como ley (norma jurídica legal)—Parlamento (fuente creadora del Derecho contenido en norma jurídica ley), o costumbre (norma jurídica consuetudinaria)—comunidad o pueblo (fuente creadora del Derecho contenido en la norma jurídica consuetudinaria).

1) Fuentes **formales** y **materiales**. Esta clasificación corresponde más bien a esa doble posibilidad de concebir las fuentes del Derecho que acabamos de señalar. Fuentes del Derecho formales son las distintas formas que adoptan las normas jurídicas cuando se crean, o lo que es lo mismo, los diversos modos de manifestarse el Derecho positivo. Fuentes del Derecho materiales serían las fuerzas sociales (personas, órganos, instituciones) con capacidad para crear normas jurídicas (en el caso de España, por ejemplo, las fuentes más claras en este sentido serían las Cortes Generales o los parlamentos de las comunidades autónomas).

2) Fuentes **directas** e **indirectas**. El criterio para diferenciar estas fuentes vendría determinado por la mayor o menor accesibilidad, directa o indirecta, con relación al Derecho, a las normas jurídicas, que pueden presentar los distintos tipos de fuentes del Derecho. Así, las fuentes directas son las que contienen en sí mismas una norma jurídica (por ejemplo, la ley o la costumbre); las indirectas son aquellas que no contienen en sí una norma jurídica, pero que pueden contribuir bien a su generación o creación, bien a su aplicación. En algún caso también se las llama fuentes de conocimiento (entre éstas cabría citar la analogía o la equidad y aquellas que luego se estudiarán como otras fuentes del Derecho: la jurisprudencia y la doctrina jurídico-científica).

3.2. El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español: las fuentes del Derecho civil común

Si se planteara la cuestión de cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico español, podríamos obtener una respuesta inmediata y aparentemente definitiva a partir del artículo 1.1. del CC: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

Sin embargo, esta respuesta no puede considerarse del todo exacta. El artículo 1.1 de nuestro Código civil sirve para establecer, en todo caso, el sistema de fuentes del Derecho civil común (por tanto, ni siquiera de todos los derechos civiles existentes en el territorio nacional). Es un precepto que admite una lectura correctora, ya que pecaría, en su pretensión de establecer las fuentes del Derecho español, tanto por exceso como por defecto: por exceso, en la medida en que no todas las fuentes que ahí se señalan lo son de todos los sectores materiales del ordenamiento jurídico español (pensemos en el Derecho penal cuya única fuente posible es la ley); por defecto, en el sentido de que no se recogen fuentes de otros sectores del ordenamiento (así, el Convenio colectivo fuente del Derecho del trabajo).

A esta dificultad para establecer con facilidad el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español debemos añadir la existencia en España, a partir de la CE de 1978, de una nueva instancia normativa como son las comunidades autónomas. En efecto, una de las grandes novedades que incorpora ésta es el

reconocimiento de potestad legislativa a estos nuevos entes político-jurídicos de carácter territorial. Cualquier determinación de nuestro sistema de fuentes debe hacerse teniendo en cuenta esta nueva realidad.

Por último, a la hora de establecer nuestro sistema de fuentes no podemos dejar de tener en cuenta la integración de España en las comunidades europeas, hoy Unión Europea, desde el Tratado de Maastricht de 1992. En este caso, nos encontramos ante otra instancia de producción normativa capaz incluso de elaborar normas directamente aplicables a y por los ciudadanos de los estados miembros de la citada Unión.

Con estas precauciones y con la base matizada del artículo 1.1. del CC puede proponerse un sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, de marcado carácter civilista, reconociendo la condición de Derecho común que tiene este sector de normas en el ordenamiento jurídico, o si prefiere directamente el sistema de fuentes del Derecho civil español. Éste se encontraría integrado por los elementos que anotamos a continuación.

1) Constitución española de 1978.

Constitución española de 1978

Por su naturaleza se trata de una norma jurídica legal, de una ley, por lo que debería incluirse en el número cuatro de este sistema. Sin embargo, por su contenido y sus funciones –entre otras cosas porque contiene los que hemos denominado principios rectores del ordenamiento jurídico– se le reconoce esta posición especial. Un lugar privilegiado en el sistema de fuentes reconocible, por ejemplo, en el hecho de que se trata de la llamada "Ley de leyes", ya que en ella se determina quién elabora las normas jurídicas legales y cómo (podéis ver el título III, especialmente el capítulo II).

2) Los tratados internacionales.

Los tratados internacionales

Los acuerdos suscritos entre España y otros sujetos de Derecho internacional, que pueden ser estados u organizaciones internacionales o supranacionales, pueden contener normas jurídicas directamente aplicables en el territorio español. Para ello se requiere, como señala el artículo 1.5 del CC, que pasen "a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*".

3) Derecho de la Unión Europea.

Derecho de la Unión Europea

Como se ha señalado, la integración de España en la Unión Europea supone la incorporación en nuestro sistema de fuentes de normas jurídicas procedentes de las instituciones comunitarias, algo de especial importancia con relación a alguno de los tipos de éstas, los reglamentos, directamente invocables y aplicables por los ciudadanos de los estados miembros.

En el párrafo segundo del artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se establece que:

"El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro."

Por el contrario, la directiva, según se dispone en el párrafo tercero,

"Obligará al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios."

4) Derecho escrito interno (ley y reglamento).

Ley y reglamento

La expresión Derecho escrito interno es sin lugar a dudas muy amplia. En ella hay que entender comprendidas tanto la norma jurídica legal estrictamente hablando, es decir, la Ley parlamentaria, como la otra norma jurídica formulada por escrito, pero creada no por órganos del poder legislativo, sino del poder ejecutivo. Nos referimos en este último caso al reglamento. También debemos matizar que en esta expresión Derecho escrito interno se comprendería tanto las leyes y reglamentos estatales, como las leyes y reglamentos autonómicos, amén de otras normas jurídicas reglamentarias provenientes de otras administraciones (administración local o institucional).

5) Costumbre.

6) Principios generales del Derecho.

Este sistema de fuentes exige algunas **puntualizaciones**.

En primer lugar, hay que reiterar que se trata de un sistema de fuentes preponderantemente civil, o si se prefiere directamente del sistema de fuentes del Derecho civil común. En él se incluyen fuentes del Derecho que no rigen para otros sectores del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el Derecho penal o el Derecho tributario), o se dejan fuera fuentes de otros sectores (Derecho del trabajo). Debemos insistir en que se trata del sistema de fuentes del Derecho civil común y no de todos los derechos civiles españoles, ya que en alguno de éstos la costumbre, como por ejemplo en el Derecho foral navarro, es la primera fuente del Derecho.

En segundo lugar, hay que señalar que es un sistema articulado en función de unos principios que lo ordenan y sistematizan: básicamente el de jerarquía (aunque no sólo). El **principio de jerarquía** es el que establece el orden entre las distintas fuentes, un principio que ha de completarse con el **principio de competencia** que resuelve la relación entre la legislación estatal y la legislación autonómica, y con los principios de **efecto directo** y **primacía** o **prevalencia** que hacen lo propio con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho estatal.

A continuación nos disponemos a tratar con mayor detenimiento las fuentes determinadas en el artículo 1.1. del CC: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. No olvidamos, en cualquier caso, las otras (la CE, los

tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea) –que pueden contener perfectamente normas jurídicas de Derecho civil–, que se estudiarán específicamente en otras disciplinas de la licenciatura en Derecho.

3.3. La ley como fuente del Derecho

3.3.1. Concepto

En un sentido amplio el término ley, podría atribuirse prácticamente a toda norma jurídica formulada por escrito por quien tiene capacidad normativa para ello. Una norma jurídica que presenta unas indudables ventajas, como pueden ser su accesibilidad para los sujetos a quienes se aplica o su apreciable seguridad, pero a la que puede reprochársele su carácter artificioso o su poca flexibilidad o espontaneidad para adaptarse a unas nuevas circunstancias. Su acepción amplia permite diferenciarla de otras normas jurídicas como la costumbre o los principios generales del Derecho, pero no así de otras normas jurídicas también escritas y creadas por un órgano con capacidad para ello (reglamento).

Desde la Revolución Francesa estamos asistiendo a una verdadera consagración, casi sacralización, de la Ley, si bien no en cualquier sentido, sino en el de norma jurídica dictada por el órgano en el cual se encuentra representada la soberanía popular. La Ley, estrictamente hablando, en la cultura jurídica occidental es desde entonces la ley parlamentaria, una norma jurídica que permite expresar y escenificar el montesquino principio de separación de poderes.

Derecho constitucional español

En este sentido, señala De Otto (1988, pág. 102), conforme al Derecho constitucional español que sólo son leyes las normas aprobadas por las Cortes Generales, de acuerdo con el procedimiento previsto en el título III, capítulo segundo de la CE, y las aprobadas por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

3.3.2. Clases de leyes en el ordenamiento jurídico español

De acuerdo con lo que acabamos de plantear existiría un único tipo o clase de ley: la parlamentaria. Ahora bien, pueden diferenciarse tipos o clases de leyes en función de distintos requisitos que establece la CE en torno a su contenido y aprobación, modificación o derogación.

Ley orgánica

La ley orgánica se regula expresamente en el artículo 81 de la CE: se caracteriza por su contenido, es decir, las materias que deben regularse mediante este tipo de ley, y por la mayoría necesaria para su aprobación.

El artículo 81 de la CE establece:

"1. 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.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto."

Artículo 81 de la CE

En cuanto a su **contenido**, queda establecido en el artículo 81.1 que debe regularse por esta clase de ley lo relativo al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, los estatutos de autonomía y el régimen electoral general, así como las demás materias previstas en la Constitución.

Ejemplos de materias que deben ser reguladas mediante una ley orgánica

En efecto, la CE deja constancia en repetidas ocasiones de determinadas materias que debe regular una ley de este tipo: artículo 54, el defensor del pueblo; artículo 93, respecto a determinado tipo de tratado internacional; artículo 116, con relación a los estados de alarma, de excepción y de sitio; artículo 165, donde se determina que el Tribunal Constitucional será regulado mediante una ley orgánica.

En cuanto a la **mayoría necesaria** para su aprobación, modificación o derogación, en el apartado 2 del artículo 81 se establece la mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Ley ordinaria

La CE, a diferencia de lo que sucede con la ley orgánica, no se refiere expresamente a este tipo de ley, por lo que sus características han de establecerse residualmente con relación a aquélla.

De acuerdo con este criterio negativo, el **contenido** o materias que deben regularse mediante ley ordinaria serían las que no son propias de la ley orgánica.

En lo que respecta a la **mayoría** necesaria para su aprobación, modificación o derogación basta con la mayoría simple (frente a la absoluta exigida para la ley orgánica).

Normas con rango de ley: decreto ley y decreto legislativo

La reserva escrupulosa del término ley para las normas jurídicas legales elaboradas en el parlamento se pone de manifiesto con ocasión de las denominadas normas con rango de ley, el decreto legislativo (también conocida como legislación delegada) y el decreto ley (también conocida como legislación de urgencia).

En estos casos el poder ejecutivo, en una casi derogación del principio de separación de poderes, asume el papel de legislador, más allá de su competencia normativa ordinaria que sabemos que es la reglamentaria. Esta competencia legislativa del gobierno, sustitutiva del poder legislativo, ha de considerarse absolutamente extraordinaria.

Las normas con rango de ley previstas en nuestra CE son el decreto legislativo (arts. 82 a 85) y el decreto ley (art. 86).

En el **decreto legislativo** el gobierno recibe expresamente un encargo por parte de las Cortes Generales para legislar sobre una materia concreta (materia que nunca podrá ser de las que debe regular una ley orgánica). El carácter extraordinario de esta delegación legislativa se advierte en el cuidado con que la Constitución establece sus requisitos. Debe hacerse, pues, de forma expresa, para una materia concreta y con fijación de plazo para su ejercicio. No es posible la existencia de delegaciones implícitas o por tiempo indeterminado, ya que cada una se agota con su uso, y no son posibles subdelegaciones.

Dos tipos de decreto legislativo

Se prevén **dos tipos de decreto legislativo** distintos por su contenido. En primer lugar, aquel en el que mediante una ley de bases se encarga al Gobierno la elaboración de un texto articulado, y en segundo, aquél en el que mediante una ley ordinaria –expresión que debe entenderse aquí sólo para diferenciarla de la ley de bases – se encarga la elaboración de un texto refundido.

El **decreto ley** supone, si cabe, una mayor derogación del principio de separación de poderes, ya que en éste el Gobierno no actúa por delegación expresa de las Cortes Generales, sino en función de una delegación general que puede asumir, directamente habilitado por la Constitución, en casos de extraordinaria y urgente necesidad. El Gobierno se encuentra, no obstante, limitado por una serie de materias que no pueden verse afectadas por este tipo de norma con rango de ley: el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, el régimen de las comunidades autónomas y el Derecho electoral general. La intervención de las Cortes Generales, en concreto del Congreso de los Diputados, se produce en este caso *a posteriori*, ya que los decretos ley deben ser sometidos inmediatamente a debate y votación en dicho Congreso, convoca-

do al efecto si no estuviere reunido en el plazo de los treinta días siguientes a su publicación. En este plazo el Congreso debe pronunciarse expresamente sobre su convalidación o derogación.

Leyes de las comunidades autónomas

Como ya hemos mencionado antes, una de las grandes novedades de la CE de 1978 es la incorporación de una nueva instancia normativolegislativa como las comunidades autónomas. A partir de este momento no podemos hablar de un monopolio legislativo por parte de las Cortes Generales.

Aquellas materias sobre las que pueden legislar las comunidades autónomas han de establecerse para cada una de ellas en su Estatuto de Autonomía y de acuerdo con el sistema de reparto de competencias, previsto básicamente en los artículos 148 y 149 de la CE. En el primero se establecen aquellas competencias que pueden asumir las comunidades autónomas y en el segundo, las que son competencia exclusiva del estado.

Las comunidades autónomas con capacidad para dictar normas legislativas

Cabe la posibilidad, no obstante, de que las Cortes Generales atribuyan, en materia de competencia estatal, a todas o alguna de las comunidades autónomas la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal (art. 150.1 de la CE). Asimismo, existe la posibilidad de que el Estado pueda transferir o delegar en las comunidades autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación (art. 150.2 de la CE).

Así pues, y como acabamos de ver, las relaciones entre la legislación estatal y la autonómica, su articulación en el sistema de fuentes, se rige por el principio de competencia. Es decir, si las comunidades autónomas poseen esta competencia, su legislación es de aplicación preferente a la estatal, sin perjuicio del carácter supletorio del Derecho del Estado con relación al de aquéllas (art. 149.3 de la CE).

Leyes marco

Esta categoría de leyes es de contenido material. Se trata de una clase de ley caracterizada por su contenido especial, ya que, en términos generales, contendrían los principios o bases, directrices y límites dentro de los cuales –en cuyo marco – deben elaborarse posteriormente otras disposiciones normativas.

Ejemplos de leyes marco

Muestras de este tipo de ley no faltan en nuestra Constitución. En primer lugar, el artículo 150.1 de la CE utiliza directamente el término ley marco como vehículo para hacer efectiva la posibilidad de que las Cortes Generales atribuyan a las comunidades autónomas la facultad de dictar normas legislativas "en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal". En segundo lugar, se suele considerar como un ejemplo de ley marco la prevista en el artículo 150.3 de la CE, la llamada ley armonizadora, aquella que puede dictar el Estado estableciendo los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Por último, constituiría

una ley marco la ley de bases correspondiente a una de las modalidades de decreto legislativo, expresamente prevista en la CE, dado que en ella se establecen los principios y bases que han de desarrollarse en el texto articulado que se encarga al Gobierno.

3.4. Los reglamentos de la Administración

El **reglamento** es una norma jurídica que reúne las características de todas las anteriores (contener un mandato obligatorio, ser coercible, además de su carácter general y abstracto) y que comparte con las normas jurídicas legales el hecho de estar formuladas por escrito. Aparente y externamente, las leyes y los reglamentos no se diferencian; la distinción, pues, se establece a partir de la autoridad o el poder que las formula. La ley, como sabemos, corresponde en exclusiva al poder legislativo (en nuestro país las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas), mientras que el reglamento es formulado por el poder ejecutivo, el Gobierno o la Administración, ya sea estatal o autonómica.

El artículo 97 de la CE establece que:

"El Gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes."

Artículo 97 de la CE

El artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno regula la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las comisiones delegadas:

"Las decisiones de los órganos regulados en esta ley revisten las formas siguientes:

- a) Reales decretos legislativos y reales decretos-leyes, las decisiones que aprueban, respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86 de la CE.
- b) Reales decretos del presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al presidente.
- c) Reales decretos acordados en Consejo de Ministros, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica.
- d) Acuerdos del Consejo de Ministros, las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de real decreto.
- e) Acuerdos adoptados en comisiones delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de orden del ministro competente o del ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos ministros.
- f) Órdenes ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios departamentos revestirá la forma de orden del ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los ministros interesados."

Artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno

Reglamentos de otras administraciones

Por supuesto, existen reglamentos de otras administraciones, como la local o las llamadas administraciones institucionales o autónomas (por ejemplo, las universidades).

La relación entre la ley y el reglamento es jerárquica. El reglamento no puede vulnerar la ley y no puede tampoco regular materias que sean de exclusiva competencia de las Cortes Generales.

Potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria puede ser controlada por los tribunales ordinarios de acuerdo con lo que establece el artículo 106.1 de la CE.

3.5. La costumbre

3.5.1. Concepto y elementos. Caracteres

La costumbre es otra fuente del Derecho. Es una norma jurídica dotada de unas características propias y singulares que sufre, en cierto modo, esa sacralización de la Ley de la que antes se hablaba, lo que se traduce en la preponderancia de esta última sobre las otras fuentes del Derecho. El carácter secundario y subsidiario de la costumbre con relación a la Ley, tal y como se consagra en nuestro Derecho civil común (art. 1.1 y 3 del CC), tiene mucho que ver con las ventajas que ésta presenta frente a las incomodidades de la primera. La norma jurídica consuetudinaria, a pesar de su espontaneidad y de su emanación directa de la comunidad, experimenta, sobre todo en las sociedades actuales, unas evidentes dificultades, primero, para surgir o ser creada, y segundo, para desenvolverse como tal norma jurídica.

Los dos elementos constitutivos de la costumbre, tradicionalmente admitidos, permiten identificarla con facilidad:

1) El elemento **material, fáctico o externo**, es decir, el **uso**, que equivale a la repetición de actos uniformes a lo largo del tiempo. Se trata de la realización de una conducta que se repite de forma generalizada y uniforme en un determinado medio o ámbito social delimitado geográficamente –lo más habitual– o por otras circunstancias (por ejemplo, la condición profesional de los que actúan en un determinado ámbito).

2) El elemento **espiritual, psíquico o interno**, también llamado **jurídico**, conocido clásicamente como *opinio iuris seu necessitatis*, y que se corresponde con la convicción de que los actos o el uso cuya realización se observa consisten en una conducta debida, que puede por tanto ser exigida e impuesta. Está claro que su apreciación, dado su carácter interno o psíquico, es más difícil que la del elemento material.

Las características de la costumbre como fuente del Derecho permiten resaltar sus ventajas e inconvenientes:

1) En primer lugar, la costumbre se caracteriza por **la espontaneidad de su creación**, algo que *a priori* le permite reflejar con mayor facilidad las necesidades económicas y sociales existentes en una determinada comunidad. Esto que constituye una ventaja tiene el inconveniente de su carácter impreciso e inseguro.

2) En segundo lugar, por lo que atañe a su creación, **la costumbre es de formación paulatina**, sin que exista, frente a la Ley, deliberación alguna sobre su necesidad u oportunidad. Podemos afirmar que éstas se sobreentienden en el mismo hecho de la aparición de la costumbre.

3) Finalmente, en tercer lugar, la costumbre se caracteriza también por tratarse de **una norma jurídica no formulada por escrito**, lo cual quiere decir que no puede recogerse por escrito, hecho que sin duda le proporcionará un carácter más fijo.

3.5.2. Requisitos de la costumbre en el CC español

Los requisitos de la costumbre en el CC español son los siguientes:

1) **La costumbre sólo regirá en defecto de ley.** Sólo podrá acudir a la costumbre si no existe ley aplicable. La costumbre asume, de este modo, un carácter secundario o subsidiario con relación a la ley; en cualquier caso, un valor complementario de ésta.

2) **La prueba de la costumbre.** Aquel que pretenda su aplicación debe encargarse de probar su existencia como norma jurídica. No rige para la costumbre el principio *Iura novit curia*, literalmente 'el tribunal conoce el derecho'. Esto viene a demostrar esa posición desventajosa de la costumbre respecto a la ley cuya prueba no se exige al que pretende su aplicación.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el artículo 281.2. de la LEC establece que la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público.

3) **La costumbre no puede ser contraria ni a la moral ni al orden público.** Se trata de un requisito con evidentes dificultades para poder establecerse con carácter objetivo, sobre todo por lo que se refiere a la moral. Podría reconducirse a lo que algunos han denominado la racionalidad de la costumbre.

3.5.3. Clases de costumbre

Podemos diferenciar varios tipos de costumbre en función de distintos criterios. Como principales clasificaciones se establecen las que presentamos a continuación.

1) **Por su relación con la ley** se habla, de modo clásico, de tres tipos de costumbre:

a) **Extra legem** o **praeter legem**. Aquella costumbre que regula una materia no regulada por la Ley.

b) **Contra legem**. Aquella costumbre que regula una materia de forma distinta y de modo contrario a como la Ley lo hace.

c) **Secundum legem** o **propter legem**. La que sirve para interpretar de una determinada forma o sentido la Ley.

2) **Por su ámbito territorial de vigencia** podemos diferenciar:

a) Costumbre **general**, de aplicación en todo o la mayor parte del territorio de una nación.

b) Costumbre **regional**, de aplicación en el territorio de una región o comarca.

c) Costumbre **local**, de aplicación en una localidad.

Ámbito

El artículo 1.3 del CC se refiere a la costumbre a secas, sin especificar si se trata de general, regional o local. Sea como fuere, los elementos y características de la costumbre como fuente del Derecho y como norma jurídica apuntan a una mayor facilidad de creación y desenvolvimiento cuanto más reducido sea el ámbito, en general geográfico aunque no sólo éste, en el que se crea y se aplica. En este sentido, hay que recordar que en la regulación anterior de la costumbre, en el título preliminar del CC vigente hasta 1974, la costumbre considerada era la costumbre local (art. 6).

3.5.4. Los usos jurídicos y los usos de los negocios

El artículo 1.3 del CC, en su segundo párrafo, se refiere a los usos jurídicos en los siguiente términos:

"Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre."

Se trata de un concepto cuya identificación no es fácil.

Parece claro que hay que diferenciarlos de los meros usos sociales, que no poseen trascendencia jurídica, en el sentido de que no obligan ni generan responsabilidad por su incumplimiento (como máximo reprobación social).

Por otro lado, podemos deducir a partir de cómo se consideran en el CC que se trata de algo distinto de la costumbre. Es más, en dicha regulación se diferencian unos usos meramente interpretativos de otros que no lo son y que serían aquéllos a los que se les otorga la consideración de costumbre.

Admisión de la costumbre

La costumbre *extra legem* o *praeter legem* es admitida en nuestro Derecho civil común. La costumbre *contra legem* no se admite y sí en cambio en otros derechos civiles españoles como el Derecho navarro y el aragonés que hacen de la costumbre su primera fuente del Derecho.

Cita

El artículo 1257 del CC establece:

"Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada."

Artículo 1257 del CC

La explicación tradicional de estos usos jurídicos ha sido la de que se trata de una costumbre sin *opinio iuris*, lo cual tiene como consecuencia que a partir de los mismos no pueda exigirse una conducta –como si se tratase de una norma jurídica–, sino que lo más que pueden imponer es su conveniencia. Su manifestación más clara la hallaríamos en los llamados específicamente **usos de los negocios**.

Ejemplos de usos de los negocios

El artículo 1258 del CC establece:

"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

El artículo 1599 del CC establece:

"Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega."

A estos usos jurídicos les serían de aplicación, cuando no sean meramente interpretativos, los mismos requisitos que se exigen a la costumbre.

3.6. Los principios generales del Derecho

3.6.1. Concepto

Los principios generales del Derecho son otra fuente del Derecho, la tercera en la enumeración jerárquica del artículo 1.1 del CC. Según el artículo 1.4 del CC, "se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico". Consagrados como fuente del Derecho y norma jurídica por primera vez en el Código austríaco de 1811, han pasado con fortuna a otros códigos civiles. Su difusión, no obstante, no les ha librado de sus perceptibles dificultades e inconvenientes como norma jurídica.

La principal dificultad con relación a esta norma jurídica es su conceptualización, así como su identificación y localización en el ordenamiento jurídico. Frente a la facilidad con que pueden definirse y localizarse la ley y la costumbre, los principios generales del Derecho constituyen un campo abonado para ensayar varias teorías. Si hubiera que sintetizar las distintas (y numerosas) teorías explicativas sobre los principios generales del Derecho, podríamos proce-

der agrupándolas en una **tendencia iusnaturalista** y en una **tendencia positivista**. Según la primera, los principios generales del Derecho serían verdades jurídicas universales, ya dictadas por la razón, si se considera ésta como creadora de la ley natural, ya por la ley divina, si se considera ésta como tal. Frente a estas teorías iusnaturalistas se encontrarían los positivistas que entienden que los principios generales del Derecho se extraen del ordenamiento jurídico por medio de sucesivas abstracciones o generalizaciones de la lógica de las otras normas jurídicas que lo conforman.

Todas estas teorías adolecen de algún defecto y sobre todo no consiguen explicar cómo se conforma o quién crea un principio general del Derecho, algo que sí puede determinarse, con mayor o menor nitidez, de las otras fuentes del Derecho. Con todo, parece existir cierto acuerdo en cuanto a que esta misión corresponde al legislador o a los tribunales, e incluso a la doctrina científica. Esta dificultad añadida de los principios generales del Derecho les resta sin duda operatividad y virtualidad como fuente y explica su ubicación subsidiaria respecto a la ley y la costumbre.

3.6.2. Funciones

Las funciones que desenvuelven los principios generales del Derecho son tres:

- 1) Como auténtica norma jurídica, aplicable subsidiariamente a falta de ley y de costumbre.
- 2) Como señala el artículo 1.4 del CC, su carácter informador del ordenamiento jurídico, en el sentido literal de dar forma, dar coherencia o lógica y servir de fundamento a éste.
- 3) Su carácter complementario u orientador de la labor interpretadora de las otras normas jurídicas.

3.7. Otras fuentes del Derecho

Con respecto a este apartado debemos aclarar que se va a hacer mención de aquellas que no se consideran estricta y formalmente fuentes del Derecho. Son las que podrían, en todo caso, agruparse con la común denominación de fuentes indirectas debido a su carácter coadyuvante para la aplicación de las "verdaderas" fuentes del Derecho.

3.7.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Antes de entrar en consideraciones acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho, cuestión de la que ya hemos adelantado su respuesta negativa, y sobre todo el papel que ésta desenvuelve con relación a la Ley y las otras fuentes del Derecho, conviene aclarar qué se entiende por jurisprudencia.

La creación o formulación de los principios generales del Derecho

Ejemplos de la consagración legislativa de principios generales del Derecho no faltan. Podemos calificar de muy claro el artículo 7.1 del CC, el cual recoge el principio general de actuación conforme a la buena fe. Sobre la elaboración o creación –así puede hablarse– de los principios generales del Derecho por parte de los tribunales, podéis ver la reciente STS de 10 de marzo de 1998.

Nota

No se abordarán, como ya adelantamos, las que sí son verdaderamente otras fuentes del Derecho, como los tratados internacionales, el Derecho de la Unión Europea o los convenios colectivos. Estas fuentes serán tratadas específicamente, y con mayor profundidad, en otras disciplinas.

Con carácter general, se habría superado la concepción clásica de la jurisprudencia entendida como ciencia del Derecho (*humanarum et divinarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*) para identificarla con el conjunto de pronunciamientos o resoluciones (sentencias) de los órganos jurisdiccionales (juzgados y tribunales) en el que se interpreta y aplica el Derecho. Se trata, como decimos, de una concepción amplia, ya que permite acoger tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que ahora veremos que constituye estrictamente lo que en nuestro ordenamiento ha de considerarse jurisprudencia), como también la llamada jurisprudencia provincial (las sentencias que se producen en otros tribunales de nuestro sistema judicial como son las audiencias provinciales), o incluso de jurisprudencia registral, que serían las resoluciones de un órgano de carácter administrativo como es la Dirección General de los Registros y el Notariado.

El concepto estricto de jurisprudencia hay que restringirlo, de acuerdo con el artículo 1.6 del CC, a las sentencias de un determinado tribunal: el **Tribunal Supremo**. También de acuerdo con este precepto ha de tratarse la doctrina **reiterada** al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, es decir, no basta con una única sentencia para que pueda entenderse conformada la jurisprudencia.

Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas

Al Tribunal Supremo deben añadirse los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, que culminan, como establece el artículo 152. 1 de la CE, "la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma". La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, según establece el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, "como Sala de lo civil: Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución". Lo que acabamos de ver se confirma en la nueva regulación del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000, en cuyo artículo 478 se establece que "El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía hay previsto esta atribución".

Como el propio Tribunal Supremo ha establecido, son necesarias dos o más sentencias para entender que ésta ha sido constituida sobre una determinada materia. Como último requisito debemos señalar que no todo el contenido de la sentencia es apto para constituir la jurisprudencia. Ésta se conformará con la parte de la sentencia constitutiva de la llamada *ratio decidendi*, es decir, el fallo y sobre todo los considerandos o fundamentos de Derecho que lo fundamentan. No sirven para constituir jurisprudencia las consideraciones adicionales o a mayor abundamiento que realiza el tribunal, conocidas como *obiter dicta*, y que sólo complementarían, por su carácter incidental, la *ratio decidendi*.

En cuanto a lo que acabamos de ver, la STS de 6 de marzo de 1997 establece lo siguiente:

"En principio, hay que resaltar que existe una línea jurisprudencial constante y pacífica, por la que se proclama que es preciso que, para que una doctrina jurisprudencial pueda estimarse como infringida, es necesario que la misma esté plasmada en dos o más sentencias conformes, con lo que se hace un debido cumplimiento a lo que preceptúa el artículo 1.6 del Código Civil, que habla de la jurisprudencia como la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas jurídicas.

Es más, tiene advertido el Tribunal Supremo que la jurisprudencia alegable en casación ha de ser reiterada (SS. 22 de diciembre de 1969, 5 de mayo de 1970, 20 de junio de 1975, 25 de marzo de 1976 y 15 de febrero de 1982, entre otras); y debe recaer sobre la fundamentación constitutiva de la «*ratio decidendi*» y no de declaraciones hechas como «*obiter dicta*» o a mayor abundamiento (SS. 14 de noviembre de 1990 y 16 de julio de 1992).

Lo único que admite la doctrina jurisprudencial, siempre partiendo de la base de un mínimo de dos sentencias concordantes, es que una sola sentencia, que no haya sido contradicha, debe ser seguida por el Juzgador de Instancia (SS. 24 de abril de 1970 y 29 de abril de 1972)."

STS de 6 de marzo de 1997

Como ya adelantamos, la cuestión de si la jurisprudencia constituye una fuente del Derecho debe contestarse negativamente, al menos en una apreciación formal y directa de dichas fuentes. Eso es lo que se desprende del artículo 1 del CC, tanto en su apartado 1, en el que no se la cita entre las fuentes del Derecho –aunque ya hemos advertido que este precepto no es enteramente exacto– y lo que se confirma en el apartado 5. Esta exclusión de la jurisprudencia de las fuentes del Derecho se confirmaba también en el derogado artículo 1692.4 de la LEC que establecía como motivo de casación la infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, es decir, diferenciaba entre el ordenamiento jurídico, en el que se encuentran las normas jurídicas, y la jurisprudencia, como algo distinto de éstas.

Regulación del recurso de casación

La nueva LEC ha renovado la regulación del recurso de casación. El artículo 477 regula los motivos de casación y las resoluciones recurribles en casación. Introduce la posibilidad de que estas resoluciones puedan ser recurridas "cuando la resolución del recurso presente interés casacional", algo que sucederá (apartado 3) "cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

Por tanto, a pesar de reconocer que en efecto nuestro sistema de fuentes no incluye la jurisprudencia –a diferencia de lo que sucede en el otro sistema jurídico occidental, el *Common Law* de los países anglosajones, donde los órganos judiciales sí gozan de la capacidad o facultad creadora del Derecho–, no podemos dejar de reconocerle una notable importancia para la interpretación y aplicación del Derecho. Basta con conocer un poco la realidad de la práctica

Lectura complementaria

Esto es lo que describe últimamente en nuestra doctrina F. Blasco Gascó (2000). *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

profesional del Derecho para constatar que la norma jurídica no suele aplicarse a secas, sino que va acompañada de la interpretación y aplicación que de ésta hace la jurisprudencia.

3.7.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional no es un órgano judicial, ni forma parte por supuesto del poder legislativo y tampoco del poder ejecutivo. Como se afirma genéricamente, el Tribunal Constitucional tiene atribuido, en exclusiva además, el llamado **juicio de constitucionalidad**, consistente en determinar la adecuación a la CE de 1978 de disposiciones normativas o de actos en los que puedan conculcarse derechos fundamentales y libertades públicas.

Estas funciones, según establece el artículo 161 de la CE, se concretan como se sigue:

"1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses."

Artículo 161 de la CE

La relación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con el sistema de fuentes del Derecho es muy estrecha y puede resumirse del siguiente modo:

En primer lugar, el Tribunal Constitucional actuaría como **legislador negativo**, ya que las leyes se anularían y se expulsarían del ordenamiento jurídico al ser declaradas inconstitucionales por dicho tribunal.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional puede establecer la interpretación y aplicación que debe realizarse, conforme a la CE, de una determinada ley. Estas resoluciones son conocidas como **sentencias interpretativas de rechazo**. En este caso, la ley no se anula o declara inconstitucional por ser contraria a la CE, ya que cabe una interpretación conforme a la misma, una interpretación que le permite su subsistencia.

3.7.3. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado

La Dirección General de los Registros y el Notariado es un órgano administrativo que se encuentra integrado en el Ministerio de Justicia, y que comprende entre sus atribuciones la de resolver recursos interpuestos contra resoluciones de los registros de la propiedad y mercantiles y del Registro civil. El conjunto de estas resoluciones es el que recibe el nombre de **Jurisprudencia registral**.

Estas resoluciones no constituyen fuente del Derecho, si bien gozan de gran autoridad y prestigio y son muy tenidas en cuenta en la aplicación de las normas jurídicas.

3.7.4. La doctrina científica

La existencia de una ciencia del Derecho, de una ciencia jurídica es algo aceptado de modo generalizado (sin entrar a valorar —no nos corresponde— si el término *ciencia* es el más adecuado, desde luego sirve al menos para reconocer que en torno al Derecho se ha generado un saber ordenado). En la actualidad esta ciencia se encuentra encuadrada en el seno de las ciencias sociales y tiene por objeto el estudio del Derecho, de las normas jurídicas, comprendiendo tanto su creación como, sobre todo, su interpretación y aplicación. Producto de esta ciencia del Derecho es la elaboración de un cuerpo de doctrina, el cual, a pesar de la importancia histórica que puede haber tenido (en el Derecho romano o en la Edad Media, por ejemplo) y que conservaría en la actualidad, no se puede considerar fuente del Derecho. Los autores no crean, o como mínimo directamente, Derecho.

No obstante, a pesar de que no podemos considerarla una fuente del Derecho, no debemos menospreciar su importancia a los efectos principalmente de la interpretación de las normas jurídicas. La doctrina constituye un importante elemento que el legislador ha de tener en cuenta para la regulación de una materia, ya sea *ex novo*, ya para la introducción de alguna reforma sobre lo existente. Asimismo, el análisis y la interpretación de las normas jurídicas llevado a cabo por la doctrina es especialmente valorado para su aplicación.

Doctrina científica

En este sentido, resulta muy significativa la invocación a la doctrina realizada en la base 1.ª de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888:

"El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, **recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas en la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico** o un precedente autorizado en legislaciones propias o extranjeras, y **obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos**, o que resulten

Lectura recomendada

Una interesante reflexión sobre el papel de la doctrina y de los autores se encuentra en T. Rubio Garrido (2006). *La doctrina de los autores: de fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*. Granada: Editorial Comares.

bastante justificadas, en vista de la exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores."

Base 1.^a de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888

Resumen

Este módulo se divide en tres partes claramente diferenciadas aunque conectadas entre sí.

La primera parte está dedicada al **ordenamiento jurídico**, al elemento básico que lo configura: la **norma jurídica**. El conjunto organizado y sistemático de estas normas, aplicables en un territorio concreto y en un momento determinado, es lo que se denomina ordenamiento jurídico. La configuración del ordenamiento jurídico, por lo que se refiere a las normas jurídicas, es muy variada dados los distintos contenidos que éstas poseen, así como las diferentes maneras en que pueden exteriorizarse (por ejemplo, ley, costumbre o principios generales del Derecho).

La segunda parte del módulo se ocupa del **Derecho civil**, como subconjunto de normas reconocible en el ordenamiento jurídico. Se analiza, en primer lugar, el Derecho civil en general, especialmente su historia, su contenido y su sistemática. En segundo lugar, pasamos a estudiar el **Derecho civil español**, prestando una especial atención a su codificación y tratamiento dispensado, desde un punto de vista histórico y actual, a los otros Derechos civiles existentes en España, los llamados derechos civiles forales o territoriales.

Y ya por último, en la tercera parte del módulo se estudian las **fuentes del Derecho**, en concreto las fuentes del Derecho civil común. Del sistema de fuentes propuesto (CE, tratados internacionales, Derecho comunitario, Derecho escrito interno, costumbre y principios generales del Derecho) se analizan con mayor precisión y detalle la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. No falta una referencia a las que no pueden, al menos en un sentido formal y directo, considerarse fuentes del Derecho, aunque no se les puede negar su consideración como fuentes materiales o indirectas: la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las sentencias del Tribunal Constitucional, las resoluciones de la Dirección general de los Registros y el Notariado y la doctrina científica.

Actividades

1. Actividad de carácter práctico (I)

La cuestión de las llamadas uniones de hecho es algo que viene preocupando desde hace años al legislador español, especialmente por lo que se refiere a su regulación específica y a su posible equiparación, en cuanto a su tratamiento y efectos, con el matrimonio.

Sin que exista una ley estatal que las regule, numerosas comunidades autónomas se han ocupado de ellas desde 1998. En concreto, fue Cataluña la primera mediante la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (DOGC, núm. 2687, de 23 de julio de 1998 y BOE, núm. 198, de 19 de agosto de 1998).

Como actividad de carácter práctico, se os propone lo siguiente:

- 1) Localizar e identificar las leyes autonómicas sobre uniones de hecho o parejas no casadas dictadas en nuestro país hasta la fecha.
- 2) Realizar un somero análisis de la ley, explicando y destacando todo lo que consideréis de interés.
- 3) Considerar el encaje, adecuado o no, de esta disposición en el sistema de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, tal y como queda diseñado en la Constitución española de 1978, especialmente por lo que atañe a la legislación civil (art. 149. 1, 8.^a).

2. Actividad de carácter práctico (II)

Comentad el siguiente fragmento de la STS de 10 de marzo de 1998: "Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por la ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia «more uxorio»: así la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: «no obstante esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja». Y el principio general ha sido apuntado ya y no es otro que el de protección al convivente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de la dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de derecho privado, como el Código civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos [cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al convivente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al convivente perjudicado".

3. Es aconsejable que realicéis las siguientes lecturas:

Alonso Pérez, M. (1990), "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código Civil de 1889". *Centenario del Código Civil* (vol. I, págs. 17-50). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Portalis, J.E.M. (1997). *Discurso preliminar al Código Civil francés* (introducción y traducción de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson). Madrid: Editorial Civitas.

Ejercicios de autoevaluación

1. Enumerad las características de las normas jurídicas.

2. Estableced si los siguientes sectores del ordenamiento jurídico son normas jurídicas comunes o especiales: Derecho administrativo, Derecho penal, Derecho procesal y Derecho tributario.

3. Determinad el carácter prescriptivo o permisivo de la siguiente precepto: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código" (art. 44 del CC).

4. Concepto de ordenamiento jurídico.
5. ¿Podemos afirmar que el ordenamiento jurídico es pleno y completo?
6. ¿Qué significa que las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico español responden al llamado principio democrático?
7. ¿Cuáles son los criterios principales para diferenciar el derecho privado y el derecho público?
8. ¿Qué es el Derecho civil?
9. ¿Qué es un código?
10. ¿Por qué fracasa fundamentalmente el Proyecto de CC de 1851?
11. ¿Cómo se estructura el CC español?
12. ¿Cómo se resuelve en el CC la existencia de los derechos civiles forales o especiales?
13. ¿Cuántas veces se reformó el CC hasta 1939?
14. ¿Tienen las comunidades autónomas competencia para legislar en materia civil?
15. En el Consejo de Ministros se plantea una discusión: el Gobierno piensa que se debe proceder a regular el derecho de asociación, previsto en el artículo 22 de la CE, precepto que forma parte de la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I: "De los derechos fundamentales y las libertades públicas". Un ministro entiende que puede hacerlo el mismo Gobierno mediante un decreto ley. Otro piensa que puede hacerlo el Gobierno previa aprobación de una ley de bases por las Cortes Generales. ¿Tiene alguno de ellos razón? ¿A qué "fórmula legislativa" responde el segundo planteamiento? ¿Hay una tercera posibilidad?
16. ¿Cuándo puede aplicarse la costumbre en el Derecho civil común?
17. ¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho?

Solucionario

1. Las características de las normas jurídicas son las siguientes: en primer lugar, las normas jurídicas son **obligatorias**; en segundo lugar, las normas jurídicas se caracterizan por su **coercibilidad**, es decir, por ser susceptibles de imponerse coactivamente; en tercer lugar, se caracterizan por su **formulación**, es decir, por quedar establecidas o declaradas y no decidirse sobre la marcha; en cuarto lugar, suelen ser **generales** en cuanto a los sujetos destinatarios y estar formuladas de un modo **abstracto**.

2. Los tres primeros sectores de normas jurídicas, el Derecho administrativo, el Derecho penal y el Derecho procesal, serían normas jurídica comunes ya que a los sujetos protagonistas de las relaciones jurídicas que se regulan en cada uno de ellos no se les exige generalmente ningún requisito o condición específica (con independencia de que exista alguna excepción en el seno de estas normas, en el sentido de que sean sólo aplicables a determinados sujetos, como por ejemplo el llamado Derecho de la función pública, que forma parte del Derecho administrativo y que sería sólo aplicable a quienes ostenten la condición de funcionario público). Las normas jurídicas que conforman el Derecho tributario serían especiales. Se aplican a relaciones en las que intervienen sujetos que ostentan la condición de cotribuyente o de Administración tributaria.

3. Este precepto es de carácter permisivo, ya que el hombre y la mujer no están obligados necesariamente a contraer matrimonio, sino que pueden decidir de forma libre si lo hacen o no.

4. El ordenamiento jurídico es un conjunto o sistema organizado de normas jurídicas por las que se rige una sociedad o comunidad.

5. No podemos afirmar que el ordenamiento jurídico sea pleno y completo. Sí podemos en cambio afirmar que debe ser o tender a ser pleno y completo. Para ello se prevé en nuestro ordenamiento la aplicación jerárquica de las normas jurídicas (la costumbre en defecto de la ley y los principios generales del Derecho en defecto de ambos) y la aplicación analógica de las normas jurídicas a supuestos no provistos de éstas (art. 4 del CC).

6. La CE de 1978 consagra el llamado principio democrático conforme al que todos los poderes emanan del pueblo. Este principio, con mayor o menor claridad, se pone de manifiesto en el origen de todas las normas jurídicas que conforman nuestro ordenamiento. El mencionado principio puede localizarse claramente, de forma directa o inmediata, en la costumbre, y de manera indirecta o mediata en la ley (parlamentaria).

7. Son los dos grandes sectores en los que puede y suele dividirse el ordenamiento jurídico. Se han utilizado tradicionalmente varios criterios. En primer lugar, el criterio del objeto. Las normas de derecho público se ocuparían de la organización de los poderes públicos y sobre todo de las relaciones entre los poderes públicos y las relaciones entre éstos y los particulares. Por su parte, las normas jurídicas de derecho privado regularían las relaciones entre particulares, siendo éstos considerados individualmente o integrados en las llamadas organizaciones sociales (en general, personas jurídicas). En segundo lugar, se ha utilizado el llamado criterio de interés. En el derecho público es reconocible (y prevalece) el interés de la comunidad o interés público, mientras que en el derecho privado lo que prima es el interés del particular.

8. El Derecho civil es un conjunto de normas dentro del ordenamiento jurídico reconocible por el tipo de relaciones que son objeto de su regulación. Forma parte del derecho privado, además como derecho privado común. Sobre su contenido hay que decir que el Derecho civil contiene las normas que determinan los requisitos y los atributos propios de la condición de persona-sujeto de derecho. Asimismo, se regulan también todas aquellas relaciones jurídicas privadas a las que puede tener acceso cualquier persona, sin necesidad de reunir de forma previa ninguna circunstancia o requisito especial. En definitiva, forman parte del Derecho civil el Derecho de la persona, el Derecho de cosas, el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones.

9. Un código es un modo sistemático y organizado de presentar las normas jurídicas. Materialmente adoptaría la forma de un libro, y constituye un modelo paradigmático para los que buscan la certeza del Derecho y la seguridad jurídica de aquellos a quienes se les aplican las normas jurídicas.

10. El Proyecto de CC de 1851 fracasó fundamentalmente por el tratamiento que dispensa a los derechos civiles forales o especiales. Los territorios donde estos estaban vigentes vieron en él una imposición desconocedora de sus peculiaridades.

11. El Código civil español contiene 1.976 artículos, estructurados en un título preliminar y cuatro libros, de acuerdo con el llamado Plan romano-francés que dividía el Derecho civil en personas, cosas y acciones. En concreto, la estructura del CC sería la siguiente: título

preliminar. *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia* (arts. 1 a 16) y cuatro libros: Libro I. *De las personas* (arts. 17 a 332), Libro II. *De los bienes de la propiedad y sus modificaciones* (arts. 333 a 608), Libro III. *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (arts. 609 a 1087), y Libro IV. *De las obligaciones y contratos* (arts. 1088 a 1975).

12. La llamada cuestión foral fue abordada en los artículos 5.º, 6.º y 7.º de la Ley de Bases del Código civil. En estos artículos se estableció, en primer lugar, la conservación de los derechos forales en las provincias o territorios en que subsistieran, siendo el CC de aplicación supletoria (con la excepción de algunos de sus preceptos que serían de aplicación preferente, como los relativos a los efectos de las leyes y las formas de matrimonio). En segundo lugar, se dispuso la elaboración de apéndices del Código civil que contendrían "las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen" (art. 6.º).

13. Hasta 1939 -fecha en que se promulga la Ley de 8 de septiembre de 1939, modificando el título octavo del libro primero-, el Código Civil se reformula solo en dos ocasiones: en 1904, los artículos 688 y 732 y, en 1928, los artículos 954 a 957.

14. Las comunidades autónomas, cuya creación se debe a la CE de 1978, tienen competencia para legislar en materia civil, en los términos previstos en el artículo 149. En este precepto se establecen las materias sobre las que tiene competencia exclusiva el Estado, incluyendo entre ellas la "legislación civil", ello "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Señala, a continuación, el precepto de aquellas materias civiles que son siempre, incluso para las comunidades autónomas con Derecho civil propio, de exclusiva competencia para el Estado: "En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

15. Ninguno de los ministros tiene razón. La segunda fórmula propuesta es el decreto legislativo. La única posibilidad que cabe, al tratarse de un derecho fundamental, es regularlo mediante una ley orgánica.

16. Conforme al artículo 1.3 del CC, la costumbre sólo es aplicable en defecto de ley. En este caso, además tendrá que cumplir dos requisitos: que resulte probada y que no sea contraria ni a la moral ni al orden público.

17. La jurisprudencia, que estrictamente es la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas jurídicas (art. 1.6 del CC), no es fuente del Derecho, o como mínimo no directa y formalmente. Esto no significa que no tenga suma importancia para la aplicación de las normas jurídicas, hasta el punto de que la infracción de la misma se considera motivo suficiente para la interposición del recurso de casación.

Glosario

codificación *f* Movimiento surgido en Europa a finales del siglo XVIII y desarrollado fundamentalmente a lo largo del siglo XIX, cuyo principal propósito era la elaboración de códigos, cuerpos legales en los que se presentase el Derecho de manera sistemática y ordenada.

código *m* Libro, producto material del ideal codificador, cuyo objetivo consiste en recoger el Derecho –de cada sector material de normas: Derecho civil o Derecho penal, por ejemplo – de forma sistemática y completa, aspirando a lograr la mayor certeza y seguridad jurídicas.

costumbre *f* Norma jurídica no formulada por escrito, elaborada directamente por la comunidad, que tiene como fundamento la observación por parte de esta comunidad de una conducta o comportamiento reiterado, cuya observancia acaba entendiéndose que es obligatoria y exigible para los miembros de dicha comunidad.

Derecho civil *m* Conjunto o sector material de normas jurídicas, dentro del derecho privado, encargadas de regular a las personas y las relaciones jurídicas básicas desenvueltas por éstas (obligaciones y contratos, derechos reales, relaciones familiares o sucesiones *mortis causa*).

derecho privado *m* Sector de normas dentro del ordenamiento jurídico caracterizadas por tener como objeto la regulación de las relaciones establecidas entre particulares, ya sean éstos considerados individualmente, ya integrados en las llamadas organizaciones sociales (normalmente personas jurídicas). Asimismo, se afirma que se trata de normas que regulan relaciones jurídicas en las que prima un interés particular.

derecho público *m* Sector de normas dentro del ordenamiento jurídico caracterizadas porque su objetivo es la organización de los poderes públicos y también la regulación de las relaciones entre los poderes públicos y las relaciones entre éstos y los particulares. Se afirma igualmente que se trata de normas que regulan relaciones jurídicas en las que prima un interés público.

fuerza del Derecho *f* Metáfora jurídica cuya virtualidad consiste en identificar tanto las fuerzas y los modos de creación de las normas jurídicas como, sobre todo, las formas de exteriorizar los distintos tipos de norma jurídica.

jurisprudencia *f* Doctrina reiterada establecida por el Tribunal Supremo (y en su caso por los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas) al interpretar y aplicar las normas jurídicas.

ley *f* Norma jurídica formulada por escrito y elaborada por el poder legislativo.

norma jurídica *f* Regla de composición social caracterizada por contener un mandato obligatorio, por su formulación, por su carácter general y abstracto y, en especial, por su coercibilidad, esto es, por el hecho de que su cumplimiento puede ser exigido coactivamente.

ordenamiento jurídico *m* Conjunto organizado y sistemático de normas jurídicas vigentes en un espacio (normalmente un territorio) y en un momento determinados.

principio general del Derecho *m* Norma jurídica cuyo origen se sitúa fuera del ordenamiento jurídico, en las llamadas verdades jurídicas universales (explicación iusnaturalista), o bien en el mismo ordenamiento jurídico, deducida de la lógica y la razonabilidad de otras normas jurídicas (explicación positivista).

reglamento *m* Norma jurídica formulada por escrito y elaborada por el poder ejecutivo.

Bibliografía

Bibliografía básica

Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* (3.ª edición corregida y puesta al día). Barcelona: Editorial Ariel.

Díez-Picazo, L.; Gullón, A. (2016). *Sistema de Derecho civil*. (13ª edición). Madrid: Tecnos.

Lasarte Álvarez, C. (2018). *Principios de Derecho civil. Tomo I: Parte General y Derecho de la persona* (24ª edición). Madrid: Marcial Pons.

López, A.; Montés, V.L. (coords.) (1998). *Derecho civil. Parte General* (3.ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Bibliografía complementaria

Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Blasco Gasco, F. (2000). *La norma Jurisprudencia (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1993). "La conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales". *Derecho privado y Constitución*. Madrid.

Carrasco Perera, A. (1988). *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*. Madrid: Editorial Tecnos.

Gil Rodríguez, J. (1989). "Acotaciones para un concepto de Derecho civil". *ADC* (págs. 317-376). Madrid.

Lalaguna Domínguez, E. (1998). *La diversidad de legislaciones civiles en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. (1991). *El Derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid: Editorial Tecnos.

De Otto, I. (1988). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.