

La función normativa del título preliminar del Código civil

PEDRO DE PABLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES. 1.—El título preliminar del Código civil. 2.—La categoría de las *normas sobre normas*. 3.—La idea del valor *materialmente constitucional* del título preliminar del Código civil: algunas precisiones previas sobre el concepto de *Constitución material*. II. EL PROCESO FRANCÉS: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1791 AL TÍTULO PRELIMINAR DEL *CODE CIVIL*. 4.—Planteamiento. 5.—Código como Constitución. 6.—Código como ley. 7.—Código como ley sobre leyes: A) El proyecto de *livre préliminaire* del año VIII. B) Una sorpresa (relativa): las fuentes del proyecto. 8.—Código como ley de leyes. III. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 9.—La Constitución de Cádiz y el futuro Código civil: los proyectos de 1821 y 1836. 10.—«Desconstitucionalización» de la Constitución: las Constituciones de 1837 y 1845 y el proyecto de Código civil de 1851. 11.—Las Constituciones de 1869 y 1876. 12.—El Código civil de 1889. 13.—La reforma del título preliminar del Código, de 1974. 14.—Algunas conclusiones. IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL. 15.—Planteamiento. 16.—Aplicación por el Tribunal Constitucional de los tres primeros capítulos del título preliminar del Código Civil. 17.—Recapitulación: la función normativa del título preliminar del Código tras la Constitución de 1978. 18.—Epílogo: una (obvia) reivindicación de la ley. El ejemplo de la regulación de las fuentes del Derecho.

I. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES.

1. El título preliminar del Código civil.

Como es bien conocido, la práctica totalidad de los Códigos civiles abren su texto normativo con un conjunto de disposiciones generales

de carácter previo o preliminar a su contenido propio de Derecho privado, ocupándose en ellas de regular, con mayor o menor detalle, la aplicación y eficacia de la ley o de las normas jurídicas en general.

El fenómeno se da, en primer lugar, en el *Code civil*. Su primera manifestación es el proyecto de libro preliminar del año VIII, redactado por PORTALIS y que lleva el título «Del Derecho y de las leyes». Aunque más reducido en su concreto contenido normativo, el planteamiento general de aquel proyecto se incorporó finalmente al ordenamiento francés mediante la Ley de 14 de ventoso del año XI, «De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general», que constituyó la primera entrega del *Code civil* (1).

Después, los restantes Códigos civiles siguen el ejemplo del *Code*: así, todos los del siglo XIX, el español entre ellos, con su *título preliminar*; pero también los otros Códigos más recientes, elaborados en otro contexto, de los que constituyen suficientes y significativos ejemplos el BGB., con su *Ley de introducción*, y el Código italiano de 1942, con sus *Disposiciones sobre la ley en general* (las llamadas *Preleggi*).

La naturaleza de esta clase de disposiciones, su valor y función normativas, ha sido muy discutida en la doctrina. Puede decirse que en lo único en que hay un relativo acuerdo es en que las mismas exceden del ámbito propio del Derecho privado, que no son tan sólo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código civil, ni siquiera sólo a las normas jurídicas de Derecho privado, sino que, por el contrario, son o pretenden ser de aplicación a todos los órdenes del Derecho. Mas, a partir de ahí, todo son interrogantes: ¿Por qué están, precisamente, en el Código civil? ¿En qué medida afectan a las demás leyes? ¿Limitan o condicionan de algún modo la labor del legislador?

A encontrar respuesta a esos interrogantes tratan de dirigirse las páginas que siguen. Pero, para hacerlo, es preciso aclarar antes algunos conceptos preliminares.

2. La categoría de las normas sobre normas.

«El título preliminar —ha escrito HERRERO DE MIÑÓN— es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento —fuentes, aplicación, eficacia general—. Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento (...). El título preliminar, pues, no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible» (2).

(1) Sobre todo ello, *infra*, apartado II, *sub* núms. 7 y 8.

(2) HERRERO DE MIÑÓN, «Marginales al nuevo título preliminar del Código civil», *REDA*, 3, p. 361.

Ciertamente, no parece pueda haber duda de que las disposiciones del título preliminar del Código civil son «normas de normas» o, mejor, «normas sobre normas», categoría sobre cuya existencia hace tiempo que ha llamado la atención la doctrina (3). Se trata, en efecto, de preceptos en los que el supuesto de hecho del que se predica una consecuencia jurídica viene constituido por otra disposición normativa (4).

Por lo demás, la categoría de las «normas sobre normas» aparece especialmente referida, en la doctrina que se ha ocupado de ella, a lo que constituye el contenido del título preliminar del Código civil. Así, ZITELMANN (5) señala que aquéllas regulan: *i*) la producción de normas (fuentes del Derecho); *ii*) la interpretación y aplicación de las normas; *iii*) las relaciones (espaciales y temporales) entre leyes distintas o entre ordenamientos diferentes. Como apostilla, con acierto, Luis M.^a Díez Pícazo, «esta clasificación, como se ve, entra dentro de la tradición de los títulos preliminares de la codificación civil» (6).

Pese a todo, es evidente que no todas las «normas sobre normas» que es posible identificar en nuestro ordenamiento jurídico pertenecen o se integran en el título preliminar del Código civil. Por el contrario, en muchos otros textos legales hay preceptos en los que el supuesto de hecho, del que se predica una cierta consecuencia jurídica, viene constituido por otra u otras proposiciones normativas. Es el caso, ante todo,

(3) Así, por ejemplo, ZITELMANN, «Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi», trad. it. (el original es de 1919) en *Digesto Italiano*, 1961; o TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 319. De «normas sobre la producción jurídica», como equivalente de normas sobre normas, habla PIZZORUSSO, *Fonti del Diritto*, Bolonia-Roma 1977, pp. 7 ss. En sede de teoría general del Derecho, y en sentido parcialmente coincidente, se ha distinguido entre «normas primarias» y «normas secundarias»: *cfr.* HART, *El concepto de Derecho*, trad. esp., Buenos Aires 1968, pp. 99 ss. y, sobre todo, BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. esp., Valencia 1980, pp. 317 ss. En España, recientemente, Luis M.^a Díez-Pícazo, *La derogación de las leyes*, Madrid 1990, especialmente pp. 117 ss.; *cfr.*, también, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y parte general*, Pamplona 1990, pp. 207, 211 y 277. SANTAMARÍA PASTOR, por su parte, llama a esta categoría «normas estructurales», que «son aquellas que definen el marco de creación y aplicación de las restantes normas, bien definiendo el sentido de los términos que en ellas se emplean (p. ej., art. 430 Cc., que define la posesión y sus clases), bien estableciendo las reglas de integración y organización del sistema normativo (p. ej., arts. 1.º y 2.º Cc.; art. 149.3 CE.), o bien sentando los principios generales, los valores, reglas y directrices con sujeción a las cuales debe efectuarse la interpretación y aplicación de las normas imperativas y habilitantes. En definitiva, normas estructurales son todas aquellas proposiciones que han de ser necesariamente tomadas en cuenta en el proceso de creación o de aplicación de otras normas, bien como condicionantes de la forma y contenido de éstas, bien como complemento o parámetro para su aplicación» (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1988, p. 448).

(4) *Cfr.* DE PABLO CONTRERAS, *Curso...*, *cit.*, p. 211.

(5) «Sfera di validità...», *cit.*, p. 154.

(6) Luis M.^a Díez-Pícazo, *La derogación...*, *cit.*, p. 120, n. 27.

de la propia Constitución, una de cuyas funciones —la única, incluso, en la visión normativista de KELSEN (7)— es regular la producción o creación de otras normas jurídicas (8); pero es el caso también de otras leyes, distintas del Código civil, que igualmente participan de esa función (9). Además, es frecuente la existencia en muchas leyes de otras «normas sobre normas», relativas a la aplicación o eficacia de éstas (10), o a las relaciones (espaciales o temporales) entre leyes u ordenamientos distintos (11).

(7) Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.^a ed., México DF, 1981, p. 232.

(8) Sobre ello, por todos, DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1987, pp. 69 ss., en especial 82 ss.

(9) Cfr., para una explicación general, DE OTTO, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 83 ss. Luis M.^a DÍEZ PICAZO, *La derogación...*, cit., p. 58, pone el ejemplo concreto de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Ahora, un caso aún más evidente lo constituyen los artículos 5 (en particular su apartado 1: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos») y 6 («Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa») de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985.

(10) Así, por ejemplo, las que en otro lugar he llamado *normas de integración* (cfr. DE PABLO CONTRERAS, *Curso...*, cit., pp. 211 s.): normas que no proporcionan al operador jurídico unos criterios más o menos flexibles que hayan de servirle de pauta para la exégesis de otras disposiciones —como sucede con las verdaderas reglas de interpretación—, sino que completan de forma vinculante, o bien el supuesto de hecho, o bien la consecuencia jurídica, establecidos en un precepto distinto. La norma, entonces, no es ajena a la estructura de la disposición a que se refiere sirviendo sólo de ayuda para su interpretación; sino que, constituyendo en sí misma una norma autónoma —una «norma sobre normas»—, se integra, no obstante, en el precepto al que sirve, especificando y concretando su supuesto de hecho o su consecuencia jurídica. Es el caso, por ejemplo, de cuantas normas definen, con la fórmula «a los efectos de esta ley» o similares, conceptos que luego la propia ley utiliza a lo largo de su articulado, definiendo supuestos de hecho de otras normas que forman parte de ella (así, el concepto de «consumidor» de los apartados 2 y 3 del art. 1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios; en la misma ley es, en cambio, *norma de interpretación* su art. 2.2, sobre protección prioritaria a los consumidores en determinados casos). Como ejemplos de *normas de integración* de la consecuencia jurídica de otras normas, y no de su supuesto de hecho, pueden citarse los artículos 1.250 y 1.251 Cc., sobre presunciones.

(11) Así, las frecuentes normas particulares de Derecho internacional privado y las, más que frecuentes, casi inevitables, de Derecho intertemporal.

3. La idea del valor *materialmente constitucional* del título preliminar del Código civil: algunas precisiones previas sobre el concepto de *Constitución material*.

Partiendo de la constatación de que los preceptos del título preliminar del Código civil son, como ya se ha indicado, «normas sobre normas» que regulan, con pretensión de generalidad, un problema primario del ordenamiento, cual es el de la creación de Derecho y el de la aplicación de éste a los casos concretos precisados de una solución jurídica, se ha hecho común la afirmación de que aquél ocupa una posición principal, nuclear o básica en el conjunto del sistema jurídico.

En esa línea, pero precisando más, un significativo e influyente sector de la doctrina de Derecho público —así, por ejemplo, en Italia, MORTATI (12), PIZZORUSSO (13) o SANTORO PASSARELLI (14); en España, HERRERO DE MIÑÓN (15), LUCAS VERDÚ (16) o TRUJILLO (17)— ha reivindicado para las normas contenidas en el título preliminar del Código civil un valor «materialmente constitucional».

En la doctrina iuspublicista, la idea de *Constitución material*, o de *normas materialmente constitucionales*, que se opone a la de *Constitución formal* (en distinción de parecido significado a la de «ley en sentido formal» y «ley en sentido material») (18), es una consecuencia de la dificultad existente para ofrecer un concepto que pueda calificarse de «jurídico» unitario de Constitución (19). Como explica DE OTTO,

(12) Cfr. MORTATI, «Costituzione (dottrine generali)», en *ED*, XI, Milano 1962, pp. 176 s.; también en *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, Padova 1976, pp. 740 s.

(13) PIZZORUSSO, *Fonti del Diritto*, Bologna-Roma 1977, pp. 1 ss.

(14) SANTORO-PASSARELLI, «Preleggi», en *NDI*, XIII, Torino 1966, pp. 627 ss.

(15) HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198 (1974), pp. 89 ss.; también en su trabajo «Marginales...», *cit.*, pp. 360 ss.

(16) LUCAS VERDÚ, «Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en el vol. col. *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981.

(17) TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, 7 (1979), pp. 146 ss.

(18) Sobre la cual, por todos, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, *cit.*, pp. 518 ss.; o DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 168 ss.

(19) Por razones históricas, por un lado: no todos los textos autodenominados «constitución» han tenido, en todo momento, el mismo valor, ni cumplido la misma función. Y, de otra parte, a causa de la mutua imbricación entre lo estrictamente político y lo jurídico que es inherente a aquel concepto: hay «Estados constitucionales sin constitución» y Estados «aconstitucionales» (autocráticos) con un texto con ese nombre. Sobre ello, por todos, DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit.*, pp. 11 ss.

«la expresión “Constitución en sentido formal” alude a la Constitución escrita, a textos que se diferencian de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos a especiales requisitos. La expresión “Constitución en sentido material” alude, en cambio, al conjunto de las normas cuyo *objeto* es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras: las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, no en el sentido indicado antes, sino en el de que la tienen por objeto. A partir de esta diferencia es posible decir que algunas normas son *sólo formalmente* constitucionales, porque están en la Constitución escrita pero su objeto no son los órganos superiores del Estado, la materia constitucional; y que otras son *sólo materialmente* constitucionales, porque tienen ese objeto pero no están incluidas en la Constitución escrita» (20).

No es este el momento de analizar la corrección de la tesis del valor *materialmente constitucional* de las normas del título preliminar del Código civil. Según creo, para estar en condiciones de hacerlo es imprescindible estudiar previamente las razones por las que tales normas se incorporaron en su momento a los Códigos civiles, y las razones de su pervivencia en ellos; y estudiar también, en cada caso y circunstancia temporal, el contexto constitucional en el que se ubican aquéllas. Aquí únicamente importa, para poder emitir después un juicio adecuado, dejar en claro qué se entiende, en la doctrina de Derecho público donde se asienta, por «normas materialmente constitucionales».

En ese orden de cosas, me parece que las cuestiones básicas a aclarar son las siguientes:

a) En primer lugar, que, como ya he señalado, las normas se califican de *materialmente constitucionales* —supuesto, claro es, que sean normas—, exclusivamente por su objeto: porque se supone que hay *materias* que son *propias* de la Constitución, aunque no se contengan en un texto normativo que *formalmente* reciba ese nombre (así, por ejemplo, en una simple ley). Naturalmente, esto supuesto, afirmar qué materia sea *propia* de la Constitución, y cuál no, es, en sí mismo, un ejercicio de simple voluntarismo que depende de la concepción —abstracta— que de aquélla se sustente. Así, desde luego, si se acepta la tesis normativista de KELSEN, habrá que concluir que son *materialmente* constitucionales todas las normas que regulan el nacimiento o creación de otras —qué sea Derecho, en definitiva—, cualquiera que sea el cuerpo legal en que las mismas se contengan.

(20) DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes, cit.*, p. 17.

b) Habida cuenta lo anterior, parece que, en principio, para calificar a una norma de *materialmente constitucional* es de todo punto indiferente que la misma sea o no *rígida*, esto es, que pueda ser o no modificada, total o parcialmente, por otra norma distinta y posterior. Aquél concepto, por hipótesis, presupone que hay una cierta *materia constitucional*, y lo de menos sería que la norma que regule la misma vincule o no para el futuro al legislador: el cambio de aquélla por éste sólo significaría que ha habido una modificación en la *Constitución material*, no que la norma antigua —lo mismo que la nueva— no formara parte de ella.

Mas, para que estas afirmaciones sean exactas —que pueden serlo, desde luego—, es necesario que se formulen en un cierto y específico contexto constitucional: *es preciso, en concreto, que la Constitución en sentido formal no sea norma suprema*. En efecto:

i) Si la «Constitución formal» es *norma suprema*, esto es, si las restantes normas quedan sujetas a ella como fundamento y límite de su validez, con una sanción jurídica en caso de contravenir sus prescripciones (esto es, con la previsión expresa de un órgano capacitado para eliminarlas del ordenamiento, por inconstitucionales), es claro que las normas cuya contravención por el propio legislador no acarree tal sanción, cualquiera que sea la materia que regulen, no pueden ser calificadas de *constitucionales*: no ya sólo en sentido formal, sino tampoco en sentido material. Como escribe DE OTTO, para que quepa decir que una norma lo es realmente «es preciso que el ordenamiento le confiera fuerza de obligar, y esto puede hacerlo incluyéndola en la Constitución escrita cuya obligatoriedad se declara, caso en el cual será constitucional, pero por razones “formales”, no “materiales”. O la fuerza de obligar le puede venir de que la Constitución se la atribuya, caso en el cual obviamente no formará parte de la Constitución misma. Una norma *sólo* materialmente constitucional no es en absoluto constitucional, y si es norma es porque la Constitución le atribuye tal carácter» (21).

ii) En cambio, si —como ha ocurrido frecuentemente en la historia del constitucionalismo— la Constitución no es norma, o no es norma suprema, nada se opone a la afirmación de la existencia en el ordenamiento de preceptos calificables, por su objeto, de *materialmente constitucionales*; y, ello, aunque éstos no vinculen al legislador

(21) DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 18. Parecidamente, Luis María Díez PICAZO, *La derogación de las leyes*, cit., pp. 58 s., quien hace notar (p. 59, nota 58) cómo el propio MORTATI, «que no es en absoluto hostil —como es notorio— al concepto de Constitución material», afirma que la constitucionalización de las normas sobre normas permanece encomendada a la plena discrecionalidad del legislador constitucional, para la obtención de las finalidades políticas de sustraer su regulación a mayorías ocasionales y de someter el control de su observancia a las especiales garantías del juez constitucional (cfr. MORTATI, «Costituzione...», cit., p. 177). Cfr., también (más críticamente), SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid 1988, pp. 468 s.

ordinario y pueda éste suprimirlos o modificarlos libremente en el futuro, o hacer caso omiso de sus prescripciones en normas particulares del mismo rango.

Tales conclusiones resultan obvias, en efecto, si la Constitución formal no es norma, esto es, si no es fundamento y límite de las verdaderas normas, no acarreado su infracción por el propio legislador ninguna clase de sanción jurídica y dependiendo la eficacia práctica de sus principios o aseveraciones de su ulterior incorporación al texto de las leyes. Pero también son claras, a mi juicio, aunque la Constitución formal sea norma, si no lo es *suprema*, esto es, si se trata de una Constitución *flexible* (22), en la que puedan quedar integrados nuevos preceptos —*constitucionales* por razón de su objeto, modifiquen o no éstos las concretas reglas de la Constitución formal— siempre que se incorporen al ordenamiento mediante un instrumento de igual rango jerárquico al que posea aquélla (23).

Creo que, desde estas premisas, es ya posible afrontar el problema del valor o función normativa que ha cumplido, y el que cumpla hoy, el título preliminar del Código civil.

II. EL PROCESO FRANCÉS: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1791 AL TÍTULO PRELIMINAR DEL *CODE CIVIL*.

4. Planteamiento.

Resumiendo con acierto un panorama de matices naturalmente más complejos, dice GALVAO DE SOUSA (24) que hay dos modalidades de Constitución política: una, se formó gradualmente, sin un plan preconcebido, bajo el impulso de las fuerzas sociales o de las aspiraciones populares; otra, creada de repente, producto de una ideolo-

(22) El adjetivo se debe a BRYCE, «Flexible and Rigid Constitutions», en *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, I, pp. 145 ss. (hay trad. esp., Madrid 1963). Cfr., además, LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, Roma 1964; PERGOLES, «Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pp. 44 ss.; o CHIARELLI, «Elasticità della Costituzione», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pp. 322 ss.

(23) Y, eventualmente, sin que dicho instrumento normativo afirme de manera expresa que reforma la Constitución formal: ello, si se acepta que «una Constitución flexible —esto es, modificable por el mismo procedimiento que se exige para la aprobación de una ley a ella sujeta— es también norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de manera expresa, porque en tal caso subsiste la identidad de la norma constitucional» (DE OTTO, *op. cit.*, p. 62).

(24) GALVAO DE SOUSA, «Remarques sur l'idée de Constitution et la signification sociologique du Droit Constitutionnel», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 16, 1967, p. 57. Cfr., también, SARTORI, «Constitutionalism: A Preliminary Discussion», *American Political Science Review*, dic. 1962, p. 859.

gía, emana de la mente del legislador, como Minerva salió de la cabeza de Júpiter. Las Constituciones anteriores al 89 pertenecen al primer tipo, como, por ejemplo, las de la República de Venecia y la de Inglaterra. Las otras tienen su origen en la Francia de la Revolución.

La observación es, sin duda, atinada. Pero lo que enseguida llama la atención del civilista es cómo lo que se predica de las Constituciones guarda un notorio paralelismo con las afirmaciones que convienen, desde el prisma del Derecho civil, a los sistemas jurídicos con y sin Código.

En efecto: si hay Constituciones que nacen *ex novo* de la ideología que inspiró la revolución francesa, también los Códigos son creación de la misma ideología (25). Así, si «la Constitución en su acepción actual (...) no es sino otro aspecto más de la serie de conquistas de la clase urbana burguesa, producto de la industrialización, que trata de imponer su concepción racionalista clásica también en el campo de la política y del Estado» (26), la codificación es la esencial manifestación de la misma pretensión (27) en el campo del Derecho (28). Desde este

(25) Por supuesto, la palabra «código» —como, igualmente, el término «constitución»— tienen una larga tradición histórica (*cfr.*, por todos, MORTARI, voz «Codice (storia)», *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, pp. 228 y ss., o TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 2.ª ed., Madrid 1980, p. 500); pero, como dice B. CLAVERO [«Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni Fiorentini*, VIII (1989), pp. 84 s.], «la codificación que ha querido encontrarse en otros tiempos constituía un imposible histórico por las mismas características de unas sociedades: estructura sectorializada de su orden y carácter jurisprudencial de su ordenamiento, frente a lo que vino a definirse el Código (...). Definitivamente la Codificación sería obra del *grand jurisconsulte que s'appelle la Révolution*». Y es que, «antes en concreto de la Revolución francesa no había alcanzado existencia por parte alguna de Europa la misma forma de Derecho que puede conferirle al Código su autoridad normativa: Ley constituyente (...). Para ser norma extensa, que cubre un ordenamiento de materia, y articulada, que lo hace con coherencia, la Codificación también precisaba de un requisito sustantivo no menos moderno ni menos en sí revolucionario: Sujeto unitario. A dichos efectos, se necesitaban Revoluciones, esto es, en su dimensión normativa, Constituciones, o se precisaban en particular Declaraciones de Derechos constitucionales; con las unas llegaría tal tipo de ley y con las otras dicha especie de sujeto. Solamente entonces la Codificación se define como objetivo; sólo ahora puede hacerlo. Ya las Constituciones más característicamente revolucionarias suelen históricamente traer, como capítulo de fundamento, su Declaración de Derechos: ley constituyente y sujeto unitario a un tiempo. El mismo planteamiento del Código sólo entonces en rigor resultará plausible» (B. CLAVERO, *op. cit.*, pp. 81 s.).

(26) DE ESTEBAN, *Constituciones españolas y extranjeras*, I (estudio preliminar), Madrid 1979, p. 20.

(27) La idea inspira el mismo título de una de las obras de ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973.

(28) Esta interdependencia entre constitucionalismo y codificación —entendidos ambos términos en el preciso contexto geográfico, temporal e ideológico señalado— ha sido destacada por la generalidad de la doctrina. *Cfr.*, por todos, TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989, y TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bolonia 1976, y *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, 3.ª ed., Génova 1973.

punto de vista y en este contexto ideológico, Constitución y Código no son conceptos antitéticos, ni siquiera distintos, sino que, más bien, ambos se presentan como complementarios, referido cada cada uno, con idéntica pretensión de fondo (29), a un distinto sector de la realidad: la política y el Estado, aquélla; y el Derecho, ésta (30). Puede decirse, entonces, que los Códigos aparecen destinados a plasmar, en lo jurídico, el mismo ideal que representan, en lo político, las Constituciones: la garantía a los ciudadanos de zonas exentas al poder y reservadas, en cambio, a la libertad (31).

Esta complementariedad de Constitución y Código no significa, sin embargo, al menos inicialmente, la expulsión del segundo del ámbito propio de la Constitución. Así, conceptualmente, como ha escrito B. CLAVERO, «la noción de Código ya empezó por nacer en tiempos revolucionarios y más políticamente como Constitución» (32); lo que en la práctica se traduce, en la primera Constitución francesa de 1791, en la concepción del Código de leyes civiles que había de hacerse como una suerte de prolongación de la Constitución misma (tarea todavía, en este sentido, del mismo poder constituyente), lo que se pone de relieve por la inclusión del correspondiente precepto constitucional, junto a los que ratifican y refuerzan la declaración de derechos, entre

(29) Con razón preocupará, entonces, a la Comisión encargada de presentar a las Cortes españolas un proyecto de Código civil, nombrada el 22 de agosto de 1820, llevar a cabo su labor del «modo más análogo a la Constitución». Puede consultarse el Discurso preliminar, esquema del proyecto y los 476 arts. redactados (únicos frutos de los trabajos de dicha Comisión), en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid 1970, pp. 7 y ss.

(30) «Es así el Código —escribe B. CLAVERO («Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 105)— un tipo de norma que, del mismo modo y en el mismo grado que la Constitución, trae causa de los Derechos. No constituye un desarrollo ulterior del ordenamiento, sino la ordenación inmediata de la libertad en el ámbito civil del mismísimo modo y en el mismísimo grado que la Constitución lo es o debe también teóricamente serlo en el político. No hay una secuencia de Derechos, Constitución y luego leyes, eventualmente Código. Hay una relación directa del Código con los Derechos, igual que de la Constitución. Un par de Códigos esencialmente se perfilan: uno político, más procedimental, y otro civil, más sustantivo. Y esta Codificación sería el derecho por la razón de realizar los Derechos».

(31) En España, el Discurso preliminar del proyecto de Código civil de 1821 desarrolla con claridad esta idea al afirmar que «tócale (al Código civil) desenvolver las bases de la Constitución, detallando los modos de hacerlas efectivas; a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado: determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades; y los que se dirigen a evitar, así los abusos de parte de la autoridad que pudieran enfrenarla arbitrariamente, como los extravíos de los individuos que propendiesen a socavar el bienestar común que se propuso la ley fundamental» (*cf.* LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 9).

(32) B. CLAVERO, «Origen constitucional de la Codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», en el vol. col. *Derecho privado y revolución burguesa* (coord. C. PETIT), Madrid 1990, p. 54.

las *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*. Y es que esta Constitución supone la instauración de un nuevo orden que necesariamente excede de lo estrictamente político, afectando sin duda al Derecho privado (33).

Mas este planteamiento originario se va difuminando poco a poco en las posteriores Constituciones. Estas pierden su inicial virtualidad para irse refugiando en el estricto ámbito de la organización política. Con ello el Código civil no sólo no pierde su primordial función como *constitution civile de la cité* (34) —en la que aparece circunscrito al campo del Derecho privado—, sino que, superando los confines de éste y con relevancia general, una parte de él va a ocuparse de reglamentar la eficacia misma de la ley en abstracto. El contrasentido de que el título preliminar del Código civil, ley ordinaria y por tanto producto del poder constituido, establezca el valor de las demás leyes, obra también del mismo poder constituido, será explicado afirmando el carácter *materialmente constitucional* de sus reglas, lo que pone de manifiesto, no tanto la definitiva mutación del concepto originario de Constitución, cuanto la extensión de los contornos de éste fuera de los linderos del texto en que se contiene la estructura política superior del Estado (al que algunos se referirán, por ello, como *Constitución formal*).

(33) Como explica B. CLAVERO, («Origen...», *cit.*, p. 57 s.), tras el inicial constitucionalismo norteamericano, «la primera Declaración francesa de derechos *de l'homme et du citoyen* ya contiene en 1789 referencias más claras a la necesidad y a la insinuación fuera del campo político, tratándose no sólo de libertad pública sino también de propiedad privada, *droit inviolable et sacré* (...). Y la primera Constitución será en 1791 todavía más directa. Junto al encabezamiento de dicha misma Declaración, comienza afirmando la sustentación de todo el sistema en la alteración radical de un conjunto de instituciones que interesan a todas las ramas del Derecho, con exigencia de desaparición precisa tanto de nobleza, distinciones de órdenes, discriminaciones sucesorias o régimen feudal de la tierra, como de justicia señorial, corporaciones y gremios de profesiones, artes y oficios, votos eclesiásticos, etc., por atentatorio todo ello contra la *liberté et égalité des droits*. No puede constitucionalmente haber excepción civil en fin al *droit commun de tous les Français* que no sólo es el político, sino así el de todo el sistema». Por eso —concluye CLAVERO—, «cuando acto seguido, en la misma norma constitucional, un título primero consagrado a las que se dicen *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*, tras recalcar y ampliar la declaración de derechos, finaliza con este mandato: "Il sera fait un Code des lois civiles communes a tout le Royaume", no se está en consecuencia expulsando una materia del ámbito constitucional, sino más bien al contrario emplazándose dentro de él, difiriéndose su misma comprensión ya por las propias urgencias de este código primeramente político».

(34) Tomo la expresión de Frédéric PORTALIS [«Essai sur l'utilité de la codification, et comparaison des divers projets de Code civil, successivement présentés a nos Assemblées législatives jusques et y compris le projet du Code Napoléon», en Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (publicés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. XXXII], quien contrapone la «constitution civile de la cité», que se ocupa «des intérêts fondamentaux de la société», a «la vanité des questions purement relatives a la forme politique du gouvernement», en clara referencia, con esta última frase, a la Constitución (o, si se quiere, a aquello en que había llegado a convertirse la Constitución).

La asunción por el Código civil, en su título preliminar, de este papel (*materialmente*) constitucional, en detrimento de la Constitución misma, se produce, en Francia, desde su misma entrada en vigor en 1804, como fruto de un rápido proceso que merece ser explicado con algún detalle.

5. Código como Constitución.

No sería exacto pensar que forme parte de la idea que de la Constitución tienen los revolucionarios franceses su naturaleza propiamente normativa, con virtualidad reformadora o derogatoria de la legislación anteriormente existente. Por el contrario, a estos efectos, la Constitución se limita a formular el principio del imperio exclusivo de la ley —«il n'y a point en France d'autorité supérieure a celle de la loi» (35)—, y es a ésta a la que corresponde llevar a la práctica la transposición del orden nuevo en el ámbito del Derecho (36). En este sentido, la idea de Código es instrumental respecto a la de ley, surgiendo sólo por razón de utilidad, como medio para que la ley alcance con eficacia los objetivos que le son propios (37).

En efecto, los revolucionarios franceses fueron conscientes desde el primer momento de la necesidad de reformar las leyes civiles (38),

(35) Constitución de 3 de septiembre de 1791, art. 4.º, cap. II, sec. I.

(36) Sobre el desarrollo por las leyes de los preceptos constitucionales afectantes al Derecho privado, desde 1791, *cf.*: SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, París 1898 (reimp. 1971) y GARAUD, *Histoire Générale du Droit Privé Français (de 1789 a 1804)*, 3 vols., París 1953-1978.

(37) «La novedad —escribe B. CLAVERO, («Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 98)— esencialmente radica en el propio concepto de ley y en las razones por las que va adquiriendo una exclusividad como expresión del derecho: las leyes se conciben como el medio de la realización consecuentemente unitaria de unos Derechos de posición no discriminatoria (...). Con su exclusiva, ya puede irse insinuando el concepto de Código por el término, no de *Code*, sino de *Loi*: el acento recae en ésta, en una ley que debe impositivamente uniformarse para la implantación universal de los Derechos, y no en aquél, en un código que sólo es todavía vehículo sin entidad propia. Su término menos se significa al propósito, manteniendo el sentido de mero receptáculo».

(38) Dicha necesidad —que, según se lee en las *Idées préliminaires* que preceden al proyecto JACQUEMINOT de Código civil, fue la primera sentida desde 1789— se formula, además, como un derecho del pueblo, el cual —como afirmó el constituyente CRENIERE en la sesión de la Asamblea de 1 de agosto de 1789— «a le droit toujours et en tout temps, d'adopter, lorsqu'il le désire, un nouveau système d'institutions et de lois, et d'abroger celles qui existent». Lo recoge Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification, et comparaison des divers projets de Code civil, successivement présentés a nos Assemblées législatives jusques et y compris le projet du Code Napoléon», en Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (publicés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. XXV.

pero inicialmente no existía unanimidad sobre el extremo de formar los Códigos: valga como ejemplo la opinión de un personaje tan destacado como ROBESPIERRE, quien creía que las leyes de un gran pueblo nunca pueden ser simples (39). En realidad, la idea del Código como parte esencial de las aspiraciones revolucionarias se debe a SIEYÉS, quien la formula como accesoria respecto a la instauración del Jurado en las controversias civiles: para que sea factible un Jurado formado por ciudadanos corrientes —no por juristas— es preciso que todo el mundo pueda conocer las leyes que aquél habrá de aplicar, lo que exige su reunión en un Código de extremada simplicidad (40). Este planteamiento pasa al proyecto de ley sobre el Jurado presentado en abril de 1790 por el propio SIEYÉS (art. 32: «les législatures suivantes s'occuperont de donner aux Français un nouveau Code uniforme de législation et une nouvelle procédure, réduits l'un et l'autre à leur plus parfaite simplicité») (41) y es decretado por la Asamblea constituyente en su sesión de 5 de julio de 1790 («les lois civiles seraient revues et réformées par les législateurs, et il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution»), siendo esta la concepción a que ha de entenderse había de responder el «Code de lois civiles communes à tout le royaume» cuya redacción preveía la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (42). En ésta, sin embargo —lo he

(39) Lo refiere ESMEIN, «L'originalité du Code civil», en el vol. *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d'études législatives*, I, París 1904, p. 7. DÍEZ-PICAZO, («Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992, p. 476) parece dar otro sentido a la cita: «es verdad —escribe— que Robespierre había reconocido que las leyes de un gran pueblo no pueden ser simples, pero parece no ser la misma cosa la falta de simplicidad de las leyes y la de su concreción y sencillez en su manifestación exterior».

(40) «Sería previsiblemente este Código, no sólo ley unitaria, sino también derecho único, pudiendo presagiarse incluso que llegaría a prescindirse de mediación judicial: "Lorsque chacun connaîtra son droit, personne ne l'enfreindra plus". El Código haría tamaño milagro, con su estilo de claridad y simpleza y su contenido de libertades y Derechos (...). Atendida la ley a Derechos, reducido a ella el ordenamiento, sistematizado así y renovado éste, simplificado con todo y comprensible para todos, se abrigaba incluso la expectativa de que pudiese aplicársele directamente por los ciudadanos y prescindirse de los profesionales del Derecho. Para la idea de Código, este es el escenario primero» (B. CLAVERO, «Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 99).

(41) Mientras no se alcance la redacción de tales Códigos, son (transitoriamente) los juristas quienes, en la idea de SIEYÉS, han de integrar los Jurados civiles: según el art. 86 del proyecto, «quant à présent et jusqu'à ce que la France soit purgée des différentes coutumes qui la divisent et qu'un nouveau Code complet et simple ait été promulgué pour tout le royaume, tous les citoyens connus aujourd'hui sous le nom de gens de loi et actuellement employés en cette qualité seront de droit inscrits sur le tableau des éligibles pour les jurys». La solución, como he dicho, se concibe como transitoria —otra cosa es lo que luego sucediera en la práctica—, y no definitiva (frente a lo que parece entender B. CLAVERO, «Codificación y Constitución...», *cit.*, pp. 100 ss.).

(42) Sobre todo ello, SOREL, «Introduction», en el vol. *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d'études législatives*, I, París 1904, p. 13 ss.; ESMEIN «L'originalité...», *cit.*, en el mismo vol., p. 5 ss.; y Frédéric PORTALIS, «Essai...», *cit.*, pp. I ss.

indicado anteriormente—, ya la codificación civil se presenta, supe-
rando su origen instrumental, como exigencia inmediata del mismo or-
den constitucional, como lo prueba la inclusión del precepto a ella
atinente entre las *dispositions fondamentales garanties par la Consti-
tution* (43): se trata, precisamente, de hacer real la *égalité* jurídica,
creando un verdadero *Derecho común* a todos los ciudadanos, sin pri-
vilegios ni excepciones (44).

En el mismo contexto —la introducción del Jurado en el orden
civil— se debate la formación del Código —defendida ya entonces
por CAMBACERES— por los constituyentes de 1793 (45). En el ar-
dor de la discusión, sin embargo, lo que empezó siendo accesorio ter-
mina convirtiéndose en principal, de modo que el Código civil no es
concebido ya como una mera forma —conveniente— de expresión
de la ley, sino como la única manifestación posible de ésta en el que
para la utopía revolucionaria es su sentido más puro y exacto: la voz
de la naturaleza y de la razón, idéntica para todos pueblos y para todos
los hombres (46). Tal es el criterio al que responde el primer proyecto de
Código civil que CAMBACERES presentó a la Convención el 9
de agosto de 1793: un conjunto de lacónicas máximas que constituyen

(43) Dentro, pues, de su título primero, junto con la declaración de derechos y la
subsiguiente proclamación abolitoria de las instituciones contrarias a ellos, del si-
guiente tenor: «L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les
principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institu-
tions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie,
ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patri-
moniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni au-
cun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations pour lesquelles on
exigeait des preuves de noblesse ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni
aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de
leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérité d'aucun office public. Il n'y a
plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni ex-
ception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations
de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun au-
tre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution». Es por
ello, y para ello, que «il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royau-
me».

(44) Como escribe B. CLAVERO («Codificación y Constitución...», *cit.*, pp. 103
s.), «la empresa es de establecimiento de todo un *droit commun* de esta inspiración
constitucional y para su consecución sólo se cuenta con la ley: el Código (...). La idea
de Codificación no procede de aspiraciones anteriores de integración normativa ni de
reacciones ulteriores de moderación jurídica. Se define en el mismo momento revolu-
cionario como medio de superación de la sociedad de ordenamiento corporativo y ju-
risprudencial. Este es el concepto primigenio de *Código*».

(45) Sobre lo cual, con reseña de las opiniones —de uno y otro signo— de los
constituyentes, ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, pp. 6 ss.

(46) Pues, como la verdad es una e indivisible —escribe ESMEIN, «L'originali-
té...», *cit.*, p. 9, acotando las palabras pronunciadas por CAMBACERES ante la Convención,
en defensa de su primer proyecto de Código civil—, no legisla la Convención
sólo para Francia, sino para el mundo entero.

—como señala ESMEIN (47)— una obra completamente nueva, totalmente desligada del Derecho antiguo, destinada a inaugurar en el orden Civil lo que la Constitución de 24 de junio de 1793 —la más genuinamente revolucionaria (48)— había instaurado en el orden político. Buena prueba de cómo había entonces calado la nueva concepción del Código es que, pese a todo, no encontró la Convención el primer proyecto de CAMBACERES (que constaba de tan sólo 695 artículos) «ni lo bastante sencillo y sucinto, ni lo suficientemente revolucionario» (49); presentando aquél, en septiembre de 1794 (23 fructidor año II) y en nombre de la Comisión de legislación, un segundo proyecto, contraído a 297 artículos, que debía ser —aún con mayor razón que el primero— «le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté» (50).

6. Código como ley.

El segundo proyecto de CAMBACERES constituye la última tentativa de llevar a la práctica el ideal revolucionario de Código, nacido al abrigo del espíritu radical de 1792. Ello ya viene, en realidad, anunciado por la nueva Constitución del año III (la llamada Constitución directorial), que, si en algunos aspectos enlaza con los criterios iniciales de 1789 —y, así refuerza en la práctica el dogma de la separación de poderes—, en otros se muestra más conservadora, al ser el resultado de la derrota de los partidos revolucionarios. De ella importa destacar la reformulación del concepto de ley: ésta aparece desvinculada del mito de la razón, siendo definida como «la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos» (51). Vigente esta Constitución, el tercer proyecto de CAMBACERES, presentado al Consejo de los Quiñientos en messidor del año IV, pretende, sin renunciar a los principios básicos de la revolución, recoger y perfeccionar el antiguo Derecho, y no crear otro de la nada (52).

(47) Cfr. ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, p. 9.

(48) Cfr. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid 1984, pp. 466 ss.

(49) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid 1949 (reimp., Madrid 1984), p. 181. ESMEIN («L'originalité...», *cit.*, p. 9) afirma, por su parte, que la Convención encontró este primer proyecto de CAMBACERES demasiado complicado, demasiado largo y demasiado jurídico.

(50) De la presentación de CAMBACERES, citado por ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, p. 9.

(51) Cfr. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, *cit.*, p. 468 s. Hay un retorno al concepto de ley formulado en la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789, según cuyo art. 6.º «la ley es la expresión de la voluntad general».

(52) Sobre ello, ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, pp. 10 ss.

De este modo, se produce una alteración sustancial respecto a la idea de cuál sea el contenido propio del Código civil, quedando definitivamente abandonada la utopía del Código de la razón y tratándose ahora de incorporar los nuevos principios en un cuerpo legal que, por lo demás, recoge y reforma el Derecho existente.

Ello, sin duda, implica una devaluación de la función que, originariamente, se entendió correspondía al Código. Su elaboración, es cierto, sigue presentándose como labor esencial del poder constituyente: buena prueba de ello es que, al día siguiente del golpe de Estado napoleónico de 18 de brumario del año VIII, que terminó con el Directorio y dió paso al Consulado, la Ley de 19 de brumario, tras sustituir al Directorio ejecutivo por una Comisión consular ejecutiva y los Consejos de los Quinientos y de los Ancianos por dos Comisiones de veinticinco miembros, dispuso (art. 14) que «enfin les deux Commissions sont chargées de préparer un Code civil» (53). La formación del Código se consideraba, pues, como tarea primordial del nuevo orden político; pero el abandono definitivo de la utopía revolucionaria, con la pérdida consiguiente del concepto originario de Constitución, y del concepto originario de Código, estaba ya anunciado.

7. Código como ley sobre leyes.

A) *El proyecto de livre préliminaire del año VIII.*

Hasta el golpe de 18 de brumario, se había entendido circunscrito el contenido del Código civil al Derecho privado, y a él se limitaba su eficacia revolucionaria y transformadora: todavía el proyecto de Código presentado en cumplimiento del mandato de la Ley de 19 de brumario (el defendido por JACQUEMINOT el 21 de diciembre de 1799) (54) responde a este planteamiento. La aprobación de la Constitución del año VIII (de 13 de diciembre de 1799, primera de las tres *Constituciones del Imperio*) (55) aportará, no obstante, un nuevo contexto que permite la incorporación al Código civil de reglas que exceden de los contornos del Derecho privado y resultan aplicables a todos los órdenes del Derecho.

(53) Cfr. ESMEIN, «L'originalité...», *cit.*, p. 11 y n. 6.

(54) Sobre el cual, cfr. Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification...», *cit.*, pp. XXXII ss.

(55) Son tales, además de la citada de 13 de diciembre de 1799, la Constitución del año X (Senado-consulta de 4 de agosto de 1802) y la del año XII (Senado-consulta de 18 de mayo de 1804). Sobre las *Constituciones del Imperio*, cfr. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, *cit.*, p. 469 ss.

En efecto: como se lee en el preámbulo de la citada Constitución del año VIII (redactada personalmente por Napoleón), «la revolución, reducida a los principios que la iniciaron, termina hoy». Con ello padece el inicial concepto mismo de Constitución [formulado, «con toda precisión» (56), en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789] (57) y, en lo que aquí interesa, se restringe el campo reservado al poder constituyente, ampliándose, en cambio, el posible ámbito de actuación de los poderes constituidos (esto es, de la ley).

Las consecuencias de este nuevo planteamiento sobre el contenido y función de la Constitución, y sobre el contenido y función de la ley, enseguida se dejan sentir, a la vez que se pone de manifiesto el protagonismo que, en el proceso recién comenzado, corresponde al Código civil: desde entonces, se entiende compete a un libro o título preliminar de éste regular en detalle las consecuencias de la que sigue siendo la más genuina aportación revolucionaria en el orden jurídico, esto es, el principio del imperio de la ley (58).

Así, la Comisión nombrada por el Gobierno presenta, en julio de 1800 (24 messidor del año VIII), un proyecto de libro preliminar del Código civil (que fue redactado ya por PÖRTALIS), titulado «Del Derecho y de las leyes», en el que se contemplan y regulan las diversas divisiones del Derecho —el derivado de la razón natural, el exterior o de gentes y el interior—, se define la ley y sus especies, y se disciplina la publicación, efectos, reglas de aplicación e interpretación y la derogación de las leyes (59).

El contenido del proyecto de libro preliminar del año VIII es, para comprender la evolución que vengo analizando, extraordinariamente revelador.

El proyecto divide el libro preliminar del Código civil en seis títulos. El primero aporta unas *Définitions générales*, afirmando que «existe un Derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, que no es otra cosa que la razón natural en tanto que la misma gobierna a todos los hombres» (art. 1), y un Derecho positivo, el cual

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en el vol. col. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático* (dir. PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA), 2.ª ed., Madrid 1982, p. 98; también en *ADC* (1979), pp. 291 y ss., y en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Madrid 1982.

(57) «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución».

(58) Su relevancia, sin duda, es tal, que con razón ha podido definir MICHELET (*Histoire de la Revolution Française*, I, París 1952, p. 21) la Revolución de 1789 como «l'avenement de la loi».

(59) Puede consultarse el texto del proyecto de libro preliminar del Código civil, de 24 messidor del año VIII, en el vol. *cit. Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS* (publicés par Frédéric PORTALIS), París 1844, pp. 306 ss.

puede ser exterior o de gentes (art. 3) e interior o propio de cada pueblo, compuesto, este último, en parte por el Derecho universal, en parte por las leyes propias y en parte por las costumbres o usos que son el suplemento de esas leyes (art. 4); y en él se define, no sólo la ley (arts. 6 y 7), sino también la costumbre (art. 5).

En el título segundo se trata de la *División des lois*, distinguiéndose cuatro especies de leyes: las constitucionales y políticas (que son las que rigen las relaciones de los que gobiernan con los que son gobernados, y las relaciones de cada miembro de la comunidad con el todo), las civiles (que gobiernan las relaciones de los ciudadanos entre sí), las que regulan las relaciones del hombre con la ley (parte de la legislación que es la garantía y la sanción de todas las leyes, y en la que se comprenden las leyes relativas al orden judicial, las penales y las de policía) y, finalmente, las que disponen sobre objetos que no pertenecen exclusivamente a ninguna de las divisiones anteriores, como las leyes fiscales, las mercantiles, las marítimas, las militares y las rurales (art. 1); distinguiéndose, en todo caso, las leyes de los reglamentos, por ser éstos variables y aquéllas perpetuas (art. 3).

El título tercero se ocupa *De la publication des lois* (60).

En el cuarto se regulan los *effets de la loi*, sancionándose —tras establecer que «le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur le point qu'elle règle» (art. 1)— el principio de irretroactividad de las leyes (art. 2) y determinándose su eficacia en el espacio (arts. 4, 5 y 6), así como la imposibilidad de derogar por pacto las leyes que pertenecen al Derecho público (art. 7) (61) y la nulidad de los actos contrarios a las leyes prohibitivas (art. 9) (62).

El título quinto, *De l'application et de l'interprétation des lois*, trata de reducir la función judicial a la estricta aplicación de la ley a los casos concretos; pero —y ello supone un giro radical frente a la concepción genuinamente revolucionaria— sin negar la posible insuficiencia de la ley (salvo que se trate de leyes penales: art. 13) y la necesidad de su interpretación, de donde que afirme que «en las materias civiles, el juez, en defecto de la ley precisa, es un ministro de equidad», entendiéndose por tal el recurso a la ley natural o a los usos

(60) Cfr. sobre la importancia —y la virtualidad revolucionaria— de las reglas atinentes a esa materia, DE LUCAS, «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1879. El modelo del *Code Napoléon*», *Anuario de Filosofía del Derecho* (1989), pp. 129 ss.

(61) Téngase en cuenta que, para el proyecto, también pueden ser de Derecho público las leyes civiles, siempre que interesen más inmediatamente a la sociedad que a los individuos: cfr. art. 2 del título segundo.

(62) Pero, por lo demás, «la loi règle les actions, elle ne scrute pas les pensées, elle répute licite tout ce qu'elle ne défend pas, néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi n'est pas toujours honnête»: art. 8.

recibidos en silencio de la ley positiva (art. 11), por lo que «le juge qui refuse ou qui diffère de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice» (art. 12).

Finalmente, el título sexto trata *De l'abrogation des lois*, disponiendo que las leyes sólo se derogan por otras posteriores.

B) *Una sorpresa (relativa): las fuentes del proyecto.*

El análisis de la procedencia de las indicadas disposiciones del proyecto del año VIII pone de manifiesto bien claramente su escaso contenido revolucionario (bien que sólo desde un punto de vista cuantitativo).

En efecto. Como ha demostrado ARNAUD (63), de los treinta y nueve artículos de que constaba el mencionado proyecto, nada menos que veinticuatro recogían afirmaciones ya contenidas en *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, la obra que DOMAT escribiera a finales del siglo XVII (64), sin que la mayoría fueran, por otro lado, originales de él (65); otros seis artículos están tomados de textos o autores de! Antiguo régimen; limitándose la novedad a tan sólo nueve artículos: seis procedentes de la legislación revolucionaria y tres (los contenidos en el título quinto, *De l'application et de l'interprétation des lois*, esenciales, por lo demás, para la definitiva configuración del principio del imperio de la ley) que son creación de PORTALIS.

Es más, la misma idea de introducir un libro preliminar precediendo a las leyes civiles (separadas éstas de las de Derecho público) (66), incluyendo en aquél las reglas o principios del ordenamiento entero, se debe al propio DOMAT: «On a donné a ce livre le nom de préliminaire, parce qu'il contient (des) matieres, qui étant communes à toutes les autres, et nécessaires pour bien les entendre, doivent les précéder. Et aussi les matieres de ce livre sont les premiers éléments du droit» (57).

(63) Cfr. ARNAUD, «La tradition française dans la théorie du droit des civilistes», *Arch. Philosophie du Droit* (1988), p. 261 ss.

(64) La primera edición apareció en París en 1689; pero, al decir de ARNAUD (*op. cit.*, p. 264), la obra ya estaba escrita en 1683, año en que el manuscrito le fue presentado al rey.

(65) Véanse las correspondencias que, entre los textos de DOMAT y los de PUFENDORF (*Droit de la Nature et des gens*), por un lado, y las Instituciones, el Digesto y el Código, por otro, realiza ARNAUD, *op. cit.*, p. 263.

(66) Recuérdesse que el segundo tomo de la obra unitaria de DOMAT se refiere, precisamente, al Derecho público: *Le droit public, contenant les matières qui se rapportent à l'ordre general d'un Etat, et les règles des fonctions et des devoirs de toutes sortes de professions par rapport a cet ordre*. Con razón se atribuye comúnmente a DOMAT el mérito de haber culminado el proceso de privatización del Derecho civil.

(67) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, § 1.

En su mayor parte, pues, el proyecto del año VIII no representa ninguna ruptura: por el contrario, enlaza directamente con el antiguo Derecho a través de las concepciones de DOMAT. Así, si en el tiempo genuinamente revolucionario, el adjetivo «civil», cualificando al Código, se oponía a «político» (68), ahora viene a significar de nuevo lo mismo que antes de la Revolución (69): «civil» es, sin más, «el Derecho», por oposición al «no Derecho»; donde «lo político» y el «no Derecho» son lo mismo, la Constitución, solo que juridificando las relaciones entre el poder público y los ciudadanos en su concepción originaria (70) y carente ya de contenido jurídico una vez perdida — en vías de perder definitivamente— su inicial virtualidad.

8. Código como ley de leyes.

El criterio que representa el proyecto del año VIII está presente desde un primer momento en el proceso que culminó con la publicación del *Code civil*; aunque, finalmente, se introdujeran cambios importantes y significativos en aquél. Así, la Comisión redactora nombrada por los cónsules el 12 de agosto de 1800 (24 thermidor del año VIII) (71) —formada por TRONCHET, PORTALIS, BIGOT-PREAMENEU y MALLEVILLE— postuló la inclusión en el Código de un libro preliminar titulado *Du droit et des lois en général*, manteniendo la redacción del proyecto de 24 de messidor (72). Sin embargo, no fue éste el texto que debatió el pleno del Consejo de Estado, puesto que, con anterioridad, la sección de legislación de dicho organismo ya acordó la supresión de la mayor parte de las disposiciones contenidas en el inicial proyecto de libro preliminar, eliminando sus dos primeros

(68) Cfr. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973, p. 11.

(69) Momento en el cual «civil» —que se opone, ante todo, a «canónico»— es el completo ordenamiento jurídico, fruto de la decantación del Derecho romano y de la obra legislativa de las Monarquías de la edad moderna. Cfr., por todos, DIEZ-PICAZO, *El sentido histórico del Derecho civil*, Madrid 1959, p. 39 ss.

(70) Cfr. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, 3.^a ed., Génova 1973, p. 16.

(71) Reproduce íntegramente el *arret* de 24 thermidor del año VIII, Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification...», *cit.*, pp. XXXV s.

(72) La Comisión finalizó su labor de redacción del proyecto que luego habrá de examinar el Consejo de Estado el 1 de pluviase del año IX (21 de enero de 1801) (cfr. Frédéric PORTALIS, «Essai sur l'utilité de la codification...», *cit.*, pp. XXXVI), precedido del famoso «Discours préliminaire sur le projet de Code civil», redactado por PORTALIS (cuyo texto puede consultarse en el vol. *Discours...*, *cit.*, p. 1 ss.). En dicho proyecto se recogían íntegramente las reglas y criterios del de 24 messidor del año VIII, en lo que atañe al contenido y disposición del libro preliminar del Código civil (cfr. el vol. *cit.*, *Discours...*, p. 15 ss.).

títulos y condensando las disposiciones de los otros cuatro (73) (agrupadas en un «Proyecto de ley sobre la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes en general») en tan sólo ocho artículos (74), que terminan por recoger cuanto de novedoso y revolucionario contenía el texto inicial de PORTALIS: la formulación concreta y positiva de las consecuencias del principio del imperio de la ley. Por lo demás, el planteamiento de la sección de legislación fue hecho suyo por el Consejo de Estado —y por el propio Napoleón— desde la primera de sus reuniones (75).

La idea de la pertenencia al título preliminar del Código civil de las reglas relativas a las leyes en general, civiles o no, se consolida definitivamente a lo largo del proceso de formación de aquél, constituyendo el contenido de los seis artículos de que finalmente constó la ley sobre la promulgación, los efectos y la aplicación de las leyes, de 14 de ventoso del año XI (76). Tales reglas del Código extienden el contenido de

(73) «La section a pensé —refiere el propio PORTALIS— que les deux premiers (titres), qui n'offrent que des définitions générales sur le droit et sur les lois, appartiennent plutôt à l'enseignement qu'à la législation; mais dans les titres relatifs à la publication, aux effets, l'interprétation et à l'abrogation des lois, il est des objets qui appellent l'intervention du législateur» (*Discours...*, cit., p. 432).

(74) Artículo 1: «Les lois seront exécutoires, dans toute la république, quinze jours après la promulgation faite par le premier consul. Ce délai pourra, selon l'exigence des cas, être modifié par la loi, qui sera l'objet de la publication». Artículo 2: «La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif». Artículo 3: «La loi oblige tous ceux qui habitent le territoire». Artículo 4: «La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés». Artículo 5: «Il est défendu aux juges d'interpréter les lois par voie de disposition générale et réglementaire». Artículo 6: «Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rendra coupable de déni de justice». Artículo 7: «Lorsque, para la présomption de quelque fraude, la loi aura déclaré nuls certains actes, ses dispositions ne pourront être éludées sous prétexte que ces actes ne sont point frauduleux». Artículo 8: «Les contraventions aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs ne pourront être couvertes par des conventions ni par des fins de non-recevoir». *Cfr.* PORTALIS, *Discours...*, cit., p. 47.

(75) En la primera de las sesiones del Consejo de Estado en que se trató del Código civil (julio 1801) ya se acordó, tras las explicaciones de PORTALIS en nombre de la sección de legislación —y además de que el proyecto de Código se dividiría en proyectos de ley para su aprobación paulatina y separada—, que las disposiciones del libro preliminar relativas a la legislación se reunirían para su aprobación en un sólo proyecto de ley. *Cfr.* un extracto del registro de deliberaciones del Consejo de Estado sobre el Código civil (aquéllas en que intervino PORTALIS) en Frédéric PORTALIS, *Discours...*, cit., p. 312 ss.; para la noticia de lo acordado en la sesión de 28 messidor del año IX, *vid.* p. 312.

(76) Artículo 1: «Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le premier Consul. Elles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par le premier Consul sera réputée connue dans le département ou siègera le Gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues) entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département». Artículo 2: «La loi ne dispose que

éste fuera de los contornos estrictos del Derecho privado y, al tener por objeto la ley —toda ley—, incorporan criterios primarios que informan y condicionan todo el ordenamiento (también el propiamente civil contenido en los restantes títulos del Código): primeramente, como ley ordinaria sin perjuicio de la Constitución; pero luego, y consecuentemente a la pérdida por ésta de su sentido y contenido originarios, sustituyéndola.

Cuando, el 23 de frimaire del año X (12 de diciembre de 1801), PORTALIS presenta por primera vez ante el Cuerpo legislativo el proyecto de ley del título preliminar del Código, relativo a la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general, se ve obligado a hacer frente a la importante objeción de que no pertenece al Código civil el regular las leyes en general, y ello, no sólo por no ser materia propiamente civil, sino, sobre todo, por ser cuestión de naturaleza constitucional: el objeto propio del proyecto —se dirá— no puede ser abordado por el legislador, poder constituido, sino que en todo caso compete al poder constituyente. Para rebatir este modo de pensar, que revela la exacta función que correspondía a la Constitución en el primer pensamiento revolucionario, PORTALIS se limita a poner de manifiesto algo a lo que ya me he referido: que el ámbito que la nueva Constitución del año VIII deja a la acción del legislador, en detrimento de sí misma, es mucho mayor que el dejado por las Constituciones anteriores (en particular, por la del año III, a la que califica de «demasiado reglamentaria»); que, por tanto, todo el espacio no comprendido en la Constitución es del dominio de la ley; que una vez que aquélla ha sido establecida, el poder constituyente desaparece, sin que sea posible calificar de *constitucional* a ninguna materia o cuestión no comprendida en el texto fundamental; y que, en definitiva, si en las controversias eclesiásticas ha habido muchas veces necesidad de advertir a los teólogos contra el peligro de querer ser más cristianos que el Evangelio, a los que defienden la naturaleza constitucional de la regulación contenida en el proyecto de título preliminar del Código civil habría que advertirles de la necesidad que supone querer ser más constitucionales que la Constitución misma (77). Y, por lo demás, negado el valor constitucional

pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif». Artículo 3: «Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger». Art. 4: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Art. 5: «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises». Artículo 6: «On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».

(77) Cfr. PORTALIS, «Discours relatif a la publication, aux effets et a l'application des lois en général, prononcé le 23 frimaire an X», en el Vol. cit. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS* (publiés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. 113 ss.

del proyecto, su ubicación en el Código civil —concluye PORTALIS— responde sólo a que éste, a diferencia de otros Códigos, rige la universalidad de las cosas y de las personas, por lo que es natural que se incluyan en él las reglas relativas a las leyes en general, que no pertenecen exclusivamente a ningún orden particular de leyes (78). Es, pues, el carácter de *Derecho común* que posee el Código civil lo que explica la inclusión en él de tales reglas.

Al presentar PORTALIS, en febrero de 1803 (4 de ventôse del año XI) (79), por segunda vez, el proyecto de ley del que sería título preliminar del Código civil, se limita a señalar que sus disposiciones son como los prolegómenos de todos los Códigos, pero que su verdadero lugar se encuentra en el Código civil por comprender el mismo la universalidad de las cosas y de las personas (80): ya no se reproduce la objeción de la naturaleza constitucional de la materia regulada, pues la restricción de la virtualidad de la Constitución al orden estrictamente político es un hecho asumido, y plenamente confirmado en el orden positivo por la reforma constitucional del senado-consulta de 4 de agosto de 1802 (Constitución del año X). Significativamente, el contenido de la ley de 14 de ventôse del año XI no difiere del proyecto del año X, pese a la citada reforma constitucional; y el mismo se incluye luego, sin modificaciones, en el proyecto de ley relativo a la reunión de las leyes civiles en un solo cuerpo de leyes bajo el título de *Code civil français*, presentado al cuerpo legislativo el 26 de ventôse del año XII y promulgado el 30 siguiente (21 de marzo de 1804).

La pérdida definitiva del concepto originario de Constitución, consumada en Francia a partir de la Carta otorgada de 4 de junio de 1814, contribuirá finalmente a atribuir al título preliminar del Código civil un valor jurídico esencial. Y es que, en efecto, frente a los innumerables cambios políticos y constitucionales, aquél se presenta como el

(78) Cfr. PORTALIS, discurso citado, *op. cit.*, p. 111.

(79) Cfr. PORTALIS, «Exposé des motifs du projet de loi intitulé: Titre préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en général, présenté le 4 ventose an XI», en el Vol. *cit. Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS* (publiés par Frédéric PORTALIS), París 1844, p. 142 ss.

(80) Parecidas son las argumentaciones de GRENIER, defendiendo la pertenencia al título preliminar del Código civil de estos preceptos sobre la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes, al presentar (el 9 de ventoso del año XI) el proyecto al Tribunalado en nombre de la *sección de legislación* (cfr. *Recueil des lois formant le Code civil, avec les discours et opinions*, París, an XI, p. 43): «Les règles renfermées dans tous ces articles sont autant de principes fondamentaux en législation. Quoiqu'il s'agisse de dispositions générales, leur application n'en est pas moins certaine, et elles sont l'art d'appliquer toutes les lois. Il serait déraisonnable de vouloir les isoler; il serait innonvenant de les placer en tête de tout autre recueil de lois, tels que le *code judiciaire* ou *criminel*, quand même leur émission concourrait avec celle du *code civil*. Ces maximes doivent servir d'introduction à ce code, auprès duquel tous les autres n'auront qu'un caractère accessoire». Cfr., también, p. 28; y la similar intervención del Tribuno FAURE en la sesión de 14 de ventoso, *op. cit.*, p. 47.

texto permanente en que encuentra acomodo y formulación positiva el principio —sin duda de constante relevancia constitucional en Francia, pese a no aparecer recogido en todos los textos constitucionales— del imperio de la ley en sus más esenciales manifestaciones (81). Gráficamente se podría decir que el título preliminar del Código empieza siendo una *ley sobre leyes* y termina cumpliendo la función de una *ley de leyes*. En los preceptos de aquél acaba manteniendo el *Code*, bien que parcial y limitadamente (82), la función constitucional que, en la primera utopía revolucionaria, estaba llamado a cumplir —aunque por razones diferentes— todo él (83).

Por lo demás —frente a lo que, con alguna frecuencia, se ha apuntado por cierta doctrina (84)—, el análisis del proceso histórico que

(81) *Cfr.*, por ejemplo, para una de ellas, DE LUCAS, «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1879. El modelo del *Code Napoléon*», *Anuario de Filosofía del Derecho* (1989), p. 129 ss.

(82) «La Codificación integrada —escribe B. CLAVERO («Codificación y Constitución...», *cit.*, p. 110)— ya se sabe que no llegó. El Código final no es desde luego el anunciado. ¿Dónde queda su concepto? ¿Dónde su primitiva vinculación a la Declaración de una libertad paralela a la política? El Código definitivo tampoco disimula las pérdidas. Presenta la coherencia de definir sus nuevos supuestos. Otra es ahora su vocación constitucional, que la conserva. Ya se sabe que presenta un título preliminar de interés para todo el ordenamiento y unos primeros conceptos que no menos le interesan. Este es el pronunciamiento primero de su primer título: “L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle”. Y antecede el título preliminar, con sus principios: “Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation”; “le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. Son cosas tan repetidas desde entonces que han podido llegar a considerarse como una evidencia inocente entre juristas de esta cultura que ahora, con el Código, se genera».

(83) Es interesante constatar cómo, de un modo oblicuo, el *Code* de 1804 ha venido a recuperar, tras la Constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958, su originario valor constitucional. Como explica LUCHAIRE («Les fondements constitutionnels du Droit civil», *Rev. Trim. Droit Civil*, 1982-II, p. 249; *cfr.*, también, *Le Conseil constitutionnel*, París 1980, pp. 130 ss y 174 ss.), el *Conseil constitutionnel* reconoce valor constitucional, no sólo a las disposiciones de la Constitución propiamente dicha, sino también a los textos a los cuales se refiere expresamente su preámbulo, esto es, a la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y a las disposiciones del preámbulo de la Constitución de la IV República, de 1946, en lo que concierne a los derechos y libertades de la persona humana; y el *Conseil* ha afirmado igualmente que tienen valor constitucional, dados los términos en que se expresa el indicado preámbulo de 1946 (que «reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la declaración de derechos en 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República»), *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* en cuanto consagran derechos del hombre y del ciudadano. De ahí resulta el valor constitucional del *Code* (de no pocos principios fundamentales en él contenidos), en cuanto que todo él es una *ley de la República*, ya que su último título fue promulgado el 25 de marzo de 1804, y hasta el 18 de mayo de ese año no fue proclamado el Imperio (*cfr.* LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 251).

(84) *Cfr.*, por todos, Luis María Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, *cit.*, p. 57 s.

culmina en la regulación de los efectos de las leyes en general en el título preliminar del *Code civil* demuestra inequívocamente, a mi juicio, que dicho fenómeno poco o nada tiene que ver con la existencia de una «visión estrictamente liberal del ordenamiento» en la que el derecho privado sea el Derecho por excelencia: aunque dicha visión existiera, aquél es consecuencia, sencillamente, de la identificación que el propio constitucionalismo liberal hace entre Derecho y Códigos y, esto supuesto, de la atribución al Código civil—heredero de la tradición europea del *ius commune*, reescrita por dicho constitucionalismo en busca de un sujeto unitario, para hacer efectiva la igualdad jurídica—de la condición de Derecho común, aplicable a la generalidad de las cosas y de las personas.

III. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

9. La Constitución de Cádiz y el futuro Código civil: los proyectos de 1821 y 1836.

El proceso descrito en las páginas precedentes también tiene lugar en España, pero presentando caracteres notoriamente distintos a los del caso francés. En nuestro país, la primera Constitución es ulterior al *Code y*, por ello, las relaciones entre Constitución y Código civil aparecen, desde un primer momento, con un sesgo diferente.

En efecto: la Constitución de Cádiz, de 1812, surge ya un tanto devaluada en su contenido y —por ello— en su función si se compara con las primeras Constituciones de la Francia revolucionaria.

Particularmente relevante es el dato de que la Constitución de 1812 carece de una verdadera declaración de derechos, que es la materia constitucional que en mayor medida permite afirmar que una Constitución despliega sus efectos, además de en el orden político, sobre el conjunto del sistema jurídico. El tenor literal de su art. 4, conforme al cual «la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen», expresa con claridad la idea de que corresponde al legislador, poder constituido, la concreción jurídica de unos principios y derechos constitucionalmente sólo apuntados. Así, aunque en la idea del constituyente gaditano la Constitución se conciba como ley suprema (85), es claro que reduce en la práctica su

(85) La Comisión redactora del proyecto de Código civil de 1821 deja traslucir el valor normativo que, para ella, tienen, respectivamente, la Constitución y los Códigos al afirmar que «es, pues, la ley, y sólo ella, la que da vida a los derechos y obligaciones; y cuando prescribe estos derechos y obligaciones en grande, esto es,

virtualidad al terreno de la organización política (86); en el terreno de lo estrictamente jurídico, la sustitución de las instituciones existentes por otras nuevas, no sólo requiere de la aprobación de las correspondientes leyes «sabias y justas», sino que la Constitución ni siquiera contiene una explícita formulación de principios o criterios que necesariamente vinculen al legislador a la hora de aprobar aquéllas (87).

Es en este contexto —me parece— en el que debe ser analizado el art. 258 de la Constitución de 1812, que dispuso —como es bien sabido— que «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Llama la atención, en primer lugar, cómo la fórmula empleada pone el acento, no propiamente en la redacción o elaboración futura de los Códigos, todos ellos entonces por hacer, sino en el hecho de que «serán unos mismos para toda la Monarquía» (88): la Constitución presenta el ideal revolucionario de la codificación como si ya hubiera sido alcanzado,

de la sociedad para con todos sus individuos, y al contrario, se llama muy propiamente *Ley fundamental*», de la cual «se derivan, y son emanaciones suyas, las leyes que podrán llamarse *secundarias*, y que forman la materia de los diferentes Códigos acordados por las Cortes». De este modo, todos los Códigos «suponen una raíz común, y arrancan de ella. Esta raíz es la organización de la sociedad, o sea su derecho constitucional. Por él se establecen las relaciones de todos los individuos de una Nación; y se da existencia política a los poderes encargados de ejercer las partes integrantes de su esencial soberanía; a sus jerarquías, y a los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros». La Constitución es, pues, ley; pero lo limitado de su objeto y contenido necesariamente requiere de un desarrollo, el cual compete a los Códigos: al civil, concretamente, «tócale desenvolver las bases de la Constitución, detallando los modos de hacerlas efectivas; y a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado: determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades; y los que se dirigen a evitar, así los abusos de parte de la autoridad que pudieran enfrenarla arbitrariamente, como los extravíos de los individuos que propendiesen a socavar el bienestar común que se propuso la ley fundamental» (LASSO GAITE, *op. cit.*, pp. 8 s.).

(86) Así, en la fórmula de promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 se decreta «la siguiente *Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado*».

(87) Sobre la parquedad de la Constitución de 1812 en este aspecto, *cf.*: B. CLAVERO, «Origen constitucional de la Codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica), en el vol. *Derecho privado y revolución burguesa* (coord. C. PETIT), Madrid 1990, p. 63 ss.

(88) Sobre el sentido y alcance de las previstas «variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes», y su relación con el mantenimiento de los Derechos forales, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO CONTRERAS, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *Revista Jurídica de Navarra*, 6-I (1988), p. 71 y ss.; concluyendo que si bien tal expresión, en un primer momento, no quiso referirse expresamente a la conservación de las legislaciones forales (sino que aludía más bien a los territorios de ultramar), también desde ese primer momento se tuvo claro que objetivamente la posibilitaba; y, al fin y a la postre —pero rigiendo la Constitución de 1876, que recuperó la fórmula—, desempeñó esta función (sobre lo cual, también, Encarna ROCA I TRIAS, «La codificación y el Derecho foral», *RDP*, 1978, p. 596).

importándole más, esto supuesto, su unidad, esto es, la igualdad en la aplicación y vigencia de los mismos. Pero más interesante aún es poner de manifiesto cómo el citado art. 258 se sitúa en el Título V de la Constitución, relativo a los Tribunales y la administración de justicia: hay, así —me parece—, en la Constitución de 1812 una ligazón evidente entre la idea de Código (civil, penal y de comercio) y la idea de Derecho aplicable por los Tribunales y afectante a los intereses esenciales del ciudadano.

Porque, en efecto —y esto es importante hacerlo notar—, en la terminología liberal del siglo XIX la expresión «Administración de Justicia» comprende, además de la organización de los Tribunales, el Derecho sustantivo que aplican y el procedimiento. Buena prueba de ello son los arts. 2.º y 3.º de la Ley de 16 de agosto de 1841, que determinó los términos de la integración del Reino de Navarra en el Estado unitario. Según el primero de ellos, «la Administración de Justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial, en los mismos términos que en la actualidad, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del reino, se formen los Códigos generales que deban regir en la Monarquía»; y, conforme al segundo, «la parte orgánica y de procedimiento será en todo conforme a lo establecido o que se establezca para los demás Tribunales de la nación, sujetándose a las variaciones que el Gobierno estime convenientes en lo sucesivo». Obsérvese que la subsistencia o mantenimiento de «la Administración de Justicia» significa, en realidad, subsistencia y mantenimiento del Derecho sustantivo propio de Navarra, situación que está previsto se prolongue «hasta que se formen los Códigos»: de donde se induce con claridad la idea de que éstos debían abarcar todo lo que propiamente es Derecho, esto es, todas las reglas jurídicas susceptibles de ser invocadas por los ciudadanos ante los Tribunales, y aplicables por éstos (89).

En presencia de estos datos, no creo aventurado concluir que el verdadero significado constitucional de la codificación se agota, para los constituyentes gaditanos, en el tenor del art. 258, sin extenderse —a diferencia de lo que sucediera en la Constitución francesa de 1791— al contenido mismo de los Códigos. Quiero decir con ello que lo constitucional —o fundamental— (y, en este sentido, «revolucionario») del precepto no es tanto la existencia de los Códigos cuanto la afirmación de que «serán unos mismos para toda la Monarquía» (unidad legislativa); y no tanto su concreto contenido —apenas condicionado por la

(89) *Cfr.*, para todo ello, DELGADO ECHEVERRÍA y DE PABLO CONTRERAS, «El Derecho civil foral en el Amejoramiento», en el vol. *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero* (dir. S. MARTÍN RETORTILLO), Madrid 1992, p. 543 ss. La Constitución española de 1837 y, luego, la de 1845, posibilitaban, no obstante, la existencia de leyes especiales, sin perjuicio de la función del Código (de los Códigos) como centro del sistema; planteamiento éste que es ya el asumido por el proyecto de Código civil de 1851 (sobre lo cual, *cfr. infra, sub. 12*).

Constitución— cuanto su carácter omnicomprensivo y autosuficiente, concebido como límite a las facultades de los jueces y tribunales y, por ello, garantía de libertad y seguridad jurídica para el ciudadano. Difícilmente podría afirmarse, entonces, que, para la Constitución de Cádiz, los Códigos sean una suerte de prolongación de la Constitución misma, concepción ésta que era, en cambio, la de la Constitución francesa de 1791; mas, pese a ello, la equiparación entre Códigos y Derecho que de ella se infiere y la casi total ausencia en el texto constitucional de criterios que incidan directamente en el orden jurídico, atribuye a aquéllos un papel aún mas esencial en la práctica.

Ahora bien: la idea de que todo el Derecho ha de estar codificado y la mención expresa de la Constitución de Cádiz a los Códigos civil, mercantil y penal, implica, habida cuenta lo delimitado de la materia que han de comprender estos últimos, la asignación al Código civil de un contenido que necesariamente excede del propio del Derecho privado. Ello se pone claramente de manifiesto en el Discurso preliminar redactado por la Comisión encargada de formar el Código civil, nombrada por las Cortes el 22 de agosto de 1820. En él se lee que, «segregadas bajo un punto de vista las leyes que clasifican los delitos, que prescriben sus correspondientes penas y el modo de hacerlas efectivas, cuyo conjunto constituye un Código penal completo, todas las demás leyes son, en sentir suyo (de la Comisión), del resorte del Código civil. Con efecto, a él corresponde fijar preliminarmente la naturaleza y fuerza de la ley: especificar los derechos y obligaciones que ella ha creado en favor de los individuos o de la causa pública relativamente a las personas o a las cosas; individualizando las modificaciones de las reglas generales de los contratos y su ejecución, que exija el bien común respecto de los mercantiles: prescribir la índole y las atribuciones de los poderes a quienes la ley ha encomendado su aplicación en los casos económicos o de gobierno, y en los controvertidos o judiciales; afianzar los derechos por medio de fórmulas que marquen muy circunstanciadamente todos los pasos de los poderes mismos que aplican la ley» (90). Y añade la Comisión que «sin duda semejante Código civil no se limitaría al Derecho que comúnmente se llama privado, sino que abrazaría también el Derecho público interior, o sea, la administración general del Estado en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político con

(90) «Sin duda el Código civil, organizado bajo estas bases —sigue diciendo la Comisión—, abrazaría como un apéndice parcial el que se titula de comercio, como un apéndice general el de procedimientos civiles. ¿Mas por ventura la legislación mercantil debe formar un muro de división, o elevarse a clase de privilegiada contra la letra y espíritu de la ley fundamental? ¿Por ventura los procedimientos no son una continuación y complemento de la ley?». *Cfr.*, para el texto, LASSO GAITE, *op. cit.*, pp. 8 y s. Particularmente relevante es —me parece— la reflexión de la Comisión sobre la legislación mercantil, que pone de relieve, al destacar como constitucionalmente dudosa la existencia misma de un régimen estatutario, la esencial misión del Código civil como instrumento de igualación jurídica, receptáculo del *Derecho común* de los ciudadanos iguales que la Constitución demanda.

todas sus dependencias» (91); planteamiento éste que no queda en letra muerta, porque «la Comisión, partiendo de estos principios, resolvió desde sus sesiones primeras colocar en una segunda parte, bajo el nombre de administrativa, todo lo concerniente al gobierno interior del Reino y sus poderes ejecutivo y judicial, como encargados de hacer efectivos los derechos y obligaciones individuales de que se trata en la primera» (92). De este modo, el Código civil proyectado en 1821 había de contener, en la previsión de la Comisión, desde la regulación de la ley (su naturaleza y sus emanaciones, su formación, su promulgación y su observancia) a la formulación de la libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal como derechos *legítimos* de los españoles (93); y no sólo todas las materias propias del Derecho privado, sino aun el régimen de la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones, tanto en lo que atañe al llamado gobierno administrativo económico (que abraza la administración del ramo político-eclesiástico, la administración político-gubernativa, y la militar) cuanto al ramo judicial (94).

Esta tan amplísima concepción respecto al contenido propio del Código civil es abandonada por la Comisión redactora del Proyecto de Código civil de 1836; pero, ello, por razones de mera utilidad y con fidelidad aún a la función que a los Códigos atribuye la Constitución de Cádiz. Se señala, así, en la Exposición de motivos del Proyecto (95), que el Código civil «sólo debe comprender el Derecho privado, o sea las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas», debiendo quedar excluidas «las leyes políticas y todas las relativas a la administración pública en sus diferentes ramos». Mas las razones que de tal planteamiento da la Comisión son más de conveniencia que de fondo: que el Código civil «debe reducirse al menor volumen posible

(91) Porque, según explica la Comisión, «si esta tan interesante parte de leyes, en cuanto no son puramente reglamentarias, sino que establecen bases generales y duraderas, no las abraza el Código civil, ¿en dónde se colocan? ¿Han de quedar vigentes la Recopilación, las colecciones de decretos, las providencias extravagantes en lo que no se hallen derogadas? La Comisión opina que el día feliz y deseado en que se promulguen los nuevos Códigos debe archiversse cuanto se legisló anteriormente, como monumento de antigüedad, que sólo pertenece a la historia; y que si quedase sin decidir en ellos algún punto, la suspensión de un fallo o el curso de un negociado hasta que se congreguen las Cortes y lo tomen en consideración, sería preferible sin disputa a los desórdenes, arbitrariedades y dudas que produciría la existencia simultánea de las colecciones antiguas y modernas». *Cfr.* LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 9.

(92) *Cfr.* LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 9.

(93) En contraposición a los derechos *políticos* de éstos como ciudadanos, que se hallan determinados por la Constitución.

(94) *Cfr.* la exposición del esquema del Proyecto de Código civil de 1821 por la Comisión encargada de redactarlo en LASSO GAITE, *op. cit.* p. 16 y ss.

(95) Que puede consultarse en LASSO GAITE, *op. cit.* p. 89 y ss.

para que ande en manos de todos, y se generalice en todas las clases el conocimiento de los derechos personales y reales que da la ley a todos los individuos, y de las obligaciones que prescribe»; que sólo las reglas del Derecho privado interesan al común del pueblo (96); y que tal es el sistema seguido en otras naciones cultas. Aparte de ello, todavía se piensa que los Códigos han de contener —perfectamente racionalizado— todo el Derecho, y por eso la Comisión, «persuadida de que cuando se le confió el encargo de formar el Código civil fue la intención del Gobierno que éste sólo abrazase el Derecho privado, trató de acomodar su plan a este objeto, reservando todas las materias de administración pública, en sus diversos ramos, para otro Código que en su dictamen será preciso formar con el título de Código del Derecho público interior de España, el cual deberá seguir inmediatamente al civil, como también el de procedimientos o actuación para completar la obra» (97). Y, en todo caso, ninguna duda ofrece a los redactores del Proyecto que en el Código civil han de incluirse las reglas relativas a las leyes, su promulgación, efecto y observancia (título preliminar), y la formulación de los derechos que corresponden a las personas (título primero del libro I).

En cuanto a lo primero (título preliminar), la inspiración en el *Code* es clara, y sus reglas pretenden cumplir una función similar a las ya analizadas de éste; son, no obstante, aún más explícitas y exhaustivas que las de su modelo, acaso porque, dado el diferente contexto histórico de unas y otras, se pretendía que quedara más patente su carácter fundamental (98).

(96) «Hay personas, decía el célebre juriconsulto BENTHAM, que tienen necesidad de conocer el sistema entero de las leyes, como son los que están encargados de su conservación y aplicación; otros tienen sólo necesidad de conocer la parte que les concierne, y cuya ignorancia les sería muy peligrosa. En este caso se halla el común del pueblo; y he aquí una de las razones por que conviene separar esta parte de la legislación civil de las otras cuyo conocimiento no es de un interés inmediato para toda clase de personas».

(97) Las restantes materias jurídicas deben integrarse, en el sentir de la Comisión, en el Código penal, en el de Comercio o en los Códigos que propone de leyes militares, de las «rurales» y de las «concernientes a las materias y personas eclesiásticas».

(98) El título preliminar del proyecto de 1836 («De las leyes, de su promulgación, efecto y observancia») constaba de catorce artículos: el art. 1.º se ocupaba de definir la ley (con fórmula un tanto ambigua: «ley es el precepto expreso emanado de la autoridad soberana, que tiene por objeto la utilidad general del Estado»); los arts. 2.º a 5.º regulaban la promulgación y publicación de las leyes; el art. 6.º establecía la obligatoriedad para todos de las leyes, y los 8.º y 9.º el momento de tal obligatoriedad, aclarando el art. 7.º que «la ignorancia de la ley promulgada a nadie exime de cumplir lo que en la misma se prescribe»; conforme al art. 10, «las leyes no tienen efecto retroactivo»; según el art. 11, «es nulo cualquier acto en que se intente dejar sin efecto las disposiciones prohibitivas de las leyes; pero es válida la renuncia de los derechos que éstas conceden, si se hace expresa y libremente por persona capaz»; finalmente, los tres últimos artículos del título se refieren muy directamente al principio del imperio de la ley: «contra las leyes de este Código no puede alegarse el no uso ni los actos posteriores contrarios, ni la costumbre o fuero particular de cualquier pueblo observados anteriormente a su promulgación» (art. 12); «ningún Juez ni Tribunal podrá excusarse, so pena de responsabilidad, de pronunciar sentencia a pretexto de que no hay ley positiva acerca del asunto sometido a su decisión» (art. 13); y «la falta de exactitud en la ejecución de las leyes, sujeta a los encargados de ella a la responsabilidad y penas que se establecen en el Código penal».

En cuanto a lo segundo (título primero del libro I), se trata del primer intento de formulación, en España, de una verdadera declaración de derechos. Conforme al art. 19 del Proyecto, «corresponden a las personas en general los derechos siguientes: 1.º) El de conservar la existencia física y moral. 2.º) El de no ser detenida la persona por ningún individuo ni autoridad, sino en los casos y por los medios que la ley determina. 3.º) El de hacer todo lo que no está prohibido por la ley o por las disposiciones que emanan de ella. 4.º) El de manifestar las opiniones y pensamientos, bajo las restricciones y responsabilidad que prescribe la ley. 5.º) El de aprovecharse y disponer libremente cada uno del producto de su trabajo personal, de los bienes que legítimamente le pertenezcan, y de los servicios que tenga derecho a exigir de las personas o de las cosas ajenas. 6.º) El de no ser compelido al cumplimiento de las obligaciones, sino por la autoridad pública y por los medios que hubiese señalado anteriormente la ley. 7.º) El de reclamar de la autoridad pública la protección de los derechos concedidos por la ley contra cualquiera que intente vulnerarlos. 8.º) El de igualdad legal para la reclamación de sus derechos, y el cumplimiento de sus obligaciones sin diferencia de condición ni de fortuna». Y todavía el art. 17 del proyecto, que formaba parte de las *disposiciones generales* de este libro I, señalaba que «ambos sexos son iguales en derecho», aunque añadiera que «la ley, no obstante, establece algunas diferencias que se expresan en el lugar correspondiente».

Del valor de esta declaración de derechos, de la índole y naturaleza de éstos, y aun de la función normativa que, en relación con ellos, compete al Código civil y a la propia Constitución, ofrece no pocos datos la propia Comisión redactora del proyecto, en un revelador párrafo de la Exposición de motivos del mismo: «estos derechos —se lee en ella—, según aquí se consideran, son más bien civiles que políticos. La libertad individual como derecho civil es la facultad que tiene cada uno de disponer de sí y de sus cosas según le convenga, a menos que lo prohíba alguna ley o pacto. La libertad política es objeto de la ley fundamental, y consiste en que el Estado se halle constituido de manera que no pueda abusarse del poder supremo para oprimir a los ciudadanos. La seguridad puede considerarse también como un derecho civil concedido a todos por la ley protectora, que afianza el derecho de propiedad y los demás así reales como personales. A todos concede también la ley, sin diferencia de condición ni de fortuna, la facultad de reclamar sus derechos, y esta igualdad es puramente civil; pues bajo el aspecto político no la puede haber rigurosamente, por cuanto no a todos se conceden igualmente los derechos políticos: para ejercer algunos de ellos se necesitan ciertas calidades y el que no las tenga estará privado de los mismos».

En todo caso, pues, vigente la Constitución de 1812, el proyectado Código civil se presenta como la sede donde ha de recogerse el Derecho (entendiendo por tal las normas jurídicas invocables ante los tribunales y aplicables por éstos) que carece de acomodo en los otros

Códigos (los cuales, en conjunto, han de comprender todo el Derecho), incluyendo dentro de él no pocas reglas que exceden de lo que es propio y estricto Derecho privado. Considerando el planteamiento y contenido de los proyectos de 1821 y 1836, e incluso el tenor de la propia Constitución gaditana, no parece puedan caber excesivas dudas de que habían de ser —básica y fundamentalmente— los preceptos del Código civil las «leyes sabias y justas» destinadas a conservar y proteger «la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos» de la Nación, a que se refería el art. 4 de la norma fundamental; como tampoco de la relación de complementariedad existente entre las disposiciones que la Constitución dedicara a formular el principio del imperio de la ley y a articular sus principales consecuencias, por un lado, y las reglas relativas a la aplicación y efectos de las leyes en general que pretendían incorporar los proyectos de Código a sus respectivos títulos preliminares, por otro. Parece claro, por tanto, que el Código proyectado estaba llamado a cumplir ciertas funciones que eran propias de la Constitución en el concepto originario de ésta (garantizar los derechos y establecer en la práctica la separación de poderes: art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789), o al menos a colaborar esencialmente con aquélla en el cumplimiento de las mismas; aunque, desde un punto de vista estrictamente técnico, ello no autorice, en este caso [dado que la Constitución de 1812 era *rígida*: preveía un procedimiento especial para su modificación (99); y *norma suprema*: su inobservancia acarreaba cierta sanción (100)], a atribuir al Código proyectado, ni a ninguna parte de él, un valor *materialmente* constitucional.

10. «Desconstitucionalización» de la Constitución: las Constituciones de 1837 y 1845 y el proyecto de Código civil de 1851.

Aparentemente, las dos siguientes Constituciones españolas —la de 18 de junio de 1837 y la de 23 de mayo de 1845— parecen atribuir una más esencial función a los Códigos, toda vez que, por un lado, imperan su vigencia, sin matiz alguno, «en toda la monarquía» (101) y,

(99) *Cfr.* arts. 375 y ss.

(100) Aunque ésta fuera rudimentaria. Según su art. 372, «las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella». Y, conforme al art. 373, «todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución».

(101) Esta pretensión de unificación legislativa a través de los Códigos «en toda la monarquía» no es tal, porque ambas Constituciones contienen la prescripción adicional de que «las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales»

por otro, sitúan los correspondientes preceptos en el primero de sus títulos, entre los dedicados a declarar los derechos de los españoles (102).

En la práctica, sin embargo, el tratamiento constitucional que la codificación recibe en 1837 y 1845 implica, respecto a la Constitución de 1812, una importante devaluación de la función atribuida a los Códigos en el conjunto del sistema. Como ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA (103), «las monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el continente por los ejércitos de Napoleón (...) van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasan a hacer simple retórica»; y a tal esquema responden, sin duda, las Constituciones españolas de 1837 y 1845. En estas condiciones, las consecuencias que pudieran resultar de la ubicación constitucional de la regla atinente a los Códigos entre los preceptos que declaran derechos, quedan anuladas por el carácter meramente retórico que ahora conviene a tal declaración; y, por el contrario, la nueva ubicación de aquélla contribuye a hacer desaparecer la idea —clara en la Constitución de 1812, como prueban los planteamientos que presiden la redacción de los proyectos de Código civil de 1821 y 1836, ya explicados— de que en los Códigos ha de contenerse, necesariamente, todo el Derecho.

Pese a todo, no creo pueda decirse —ni mucho menos— que las disposiciones comentadas de las Constituciones de 1837 y 1845 carezcan de toda relevancia. Por lo pronto, es cierto que, en este nuevo contexto constitucional, no es ya exigencia de la Constitución misma que los Códigos conformen el entero sistema jurídico; pero parece, no obstante, que la inclusión en ella de una regla ordenando su redacción sí debía significar, al menos, que los Códigos que en su día formara el legislador ordinario habrían de constituir el centro o núcleo esencial de dicho sistema. Y, por otra parte —y ello sí que me parece relevante—, queda en pie el significado esencialmente político de los indicados preceptos constitucionales, que no es otro —a mi entender— que el de considerar a los Códigos como instrumento para la unificación de las diferentes legislaciones entonces coexistentes en España (es más, como el único instrumento apto para llevar a cabo tal unificación).

(2.º art. adicional de la Constitución de 18 de junio de 1837 y art. 80 —adicional— de la de 23 de mayo de 1845). En este sentido, en nada se diferencian, en realidad, las Constituciones citadas de la de Cádiz de 1812, cuyo art. 258 previó la vigencia de unos mismos Códigos «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes», inciso éste que se incluyó pensando, ante todo, en las provincias de Ultramar. *Cfr.*, sobre ello, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO CONTRERAS, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *RJN*, 6-1 (1988) p. 71 s.

(102) Constitución de 18 de junio de 1837, art. 4.º: «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales». Constitución de 23 de mayo de 1845, art. 4.º: «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía».

(103) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 98.

Se infiere ya esta conclusión del propio tenor literal del art. 4.º de la Constitución de 1837 y del precepto del mismo número de la de 1845, que se limitaron a afirmar, taxativa y escuetamente, que «unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía». Incluso la remisión a la disposición final de ambas Constituciones de la excepción a esta regla que comporta la previsión de que «las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales», apunta en la dirección de impedir que cualquier matiz incluido en aquellos preceptos pudiera dar pie al mantenimiento en la metrópoli de cualquier clase de variedad normativa. Pero la prueba definitiva la aportan, en mi opinión, inequívocos datos ajenos a la Constitución como tal, pero de indudable trascendencia constitucional (104): me refiero a las leyes que constituyeron el soporte jurídico de la incorporación del Reino de Navarra al Estado liberal unitario. La primera de esas leyes es la de 25 de octubre de 1839, de confirmación de los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, cuyo art. 1.º estableció que «se confirman los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, *sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía*», señalando su art. 2.º que «el Gobierno, tan pronto a la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, concilián-

(104) Respecto a la Ley de 25 de octubre de 1839, su calificación como norma constitucional, que opera como una suerte de «acta adicional» de las constituciones españolas, ha sido defendida por J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y régimen foral de Navarra*, Pamplona 1989, p. 67 ss., en la línea ya avanzada por GARRÁN Y MOSO, *El sistema foral de Navarra y provincias vascongadas*, Pamplona 1935, p. 22, y MONREAL CIA, *Entidad y problemas de la cuestión de los derechos históricos vascos*, en «Jornadas de estudio sobre la actualización de los derechos históricos vascos», Bilbao 1986, p. 64. Como escribe SANTAMARÍA PASTOR («Las leyes de 25 de octubre de 1839 y 16 de agosto de 1841: un análisis jurídico y constitucional», en el vol. *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, cit., p. 33), «los argumentos que avalan esta nueva posición teórica son abundantes. La calificación como “acta adicional” es clara en lo que afecta a la Constitución de 1837, respecto de la cual venía a desempeñar un papel semejante al artículo adicional 2.º de la misma, que autorizaba el establecimiento de un régimen especial para las provincias de Ultramar; su naturaleza materialmente constitucional se halla también advenida por la circunstancia de haber habilitado a las Cortes para establecer un régimen cuyo único límite se hallaba en el respeto a la unidad constitucional y que, por lo tanto, podía llevar a excluir la aplicación de otras normas de la propia Constitución. Por lo demás, como la doctrina citada ha puesto acertadamente de manifiesto, la validez de esta operación constitucional resultaba perfectamente viable, habida cuenta del carácter flexible que la Constitución de 1837 poseía. El que no existan testimonios parlamentarios de que las Cámaras, al aprobar la Ley de 1839, fueran conscientes de llevar a cabo una innovación constitucional (o, al menos, de autorizarla) no es, desde luego, un argumento en contra de esta tesis». En cuanto a la Ley de 16 de agosto de 1841—que trae causa de la anterior—, para la defensa de su naturaleza constitucional, J.A. RAZQUIN, *op. cit.*, p. 103 ss.; la niega SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, p. 46 ss., pero su relevancia práctica en tal sentido, fundamentando el particular régimen de autonomía de que Navarra ha gozado desde entonces, es un hecho que, como tal, a mi juicio, no puede negarse: *cf.* DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y Parte General*, Pamplona 1990, p. 20.

dolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía (...)». La Ley de modificación de los fueros a que se remitía este último artículo fue, para Navarra, la Ley de 16 de agosto de 1841: en ella habían de preverse, pues, las disposiciones modificativas del régimen vigente entonces en Navarra, introduciéndose, desde luego, aquellas reformas que se considerara venían imperadas por la *unidad constitucional* resultante de la Constitución vigente de 1837. Pues bien: el art. 2.º de esta Ley de 16 de agosto de 1841—y es significativo que su redacción ya venía propuesta, en términos casi idénticos, en el texto que propuso para su ulterior aprobación como ley la propia Diputación de Navarra— vino a disponer que «la Administración de Justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial, en los mismos términos que en la actualidad, *hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del reino, se formen los Códigos generales que deban regir en la monarquía*» (105). Ello pone de manifiesto —me parece— cómo, en la Constitución de 1837 (y lo mismo en la de 1845), la formación de los Códigos (y no sólo el civil, puesto que al menos la legislación de Navarra que había de ser sustituida por los Códigos también comprendía la materia penal y la mercantil) es ante todo concebida como instrumento para alcanzar la unificación legislativa.

Así, si en el primer aspecto —el estrictamente jurídico— la codificación apenas alcanza —desde el prisma constitucional— el rango de lo conveniente, en este último sentido —en la perspectiva de la unificación legislativa—, la formación de los Códigos se revela como política y constitucionalmente imprescindible.

A mi juicio, el descrito panorama constitucional explica en buena medida el alcance y contenido del proyecto de Código civil de 1851, redactado bajo la vigencia de la Constitución de 1845. En dicho proyecto se parte, por lo pronto, como premisa, de la estricta reducción de la Constitución al ámbito de lo político: llama la atención, en este sentido —y a diferencia de lo que ocurriera en los proyectos de 1836 y, sobre todo, de 1821—, lo escaso de las alusiones de GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias* del proyecto (106), a la Constitución vigente, aun al

(105) Sobre las leyes de 25 de octubre de 1839 y 16 de agosto de 1841, *cfr.* J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y régimen foral de Navarra*, Pamplona 1989, p. 56 ss., y allí exhaustiva noticia bibliográfica; sobre el art. 2.º de la Ley de 1841 en particular, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro, I, Introducción y Parte General*, Pamplona 1990, esp. p. 83 ss.; DE PABLO CONTRERAS y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *Revista Jurídica de Navarra*, 6-1 (1988), pp. 65 ss., y «La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)», en el vol. col. *Centenario del Código civil, I*, Madrid 1990, pp. 517 ss.

(106) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, I*, Madrid 1852.

comentar los preceptos del título preliminar del Código, que se ocupa *de las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación*; y tanto o más revelador es que, cuando tal mención se lleva a cabo, se parta de la base de que la previsión contenida en el Código civil es imprescindible para que tenga eficacia jurídica lo establecido por la Constitución, limitada como queda ésta al orden político (107). Por lo demás, el cumplimiento del verdadero designio constitucional —y, por tanto, político— en punto a la codificación civil lo trata de realizar el art. 1.992 del proyecto (disposición final), según el cual «quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código». La unificación que se trata de alcanzar, relativamente a la variedad legislativa heredada del pasado histórico, mediante la sustitución por el Código de lo existente, se garantiza por el mismo Código, para el futuro, a través de las disposiciones de su título preliminar, que regulan la eficacia de la ley en general —no sólo en el ámbito civil— concibiendo a ésta como la única fuente —desde entonces— del Derecho. La inclusión de tales reglas en un Código deviene necesaria para asegurar una unificación que constitucional y políticamente sólo a través de él es factible; pero, a partir de ahí, ni su concreta articulación en el Código civil, ni su concreto contenido, aparecen imperados ni predeterminados en la Constitución: la dejación que ésta hace en tan esencial campo en favor del legislador ordinario, redactor de los Códigos, permite a éste cualquier solución. Sobre la base de esa remisión constitucional «en blanco», la asignación al Código civil del papel central en el conjunto del ordenamiento que deriva de la inclusión en él de la disciplina de las leyes en general, es consecuencia de la adopción —perfectamente posible y, por lo demás, lógica, aunque no obligada— del modelo instaurado en Francia por el *Code de Napoléon*.

Si se parte de estos presupuestos, no es difícil comprender el alcance que, en el plano que aquí interesa, hubiera tenido la aprobación como ley del proyecto de 1851. Ante la pasividad adoptada por las Constituciones que siguieron a la de 1812, en el título preliminar del

(107) Así, al pie del art. 14 del proyecto —según el cual «las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimientos, ni diferencias de condiciones sociales»— escribe GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, I, *cit.*, p. 26) que este artículo es «una consecuencia, o más bien una aplicación en el derecho civil de lo dispuesto para el derecho público y político en los artículos 5 y 6 de la Constitución»; y, reconociendo la nula virtualidad práctica de estos preceptos constitucionales, añade que, «sin embargo, las distinciones de nacimiento o diferencias por esta causa han subsistido aun bajo los ministros progresistas, y subsisten las pruebas para cruzarse en las órdenes militares, lo que no se compadece con los artículos constitucionales, ni con este». Del art. 18 del proyecto, relativo a la nacionalidad española, dice GARCÍA GOYENA (*Op. cit.*, p. 29) que «es el primero del título 1.º de la Constitución política de 1837, conservado literalmente en la reformada de 1845»: la repetición, sin embargo, ni se juzga innecesaria, ni requiere de particular explicación.

Código civil habría quedado consagrado el principio jurídico esencial que, en la Francia revolucionaria, justificó en buena medida la aparición misma del concepto de Constitución: el principio del imperio de la ley, con sus corolarios de igualdad de los ciudadanos ante la misma (108), inderogabilidad de sus disposiciones por convenios particulares (109) y limitación de la función judicial a la aplicación de la ley (110). Que todo ello es *materia constitucional*, parece evidente; y, técnicamente, la notoria falta de normatividad de las Constituciones de 1837 y 1845, junto a su *carácter flexible*, hubiera permitido atribuir al título preliminar del proyecto de Código civil de 1851, si se hubiera convertido en ley, un valor *materialmente constitucional*.

Mas, junto a ello, la misma tibieza constitucional, aplicada ahora a la formulación de la aspiración de la codificación, comporta la pérdida definitiva de la idea de que los Códigos han de contener todo el Derecho; planteamiento éste que encuentra expreso reconocimiento en el art. 17 del proyecto de 1851—el último de su título preliminar—, a cuyo tenor «las disposiciones de este Código sólo son aplicables a los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales, en cuanto no se opongan a estas leyes». Aparte la referencia a las leyes de comercio, luego codificadas, el sistema permite ahora la existencia

(108) Art. 14 del proyecto: «Las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimiento, ni diferencias de condiciones sociales». El «orden civil», como prueba el comentario de GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, p. 26) es, sencillamente, el contrario a «público y político»; en consecuencia, las «leyes» a que se refiere el precepto no son los artículos del Código, y ni siquiera las leyes que hoy calificaríamos como de Derecho civil, sino las leyes en general no públicas ni políticas, esto es, las que interesan al ciudadano y pueden aplicar los Tribunales.

(109) Art. 11 del proyecto: «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres».

(110) Art. 13 del proyecto: «Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general y reglamentaria». De él comenta GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, p. 25) que «dejando aparte la pueril y liviana enmienda o supresión de las palabras “Poder judicial” hecha en la Constitución reformada de 1845, este artículo es una inmediata o material aplicación de lo dispuesto en la misma (...). A los tribunales pertenece exclusivamente la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; ni las Cortes, ni el Rey pueden abrogársela sin manifiesta infracción de la Constitución; pero tampoco pueden los tribunales abrogarse en todo o en parte el poder legislativo (...). Por la misma razón tampoco les corresponde la interpretación por vía de autoridad o auténtica de las leyes, como que es atribución innata e inseparable del poder legislativo (...). “En cuanto al artículo 5 (se dice en el discurso número 2 francés) es una consecuencia de la división de los poderes”, y se ve que entre ellos comprende el judicial sin escrúpulos, remilgos ni sutilezas». Obsérvese cómo GARCÍA GOYENA estima que la materia de que se ocupa este precepto es propiamente constitucional, pero constata el abandono o, al menos, tibieza de la Constitución en este punto; y, ciertamente, si se atiende al tenor literal de los arts. 66 a 71 de la Constitución de 1845, difícilmente puede dejarse de concluir que el principio de la separación de poderes y de vinculación del juez a la ley, si aparece formulado en alguna parte, es en el precepto indicado del proyecto de Código civil, y no en la Constitución.

de «otras especiales» no incluidas en Código alguno. Respecto a ellas, la virtualidad del Código civil como centro del sistema jurídico cuyos rasgos esenciales el proyecto de 1851 trató de dibujar, no estriba sólo en que su título preliminar gobierna también, por norma, sus «efectos y reglas de aplicación», en una evidente función de Derecho común *a priori* y «desde arriba»; sino que aquella posición nuclear del Código se manifiesta también en la función que se le atribuye como cierre del sistema, Derecho común *a posteriori* y «por abajo» respecto a cualesquiera leyes especiales.

11. Las Constituciones de 1869 y 1876.

Todavía las ulteriores Constituciones españolas de 1 de junio de 1869 (111) y 30 de junio de 1876 (112) contienen la regla de que «unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía»; y no es tarea fácil la de determinar el valor constitucional de estas previsiones.

Es cierto que, tanto la Constitución de 1869 como la de 1876, acogen la regla relativa a la codificación entre los preceptos que dedican, respectivamente, al Poder judicial y —en expresión ideológicamente mucho más aséptica— a la Administración de Justicia. Sin embargo, por encima del tenor literal de los correspondientes preceptos constitucionales y de su interpretación sistemática dentro de cada cuerpo fundamental —cada uno de los cuales se alinea, por otra parte, en dos conceptos bien distintos de Constitución (113)—, está la realidad de los hechos,

(111) Art. 91: «A los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. La justicia se administra en nombre del Rey. Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

(112) Art. 75: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

(113) En la Constitución de 1869 no hay indicio alguno de la idea de la Constitución como fruto de un pacto entre el pueblo y la Corona, presente en las de 1837 y 1845, que tanto tiene que ver con la pérdida del concepto originario de Constitución (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 98 s.); apareciendo, por el contrario, la Nación española como autora de ésta. El cambio —que supone una significativa vuelta a los orígenes del constitucionalismo— es puesto de manifiesto, aun antes de producirse, por el Ministro ROMERO ORTIZ en la exposición de motivos del proyecto de título preliminar y libro primero del Código civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869: «a una monarquía fundada en derechos tradicionales que reconocía como transacción derechos en el pueblo —afirma—, han sucedido los principios que hacen al poder supremo, en el ejercicio de sus facultades, delegado de la soberanía de la Nación; que le da la investidura en forma determinada de gobierno, cual lo resuelve en sus prescripciones el Código fundamental» (LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 499). La Constitución de la monarquía española de 30 de junio de 1876, en cambio, es decretada y sancionada —según reza en su preámbulo— por el Rey Alfonso XII «en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino».

que sólo se explican adecuadamente desde una concepción de la Constitución en que las reglas extravagantes respecto a lo estrictamente político no pasan de ser meras declaraciones retóricas, elencos de intenciones sin virtualidad jurídica alguna. Y hay un hecho que excluye de plano la idea de los Códigos omnicomprensivos y autosuficientes —que contienen todo el Derecho aplicable por los Tribunales— que resultaba de la inclusión de la regla relativa a la formación de los Códigos, en la Constitución de Cádiz, entre las disposiciones constitucionales relativas a la Administración de Justicia: me refiero a la adopción, constante y consciente, de la vía de las leyes especiales para reformar la legislación civil, utilizada ya desde el fracaso del proyecto de 1851 y continuada luego, con especial profusión, estando vigentes las Constituciones de 1869 y 1876 (114).

No parece posible afirmar, entonces, que el Código sea ya complemento necesario de la Constitución, llamado por ésta —en exclusiva— para incorporar al orden jurídico el nuevo sistema de valores en que aquélla se funda: tal función la pueden cumplir —y de hecho la cumplieron—, en igual medida, las leyes especiales. Y éstas, por otra parte, procuran por sí mismas una cierta unificación legislativa, aunque sea parcial (115).

Así las cosas, quedaría en pie, como más específico significado constitucional de las alusiones a la codificación, el de medio o instrumento para alcanzar la completa unificación legislativa, suprimiendo definitivamente y de una vez por todas la diversidad existente; y, a la vez —y ello pudiera explicar su inclusión entre los preceptos relativos a la Administración de Justicia—, ya que la idea del Código autosuficiente es abandonada, mantener al menos la función de aquél como núcleo esencial o centro de un sistema al que, en último término, reconducir las leyes extracodiciales. Mas, en orden al cumplimiento de su esencial significado constitucional, ligado a la unificación legislativa, las Constituciones de 1869 y 1876 formulan la aspiración de la codificación de un modo cuando menos confuso: ambas añaden, en

(114) Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; Ley Hipotecaria de 1861; Ley de Aguas de 1866; Ley del Matrimonio civil, de 18 de junio de 1870; Ley provisional del Registro civil, de 17 de junio de 1870; Ley sobre efectos civiles de la interdicción civil, de 18 de junio de 1870; Ley de 11 de julio de 1878, sobre redenciones de censos; Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879; Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; Ley de Asociaciones, de 30 de junio de 1887.

(115) La trascendencia unificadora es predicable de todas las leyes especiales, pero es especialmente relevante en el caso de la Ley hipotecaria: como se lee en su exposición de motivos, «apenas hay institución a que no afecte la innovación, en el orden de familia, a la sociedad conyugal y a la potestad paterna; en el de tutelas y curadurías, a las relaciones entre el menor o incapaz y los que están encargados de su guardia; en el de propiedad y demás derechos en la cosa, en su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones; en el de sucesiones, al respeto a la voluntad del testador o a la disposición de las leyes; en el de contratos, a la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos».

efecto, a la afirmación de que «unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía», la matización de que ello será «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes». Logrados ya para entonces los Códigos mercantil y penal, esta referencia a posibles «variaciones» sólo podía aludir —aparte el problema de la aplicación y vigencia de los Códigos en los territorios de ultramar— a la codificación civil (y, por ende, a la relación de ésta con la desaparición o mantenimiento del Derecho de los territorios llamados forales), la cual aparece ya constitucionalmente devaluada en su alcance y significación política (116).

Naturalmente, la ambigua alusión a la codificación civil en una Constitución ya de por sí de nulo valor jurídico real, permite cualquier solución adecuada a la norma fundamental. De este modo, la idea del Código civil como instrumento para alcanzar la completa unificación legislativa —todavía presente en el proyecto de título preliminar y libro primero presentados a las Cortes, el 19 de mayo de 1869, por el ministro Antonio ROMERO ORTIZ (117)— acaba siendo sustituida por la

(116) Con referencia a las «variaciones» a que alude el art. 91 de la Constitución de 1869, afirma DE CASTRO (*Derecho civil de España*, I, Madrid 1949 —reed. Madrid, 1984—, p. 193) que «el doctrinarismo de la Revolución de septiembre de 1868 no sólo no logra hacer avanzar la codificación, sino que dejará que tome carácter constitucional la variedad legislativa»; y más adelante señala que «la Constitución de 1869 recoge la fórmula del artículo 258 de la Constitución de 1812, pero dándole un nuevo sentido: el de exceptuar de la unificación a las instituciones forales. En la ley de autorización para la Ley de matrimonio civil se aplica este criterio, restringiendo el alcance de la futura ley general, al salvar expresamente a los Derechos forales. Esta postura, un tanto ambigua, se mantiene en la Constitución de 1876, que copia en este extremo a la de 1869» (*op. cit.*, pp. 223 s.). Desde luego, que el sentido de la fórmula constitucional de 1869 y 1876 fuera el indicado por DE CASTRO, vinculado a la conservación de los Derechos civiles forales (*cf.*, también, Encarna ROCA, «La codificación y el Derecho foral», *RDP*, 1978, p. 596), es más que posible y, en este sentido, es muy revelador el dato del art. 1.º de la Ley de autorización de la del matrimonio civil, de 24 de mayo de 1870 (que estableció la aplicación de dicha ley «sin perjuicio además de lo que se dispusiese por el Derecho foral vigente, respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y sus descendientes»); sin embargo, los debates constitucionales no arrojan luz alguna sobre este extremo, y no puede descartarse que, como en 1812, se pensara también en los territorios de ultramar (de hecho, los arts. 108 y 109 de la Constitución de 1869, y el 89 de la de 1876, se limitan a prever leyes especiales de índole política para tales territorios; de donde que pudiera pensarse en la necesidad de una previsión expresa de excepción en lo atinente a los Códigos). En todo caso, es claro que la fórmula constitucional aludida posibilitaba la conservación de las legislaciones forales; y que de hecho la posibilitó. Sobre ello, *cf.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO, *op. cit.*, p. 72.

(117) Al decir de DE CASTRO (*op. cit.*, p. 193), «el proyecto de libro primero del Código civil que presentó el ministro Antonio Romero Ortiz a las Cortes, basado en la doctrina de la libertad de cultos, se retira por haber triunfado de nuevo el sistema de leyes especiales y acentuado las concesiones al regionalismo». Reproduce dicho proyecto LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 497 ss.

concepción incorporada al texto de los proyectos de ley de bases de 22 de octubre de 1881(118) y 7 de enero de 1885 (119) y, luego, a la definitiva ley de bases de 11 de mayo de 1888: la función unificadora que constitucionalmente se confiere al Código civil queda así finalmente concretada en la fórmula contenida en el art. 5.º de esta última —luego trasladada, con escasas variantes, al art. 12 del Código (120)—, a cuyo tenor «las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino.

(118) Proyecto de 22 de octubre de 1881, base 17: «Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el reino se trasladarán al Código civil, en su esencia, las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir, con ventaja común, el Derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto, en las provincias aforadas se conservarán por ahora y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia.— El Gobierno procurará, sin embargo, al redactar el Código general establecer entre estas y aquellas instituciones especiales la posible asimilación para que las dificultades que resulten subsistan tan sólo como excepción de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre instituciones similares y acercándose cuanto sea posible a la unidad legislativa. En todo caso los naturales de las provincias aforadas y los que en ellas posean muebles, inmuebles o derechos reales podrán optar a su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del reino en cuanto no perjudique a los derechos de tercero.— En consonancia con lo dispuesto en los párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio».

(119) Proyecto de 7 de enero de 1885, art. 5.º: «En las provincias y territorios en que subsista derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrinas, que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho canónico y el romano». Sobre los arts. 7.º de la Ley de Bases y 13 del Cc., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, comentario al art. 1 en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, I (dir. LACRUZ), Zaragoza 1988, pp. 112 ss.

(120) «Las disposiciones de este Título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro I.— En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.^a, relativa a las formas de matrimonio» (121).

El mandato constitucional unificador de 1876 lo cumple, pues, el Código de 1889 —aparte la ratificación de la unificación parcial en contenidos normativos, realizada en su momento por la Ley del matrimonio civil de 1870, que implica la regla de aplicación general y directa del Título IV del Libro I— afirmando la vigencia directa y general del título preliminar «en cuanto establece los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación» y, a un tiempo, la vigencia supletoria, respecto a los Derechos forales, del resto de sus prescripciones. Con ello no hace más que trasladar, a la relación entre el Derecho civil general y los Derechos civiles forales o territoriales, la misma solución prevista ya en el proyecto de 1851 para la relación entre el Código civil y las leyes especiales, que, por lo demás, el Código de 1889 mantiene: aplicación del título preliminar al conjunto del ordenamiento, civil o no; y consideración, a la vez, del Derecho contenido en el Código civil como común o supletorio de cualesquiera otros conjuntos normativos (122).

12. El Código civil de 1889.

¿Cuál es, entonces, la clase de relación que existe —si es que existe alguna— entre la Constitución de 1876 y el Código civil que entra en vigor en 1889?

A mi modo de ver, existen sin duda esas relaciones. Son las mismas de muy diversa índole; pero todas ellas, en conjunto, permiten afirmar que no pocos preceptos del Código civil *sustituyen* a la Constitución en algunas de las funciones que justificaron la aparición de esta clase de norma y siguen justificando hoy su existencia al frente del ordenamiento. De ahí que no quepa negar a dichos preceptos del Código civil —me parece—, en el momento en que éste irrumpe como tal, un inequívoco valor constitucional.

(121) La solución que encarna este precepto en pro de la unidad legislativa —aplicación directa del título preliminar y aplicación supletoria del Código civil en su conjunto— es general: la diferencia resultante del art. 13 (7.º de la Ley de Bases), relativo a Aragón y las Provincias Baleares (territorios en los que el Código rige como supletorio de primer grado, en defecto «de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes»), es, en un planteamiento conceptual y sin perjuicio de su indudable trascendencia práctica, de matiz. Y, por lo demás, aquella solución se mantiene, como esquema, en el art. 6.º de la Ley de Bases de 1888, que ordenaba la redacción de Apéndices «en los que se contengan las instituciones que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen».

(122) Según el art. 16 del Código civil de 1889, «en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código».

En todo caso, presupuesto para comprender tal valor constitucional de esos preceptos del Código es el fenómeno previo, ya aludido, que podría describirse gráficamente como de *desconstitucionalización* de la propia Constitución: la inicial concepción de ésta como norma refundadora, no sólo de las estructuras políticas y de gobierno, sino de todo el orden jurídico y aun social, deja paso a una Constitución que, fuera acaso de aquellos aspectos estrictamente relativos a la organización política, es meramente semántica y retórica. Constatada, entonces, la inutilidad jurídica de la norma fundamental —salva su consideración, meramente abstracta (y por tanto independiente incluso de su real existencia), como exigencia lógica de la unidad del ordenamiento—, la doctrina (123) empezará a referirse a ella como *Constitución formal*, por contraposición a otra *Constitución material*, esta sí real y efectiva, que, en cuanto recipiente de las decisiones políticas fundamentales que dan vida a un determinado modo de organización social puede no estar siquiera escrita; y cuyos componentes jurídicos han de encontrarse, en todo caso, en normas no formalmente constitucionales (124). No es, pues, aquella *Constitución formal* la que *constituye* como tal a una sociedad, dotándola de unidad también en el orden jurídico; ni la que asegura la garantía de los derechos (aunque acaso declare *formalmente* alguno o algunos de ellos); ni tampoco la que establece realmente la separación de poderes: estos elementos esenciales a la idea originaria de Constitución, presentes en el famoso art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 —«toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución»—, han de encontrarse, de existir, fuera de aquélla; y, con relevancia jurídica, en otras normas distintas que forman parte, por eso, de la *Constitución material*.

Este fenómeno de *desconstitucionalización* de la propia Constitución, se detecta, desde luego, en las Constituciones españolas que siguen a la de Cádiz; y alcanza, tal vez, su punto culminante en la norma

(123) Partiendo de la famosa conferencia pronunciada en Berlín, en abril de 1862, por LASALLE, p. 53 ss. de la ed. española, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona 1976 (aunque hay otros precedentes: *cfr.*, sobre ello, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamento de Derecho administrativo*, I, *cit.*, p. 439). El autor hablaba de la existencia de «dos Constituciones de un país, esa Constitución *real* y *efectiva*, formada por la suma de factores (de poder) reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución *escrita*, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la *hoja de papel*» (p. 77). Para un acertado resumen de las distintas formulaciones del concepto material de Constitución, por ejemplo, TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, 1991, pp. 143 ss. En la doctrina italiana la noción hizo especial fortuna, a partir, sobre todo, de MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

(124) *Cfr.*, sobre este fenómeno, la breve pero expresiva —y reveladora— síntesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *cit.*, p. 99 ss. También, de forma más didáctica, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, p. 437 ss.

fundamental de 1876, vigente al aprobarse el Código civil. En consecuencia, las formulaciones constituyentes que justificaron la aparición de la Constitución como norma y que comportan una nueva configuración (revolucionaria) de las estructuras que sustentan el orden jurídico, en vano tratarán de encontrarse en tales Constituciones: es fuera de ellas donde se hallan; y al Código civil corresponde, desde su aparición en el orden jurídico, un sustancial protagonismo en su determinación que justifica la atribución a sus reglas de un valor *materialmente* constitucional (125).

(125) Especialmente reveladora del fenómeno que trato de describir es la consideración de la consagración jurídica, en España, del principio —sin duda de relevancia constitucional— del imperio de la ley a lo largo del siglo XIX. Dicho principio aparece como uno de los más inmediatos postulados del constitucionalismo en la Francia revolucionaria: así lo prueba el contenido de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 (*cf.*, en particular, sus arts. 5.º y 6.º) y, luego, la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (*cf.*, en particular, art. 4.º, cap. II, sec. I). En la Constitución de Cádiz de 1812 este principio se infiere con claridad de varios de sus preceptos (así, de su art. 153, según el cual —en términos significativamente similares a los del originario art. 5 Cc.— «las leyes se derogan con las mismas formalidades y por los mismos trámites que se establezcan»), de modo que no puede negarse su valor —formal y materialmente— constitucional. En ella, además, la regla se formula —de acuerdo, por lo demás, con el primer doctrinarismo revolucionario— en términos de monopolio: en su concepción, la única fuente del Derecho es la ley y la función de los jueces y tribunales consiste, exclusivamente, en aplicar ésta en las causas civiles y criminales (*cf.* art. 242). La ley se considera perfecta y completa, y capaz de resolver todos los casos posibles; si acaso hubiera necesidad de interpretar la ley, tal interpretación no compete a los tribunales, sino a las propias Cortes autoras de la ley (*cf.* art. 131.1.º); y, en este extremo, la única función posible del Supremo Tribunal de Justicia —creado por el art. 259— es la de «oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 261.10.º). El recurso de nulidad —del que toca conocer al Supremo Tribunal de Justicia y que procede contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad personal de los jueces por toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal (*cf.* arts. 261.9.º y 254)— no sirve para juzgar la adecuación de las sentencias de última instancia a las leyes sustantivas, sino sólo para asegurar el cumplimiento de los trámites procesales. A partir, sin embargo, de la Constitución de 18 de junio de 1837, la articulación jurídica del principio del imperio de la ley (y, por ende, la cuestión del monismo o pluralismo del sistema de fuentes) abandona los textos constitucionales para ubicarse en las leyes ordinarias e inducirse, primordialmente, de las reglas procesales y de la naturaleza de los recursos cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo. Se formula, primero, como monopolio de la ley, pero reconociendo a los Tribunales la facultad de interpretarla: ello se pone de manifiesto en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que atribuyó al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias que «fueren contrarias a ley clara y terminante» (art. 3.º); la jurisdicción del Tribunal Supremo es sólo rescindente o de anulación del fallo, debiendo devolver los autos al tribunal a quo para que éste «sobre el fondo de la cuestión determine en última instancia lo que estime justo» (art. 18). Como se ve, este recurso de nulidad responde a la idea de que la ley es perfecta y completa, capaz por tanto de resolver todos los casos posibles, de modo que no es planteable la existencia de regla subsidiaria alguna: la ley ha de ser necesariamente la única fuente

Así, por una parte, es en el texto del Código civil —junto con el del Código penal— donde encuentra principal acomodo, si no ya la declaración formal de los derechos individuales, sí desde luego su reconocimiento efectivo y su garantía (126); aspecto en el cual el valor constitucional del Código se explica por el conjunto de su contenido y su eficacia institucional, constituyente —como dijera DE CASTRO— de la «organización jurídica de la vida íntima de la nación» (127). Mas,

del Derecho objetivo. Más tarde, sin embargo, aparece ya superado este planteamiento y se piensa, con realismo, en la necesidad de establecer algún género de regla supletoria que pueda resolver los supuestos no previstos en la ley; y, así, la Real Orden de 30 de enero de 1855, que dio nueva organización a la Administración de Justicia en las provincias de Ultramar, admitió el recurso de casación, además de «por violación de ley expresa», por la de «una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales» (art. 194); sentido subsidiario de la luego llamada *doctrina legal* que pasó a las leyes de enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855 (cfr. arts. 1.012, 1.015, 1.025, 1.059 y 1.060) y 23 de febrero de 1881. Fuese lo que fuese esta *doctrina legal* (desde luego, en un principio, algo distinto de la doctrina jurisprudencial, aunque después el Tribunal Supremo la acabara identificando con su propia doctrina) me parece claro que la misma aparecía como una verdadera fuente del Derecho, supletoria de la ley. Esta función de la *doctrina legal* como fuente supletoria —que, en definitiva, viene a poner de manifiesto el absoluto predominio de la ley, y aun su monopolio conceptual, sólo quebrado, a regañadientes, por imposición de la tozuda realidad de los hechos— desaparece por obra del Código civil de 1889, que previene ya explícita y taxativamente unas fuentes (costumbre y principios generales del Derecho: art. 6.º) supletorias de la ley. En todo caso, pues, una cuestión de esencia constitucional cual es el imperio de la ley, el monopolio de ésta como fuente del Derecho objetivo o, acaso, su posición y jerarquía en el ordenamiento, aparece formulada en España, tras el período de vigencia de la Constitución de Cádiz, fuera de los textos constitucionales: en las leyes de enjuiciamiento primero y, finalmente, en el Código civil.

(126) El fenómeno no es, desde luego, exclusivo de nuestro país y ha sido puesto de relieve, no sólo por los civilistas (véase la siguiente nota), sino también por los propios constitucionalistas. Basta con citar, en este sentido, al propio SANTI ROMANO, quien hizo notar cómo el Código civil italiano no sólo incluía preceptos y materias de estricto Derecho público, como las reglas sobre fuentes, o sobre la interpretación de las leyes o su irretroactividad; sino que presentaba además el desarrollo articulado de derechos tales como la libertad, la propiedad o, sobre todo, la igualdad civil, que tienen un preciso fundamento de orden constitucional [cfr. S. ROMANO, «Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche» (1903), incluido luego en sus *Scritti minori*, I, Roma 1950, p. 201 ss.; *L'ordinamento giuridico*, 2.ª ed., Firenze 1946, p. 201 s.; *Corso di diritto costituzionale*, 3.ª ed., Padova 1943, p. 38 ss.; o *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1946, pp. 7 y 75 ss.]. Por lo demás, la idea del Código como verdadera *constitución de la sociedad* —frente a la constitución política o del Estado— es apuntada por el propio C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (trad. esp.), p. 137 ss.; entre nosotros, GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid 1984 (reimp. ed. 1951), pp. 34 s.

(127) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 116; *vid.*, también, su *Compendio de Derecho civil*, I, Madrid 1957, p. 29. Cfr., además, R. BERCOVITZ, Prólogo a la edición del Cc. en Tecnos (en la de 1989, p. 22); CARRASCO PERERA, *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid 1988, p. 69 (con anotaciones críticas); Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 8.ª ed., Madrid 1992, p. 41; también, LACRUZ BERDEJO,

junto a ello —y sobre todo—, la eficacia *materialmente* constitucional del Código se pone de manifiesto inequívocamente en las disposiciones de su título preliminar, en las cuales queda consagrado en términos jurídicos el principio del imperio de la ley (128) y de sujeción del juez a sus prescripciones (dando así, al dogma de la separación de poderes, la efectividad práctica que ninguna declaración constitucional, hasta entonces, había alcanzado) (129); y cuya aplicación general, en todos los órdenes del Derecho, consigue —en función inequívoca y originariamente de naturaleza constitucional— reconducir a términos de unidad el conjunto del ordenamiento jurídico; unidad ésta, por último, a la que contribuye también decisivamente el propio título preliminar al atribuir al Derecho contenido en el Código civil el carácter de común o supletorio, no ya sólo de los Derechos civiles territoriales, sino aun de cualesquiera otros conjuntos normativos (130). Todo ello posibilitado por una Constitución que no es norma —y, mucho menos, por tanto, *norma suprema*— y que es, además, *flexible*: puede ser modificada, completada, suplida, y hasta sustituida (e infringida), por cualquier ley (131).

Elementos de Derecho civil, I, 1.^a ed., Barcelona 1975, p. 25; o GIL RODRÍGUEZ, «Acotaciones para un concepto de Derecho civil», *ADC* (1989), p. 361 (y allí otras referencias). También en la doctrina italiana se ha resaltado el mismo fenómeno: *cf.* GIORGIANNI, «Il Diritto privato ed i suoi attuali confini», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1961-I, pp. 399 y ss.; SANTORO-PASSARELLI, «Dai codici preunitari al Codice civile del 1865», en *Libertà e autorità nel Diritto civile* (Padova 1977), p. 16 y ss.; UNGARI, «Per la storia dell'idea di Codice», en *Quaderni Fiorentini*, 2 (1973), p. 208 ss.; o IRTI, «L'età della decodificazione», *Diritto e Società*, 1978-4, p. 615 s. Frédéric PORTALIS (*op. cit.*, p. XXXII) aludía a la misma idea al referirse al Código como *constitution civile de la cité*.

(128) Al que directamente se refieren los arts. 4 («Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez») y 5 («Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario») del Código.

(129) La formulación expresa de tales principios se recoge en el art. 6 Cc., a cuyo tenor «el Tribunal que rehusa fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.— Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Obsérvese que la norma no formulaba, en abstracto, el sistema de fuentes del Derecho: era, en realidad, una regla dirigida a los jueces y tribunales, que ponía de manifiesto la vinculación de éstos a la ley; sólo la constatación de que la ley no es perfecta y completa, ni capaz, por tanto, de resolver todos los casos posibles, junto a la obligación judicial de fallar siempre, exige la previsión de unas fuentes supletorias a las que pueda acudir el juez en defecto de ley «exactamente aplicable al punto controvertido».

(130) Sobre la supletoriedad del Código, *cf.* Encarna ROCA I TRÍAS, «El antiguo artículo 12 del Código civil y la historia del Derecho supletorio», en el vol. *Centenario del Código civil*, II, p. 1777 ss.

(131) Como escribe Luis M.^a Díez-PICAZO (*La derogación de las leyes*, *cit.*, p. 57 s.), «esta invasión de materias constitucionales por parte de los Códigos no tenía importancia alguna —es más: era coherente con el conjunto del sistema—, habida cuenta de la flexibilidad de los textos constitucionales bajo los que se promulgaron muchos Códigos (Estatuto Albertino de 1848, Constitución española de 1876) y la carencia, en todo caso, de mecanismos jurisdiccionales destinados a hacer valer la suprallegalidad constitucional». En el mismo sentido, SANTORO PASSARELLI, «Preleggi», en *Nuovo Digesto Italiano*, XIII, *cit.*, p. 628.

13. La reforma del título preliminar del Código, de 1974.

Naturalmente, mientras las normas constitucionales mantienen su estructura meramente retórica y su ineficacia práctica en el orden de lo propiamente jurídico —cual ocurriera en España con las llamadas «Leyes fundamentales» del régimen de Franco—, las verdaderas reglas primarias del ordenamiento, con relevancia jurídico-constitucional de hecho, siguen encontrándose fuera de los textos formal y supuestamente constitucionales.

De ese modo, conserva el título preliminar del Código civil, bien que no en exclusiva (132), el valor *materialmente constitucional* que le

(132) Ese valor *materialmente* constitucional fue también predicado, con innegable fundamento, de otras leyes. Al decir de Luis M.^º Díez-Picazo (*La derogación de las leyes*, Madrid 1990, p. 58), «desde el momento en que históricamente desaparecen las razones que justificaban la integración en el Código civil de las reglas sobre las fuentes y su aplicación y eficacia, se desvanece también todo valor que, en su condición de materialmente constitucionales, se pretendiera dar a dichas reglas. En efecto, la quiebra, por causas de todos conocidas, de una visión estrictamente liberal del ordenamiento determina que el centro de gravedad del mismo ya no se encuentre tan sólo en el Derecho privado, sino que el Derecho público experimente un considerable desarrollo. Ello implica que el Código civil deje de tener el monopolio de regular las normas sobre las normas y que otras muchas leyes —de las que también podría decirse que son materialmente constitucionales— contengan preceptos al respecto. Piénsese, por ejemplo —concluye el citado autor—, en la importancia que, para el sistema de fuentes, tuvo en España la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». De esta última afirmó N. PÉREZ SERRANO («Una ley básica que no es Ley Fundamental», en *Estudios en honor del profesor Barcia Trelles*, Santiago de Compostela 1958, p. 441) que revestía «una importancia extraordinaria por lo cual la calificamos de Ley básica. Quiere ello decir que merece ser incluida en el número siempre reducido de las leyes cuyo contenido representa cimiento o fundaciones de un edificio imponente. Aunque la ley, modestamente, se presenta como norma de mero Derecho administrativo, tiene un fondo político latente que no puede pasar inadvertido. Rima ello bien con la especial naturaleza del Régimen que, según declaraciones de máxima autoridad, representa una Constitución *in fieri* (...). Y como todo ello (...) enlaza con el propósito, patente, de hacer más rigurosamente jurídica la vida del Estado, aunque ello especialmente afecta a su Administración, no se estimará aventurada la idea de que el nuevo texto supone una reafirmación generosa de fórmulas que caracterizan al moderno Estado de Derecho». Parecido juicio merecieron, en su momento, en relación con las garantías de los administrados y el llamado —por los administrativistas— «principio de legalidad de la Administración», la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, y la de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1986, p. 409 ss.; esp. pp. 415 y 417). Y no está de más recordar cómo, en este mismo orden de cosas, un autorizado sector de la doctrina consideró implícita una reforma de inequívoca naturaleza —*materialmente*— constitucional en la disposición final primera de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, que supuso —a su entender— «un caso de soberanía compartida», originante de una «no muy ortodoxa confederalización del Estado» [M. HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198, (1974), p. 103 s.; también, en parecidos términos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1974, p. 102].

convenía en el momento de su aprobación. Ciertamente, la subsistencia de las disposiciones del título preliminar del Código, en la redacción recibida en 1889, supuso la conservación de algunos elementos —en particular, el principio de legalidad— del Estado de Derecho; es más, a lo que entiendo (y aunque su virtualidad práctica se viera con frecuencia afectada por la aprobación de leyes especiales), puede decirse que aquél constituyó, durante mucho tiempo, *un fragmento de Estado de Derecho* dentro de un sistema que, en su conjunto, respondía a parámetros bien distintos (pero que se benefició sobremanera de la irradiación de aquél, aplicable como era a la totalidad del ordenamiento jurídico).

Por lo demás, esa eficacia constitucional del título preliminar resulta, incluso, acentuada tras la reforma del mismo llevada a cabo en 1974, en la que, manteniendo en lo esencial la estructura y las soluciones refundadoras del orden jurídico que se contenían en la redacción originaria del Código, los postulados del principio de legalidad se traducen en la formulación, con carácter abstracto y general, de un sistema de fuentes del Derecho afectante al conjunto del ordenamiento: no se trata ahora, tan sólo, de articular las consecuencias prácticas de la regla del imperio de la ley y prevenir sus inevitables deficiencias, sino de reconocer, abdicando definitivamente de la ingenua pretensión de que la ley resuelve —al menos tendencialmente— todos los casos necesitados de solución jurídica, la existencia de una pluralidad de fuentes —ley, costumbre, principios generales— que concurren, en pie de igualdad conceptual aunque sin perjuicio de su distinta ubicación en el sistema, a la formación del «ordenamiento jurídico español»; determinación ésta del sistema de fuentes que, en todo caso, es función primaria del ordenamiento y que necesariamente posee, por ello, trascendencia (*materialemente*) constitucional (133).

Con gran brillantez, desarrolló en su momento estas ideas M. HERRERO DE MIÑÓN (134), quien hizo notar cómo, si el Derecho español era un verdadero orden jurídico, era «merced al Título preliminar del Código civil que establece apodícticamente su *plenitud* y da, de modo imperativo, los criterios que permiten obtener su *univocidad* o *consistencia*. Lo primero se obtiene a través de la enumeración de las fuentes (art. 1.º) y la eliminación de las situaciones de anomía que son las

(133) Como ya indicara, en su día, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid 1949 (reimp., Madrid 1984), p. 333: «la determinación de las fuentes jurídicas, de su poder y respectiva jerarquía, es un acto primario de la estructura del Estado. La inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas, constituye una alteración de la ordenación política de la organización social. Tiene auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la facultad normativa creadora». Cfr., además, para la misma conclusión, GORDILLO CAÑAS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I, vol. 1.º, 2.ª ed. —dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART—, p. 59 s.

(134) M. HERRERO DE MIÑÓN, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198 (1974), p. 99 ss.

lagunas (art. 4.1.º), de manera que “los jueces tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan” (art. 1.7.º) sin que, como decía el más elegante redactor de 1889, puedan pretextar “silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 6.º antiguo). En cuanto a la *univocidad o consistencia*, el Título preliminar procura establecer los mecanismos lógicos para eliminar las antinomias en sentido propio, esto es, las que impiden al sujeto agente cumplir una norma sin violar otra. Para ello se *delimita* el Derecho vigente en España mediante una ordenación sistemática de las fuentes». De este modo —concluye el autor citado—, «si el fundamento es lo que reduce a la unidad lo diverso» y si la unidad «inmanente del orden jurídico español se obtiene merced a las normas del Título preliminar», necesariamente habrá de afirmarse que «dichas normas forman parte del fundamento del orden jurídico del Estado, es decir, de la Constitución». Y, todavía, trascendiendo el concepto material de Constitución (lo que HERRERO DE MIÑÓN llama «Constitución en sentido absoluto») y «acercándose a la Constitución en el más formalista de los sentidos», ha de atribuirse, a su juicio, valor constitucional al Título preliminar del Código civil, ya que «en él se establecen los criterios para la elección, interpretación y actuación de todas las normas, incluso de las constitucionales (...). Ya se trate de aplicar la Ley Orgánica del Estado o un humilde Bando de Policía y Buen Gobierno, la costumbre marinera o los usos parlamentarios, será preciso, salvo expresa disposición en contra, acudir al Título preliminar para conocer cuáles son las fuentes del Derecho y su ordenación jerárquica, con qué criterios deben de interpretarse las normas, cuáles son los límites de su vigencia espacio-temporal y qué principios permiten controlar su eficacia».

En definitiva, como en otro lugar indica el propio HERRERO DE MIÑÓN, «el título preliminar es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento —fuentes, aplicación, eficacia general—. Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento como tal ordenamiento, esto es, como un conjunto coherente (...). El título preliminar, pues, no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible» (135). El objeto de sus preceptos es, pues, *materia* propiamente constitucional, porque afecta al fundamento mismo del ordenamiento (136).

(135) «Marginales al nuevo título preliminar del Código civil», *REDA*, 3, p. 361.

(136) Cfr. Luis María Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid 1990, p. 57, quien —hasta la Constitución de 1978— parece admitir el carácter materialmente constitucional de las reglas del título preliminar del Código civil. Para esta última conclusión, además —entre otros—, LUCAS VERDÚ, «Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en el vol. *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981; y TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, 7 (1979), p. 146 ss.

14. Algunas conclusiones.

A mi juicio, hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, la atribución, a determinadas normas del título preliminar del Código civil, de un valor *materialmente constitucional* era, en primer lugar, *posible*; y, además, *razonable*:

- a) Es, primero, *posible*, desde un punto de vista técnico, a causa de la ausencia, entonces, de una Constitución con verdadero valor normativo. En ese contexto, si se trata de buscar *el fundamento* del ordenamiento en una norma, y las autodenominadas *Leyes fundamentales* no lo son, nada impide atribuir aquel valor *fundamental* a cualesquiera otras disposiciones normativas: a las del título preliminar del Código (137) o a otras diferentes. Entonces, en efecto, el acierto en la calificación no depende de la naturaleza que, en sí mismas, posean las normas de las que se predica el valor *materialmente constitucional*, sino de la adecuación de su objeto y contenido a la premisa (meramente teórica o doctrinal o, acaso, también histórica) que se adopte para calificarlas.

Por ello mismo, en particular, tal conclusión es independiente —porque lo es de ese factor el concepto mismo de *normas materialmente constitucionales*— del hecho de contenerse —los preceptos así adjetivados— en una ley ordinaria, modificable o derogable, en general o para un caso determinado, por otra ley ordinaria (138). En las tesis que afirman su existencia, la norma *materialmente constitucional* lo es por su objeto; y si luego, sin un procedimiento especial, es derogada, modificada o sustituida por otra, ello sólo significa que aquel carácter será predicable, ahora, de ésta: que ha habido, en definitiva, una reforma en la *Constitución material*.

- b) La conclusión es, además, *razonable* y, por ello, perfectamente asumible.

(137) Respecto a estas, y en punto concreto a las fuentes, escribió BATLLE (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* —dir. ALBALADEJO—, I, vol. 1.º, 1.ª ed., Madrid 1978, p. 40) que la circunstancia de tratarse de una norma de normas «es causa de que algunos tratadistas entiendan que el título preliminar adquiere el rango de verdadera Constitución política, en lo cual hay evidentemente un error. El Código civil es cierto que tiene un carácter de generalidad. Pero no hay que confundir la “generalidad” en la aplicación con la “superioridad” y carácter prevalente de la norma. El Código civil es una ley más, pero no una “súper-ley”. No es una ley de rango superior con la cualidad de fundamental e integrante del sistema constitucional del Estado». Ello, sin embargo, es rigurosamente exacto para el caso de existir en el ordenamiento una Constitución que sea realmente —por usar la misma terminología que el autor citado— una «súper-ley», con verdadero valor normativo; pero la conclusión no es acertada de no existir aquélla, como ocurriera en España antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

(138) Cfr., para esa objeción —a mi juicio, en el contexto constitucional de 1974, infundada, por las razones que digo en el texto—, DÍEZ-PICAZO, en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, Madrid 1991, p. 4.

Esa razonabilidad depende, como ya he dicho, de si se aceptan o no sus premisas, esto es, la admisibilidad misma del concepto de *normas materialmente constitucionales* y la existencia de una cierta *materia constitucional*; y de si, esto supuesto, el objeto y contenido de los preceptos del título preliminar pueden o no entenderse comprendidos en esa *materia* (139).

Así, si se acepta —como lo hace, para los ordenamientos carentes de una Constitución con verdadero valor normativo, la práctica totalidad de la doctrina constitucionalista— que existe una *materia* propia de la Constitución, y se acepta también —de acuerdo con la concepción normativista de KELSEN, cuya asunción por los autores españoles del Derecho público es también general— que esa *materia* consiste precisamente en la regulación del nacimiento o creación de otras normas, no creo que pueda considerarse siquiera dudoso que una parte del título preliminar del Código tuvo, en efecto, un valor *materialmente constitucional* (compartido, por lo demás, con otros textos legales) (140). Combinando aquel criterio doctrinal con un criterio histórico, que tenga en cuenta las funciones que la Constitución estaba llamada a cumplir en el primer pensamiento revolucionario, pienso que es razonable atribuir tal valor —tras la reforma de 1974 y hasta la Constitución de 1978—, cuando menos, a los cuatro primeros artículos del Código civil: unos, por establecer verdaderas fuentes del Derecho y regular su creación, orden de establecimiento y concreción normativa (así, arts. 1.1, 1.3, 1.4, 1.5, 3.1 y 4.1) (141); otros, por incorporar al ordenamiento el principio del imperio de la ley (los antes citados y también el art. 2 en su totalidad) y sus esenciales manifestaciones de sujeción del juez a sus prescripciones (arts. 1.6, 1.7, 3.2 y 4.2) (142) y jerarquía normativa (art. 1.2); y, finalmente, el art. 4.3, por dotar de unidad al conjunto del ordenamiento, prohibiendo la heterointegración y cerrando el sistema.

(139) Además de los autores de Derecho público ya citados, afirmaron en su día la sustancia constitucional de la materia regulada en el título preliminar del Código civil, entre los civilistas, CASALS COLLDECARRERA (en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Barcelona 1976, p. 21), FIGA FAURA (en la misma obra, p. 39) y CONDOMINES VALLS (en *ibidem*, p. 265).

(140) *Cfr.*, a este respecto, lo que se dice *supra*, n. 132. En cuanto a la regla de monopolio o primacía de la ley, *cfr. supra*, n. 125.

(141) Incluyo el art. 3.1, sobre interpretación de las normas, en este apartado, en razón de la distinción evidente «entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer» (STC de noviembre de 1981, de 8 de abril, fj. 4); por eso, como señala ASCARELLI («Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione», *RDP*, 1957, p. 315 ss.), el objeto de la interpretación es siempre el texto y, propiamente, no hay norma alguna antes de su interpretación. En cuanto a la analogía, supone también —con mayor motivo— creación de una norma (a partir de un texto no directamente referido al supuesto de hecho de ésta).

(142) Ello, a pesar de que, como denuncia Díez-PICAZO (en el *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, *cit.*, p. 4), exista en el nuevo título preliminar del Código civil «una evidente caída hacia cláusulas generales (...), lo que facilita la constante creación de un Derecho judicial, que de algún modo se desvincula de las leyes» (*cfr.*, también, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, *cit.*, p. 64 ss.).

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL.

15. Planteamiento.

El problema de las relaciones entre Constitución y Derecho civil se presenta, no obstante, con un cariz absolutamente diverso cuando aquélla recupera el contenido que originariamente le era propio, mostrándose finalmente como una norma jurídica directamente vinculante y aplicable. La cuestión se planteó ya, en España, con la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1931 (143); y se muestra en toda su crudeza hoy, desde la promulgación de la Constitución vigente de 1978 (144).

(143) Respecto a ella no fue todavía, sin embargo, una cuestión pacífica la de la eficacia directa de la Constitución como norma jurídica. *Cfr.*, especialmente —en lo que a la repercusión del problema en el Derecho privado se refiere—, BATLLE VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado* (Madrid 1933); y DE CASTRO Y BRAVO, «El Derecho civil y la Constitución», *RDP*, 1935, p. 33 y ss. (y las referencias de ambos: especialmente, las más generales de DE CASTRO, p. 34 y s., notas 7, 8, 10, 11 y 12). Para BATLLE (*op. cit.*, p. 16), es «la repercusión de la Constitución en el Derecho privado (...) inmediata, como ley posterior y suprema, que anula toda otra anterior que a ella se oponga por su propia jerarquía y por el principio de que la ley posterior deroga la anterior, repercusión mediata en cuanto, contradiciendo o no directamente algunos preceptos, dispone la realización de una nueva ordenación para la materia a que se refieren; y aún una repercusión más lejana sobre aquellos preceptos que ni contradice abiertamente, ni dispone que sean objeto de nueva regulación, pero que necesariamente, por responder a un estado de Derecho distinto al que se instauro, han de sufrir una transformación en cuanto a su esencia, o incluso desaparecer». DE CASTRO, en cambio, entiende (*op. cit.*, pp. 39 y 47) que «la Constitución, aun en este caso, no regula directamente las relaciones jurídicas de orden privado; sienta solo principios que necesitan ser desenvueltos en nuevas leyes para alcanzar eficacia inmediata». Ello no obstante —añade el autor citado—, «si bien podemos afirmar que escasamente se ha modificado algún precepto articulado del Derecho privado, hay que reconocer que el espíritu informador del Derecho ha cambiado, y con él los principios generales del derecho. Mientras la letra de la ley ha permanecido intacta, ha cambiado su fundamento ideológico; por ello, de acuerdo con las nuevas ideas, deberá hacerse la interpretación de los antiguos textos legales».

(144) La tesis del valor normativo y directo de la Constitución española de 1978 —y de todos y cada uno de sus preceptos— es hoy, desde el fundamental trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA (*op. cit.*, p. 95 ss.; «La Constitución como norma jurídica», *ADC*, 1979, p. 291 y ss.; también en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1981 —3.ª ed., Madrid 1985— especialmente pp. 39 a 105; y, más tarde, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Madrid 1989, p. 106 y ss.), un lugar común en la doctrina. *Cfr.*, por todos, ROMERO MORENO, «La aplicación normativa directa de la Constitución española (Reflexiones sobre jurisprudencia constitucional)», *La Ley* 1983-2, p. 1267 y ss.; LEGUINA VILLA, «Principios generales del Derecho y Constitución», *RAP*, 114 (1987), pp. 7 y ss.; y, entre los civilistas, por todos, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El Derecho civil constitucional*, Madrid 1986, p. 21 y ss., y 121 y ss. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es constante en el mismo sentido: *cfr.*, por todas, sentencias 1/1981, de 26 de enero, y 16/1982, de 28 de abril. Para una más amplia referencia a esa jurisprudencia, LEGUINA VILLA, *op. cit.*, ROMERO MORENO, *op. cit.*, y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *op. cit.*, p. 121 y ss.

Y es que, en efecto, cuando la Constitución —y tal es, sin duda, el caso de la vigente de 1978— «se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos» (145), resulta imposible de todo punto atribuir a cualquier norma ordinaria un valor constitucional: no cabe ya, desde entonces, encontrar decisiones políticas ni jurídicas verdaderamente fundamentales fuera de la propia Constitución sin menoscabo del propio concepto y significación que ésta se atribuye a sí misma. Utilizando las conocidas expresiones de SIEYÉS, podría decirse que no pueden los poderes constituidos generar normas que participen del valor que conviene a las ya articuladas por el poder constituyente; lo que, dicho de otro modo, significa que cuando la Constitución es verdadera norma jurídica, toda regla o principio *materialmente* constitucional es necesariamente, y a un tiempo, *formalmente* constitucional (146). De este modo, el Derecho civil, recogido —en cuanto tal— en normas ordinarias, sin perjuicio de la tensión que sobre él ejerciera la Constitución, perdería todo valor *materialmente* constitucional; como lo perderían también, en particular, los preceptos del título preliminar del Código civil en los que, bajo el imperio de otro concepto bien distinto de Constitución, encontraban antes cobijo no pocas decisiones jurídicas fundamentales para el conjunto del ordenamiento (147).

Todo ello, en una perspectiva rigurosa y técnica, no ofrece duda: como ya he explicado (148), en presencia de una Constitución (cual es el caso de la española de 1978) que sea *norma suprema*, esto es, que posea un procedimiento especial de reforma y prevea una sanción jurídica —con un órgano capaz de declararla— para la contravención de

(145) GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma...», *cit.*, p. 105.

(146) *Cfr.*, por todos, Luis M.^o Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, *cit.*, pp. 58 s.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, *cit.*, p. 468 s.; DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit.*, p. 17 s. Tras la Constitución, sin embargo, continúan hablando del valor *materialmente constitucional* del título preliminar del Código civil, por ejemplo, TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, 7 (1979), p. 146 ss.; también LUCAS VERDÚ, «Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en el vol. col. *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981. En la jurisprudencia, las sentencias de 29 enero 1987 —social—, 7 abril 1987 —penal— y 20 noviembre 1989 —penal—, entre otras, todavía atribuyen al título preliminar del Código civil un carácter o valor «cuasi-constitucional».

(147) A partir de la Constitución de 1978 —ha escrito Díez-PICAZO— (*Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, Madrid 1991, p. 5), «al título preliminar del Código civil no puede asignársele un valor constitucional o cuasi-constitucional del que carece. Es un conjunto de disposiciones legislativas, que están, por eso mismo, subordinadas a la Constitución y que no vinculan al Poder Legislativo».

(148) *Cfr. supra*, apartado I, sub núm. 3.

sus prescripciones por las normas de rango legal, el concepto de *Constitución material* no es, siquiera, planteable.

Mas, pese a todo, la trascendencia para el conjunto del ordenamiento de los preceptos contenidos en el título preliminar del Código civil resulta evidente; y nada mejor para demostrarlo que el uso que de dichos preceptos ha hecho el propio Tribunal Constitucional en sus resoluciones.

16. Aplicación por el Tribunal Constitucional de los tres primeros capítulos del título preliminar del Código civil.

El Tribunal Constitucional ha aludido en no pocas ocasiones a diversos preceptos del título preliminar del Código civil para fundamentar jurídicamente sus decisiones. Su doctrina, y la función y valor que haya atribuido en ellas a tales preceptos, constituye, sin duda, un ineludible punto de apoyo para explicar el valor de aquéllos y su relación con la Constitución. Veamos, pues, qué uso ha hecho el Tribunal Constitucional de las reglas contenidas en el título preliminar del Código.

Una primera referencia de interés se encuentra en la STC. 4/81, en la que señaló el Tribunal Constitucional (fj. 1.º) que «*los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter formador de todo el Ordenamiento jurídico —como afirma el art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos*». La necesidad de interpretar todas las normas de acuerdo con los principios constitucionales se explica aquí, pues, subsumiendo tales principios en la regla contenida en el art. 1.4 Cc., de modo que el concreto valor que la sentencia les atribuye parece apoyarse jurídicamente en lo ya dispuesto, con carácter general, en este último.

Particular consecuencia y nítida manifestación del valor normativo de la Constitución española de 1978 es —como es bien sabido— el tenor del núm. 3 de su disposición derogatoria, según el cual «*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*». Pues bien: también para explicar el alcance de este precepto constitucional y la eficacia derogatoria de la norma fundamental sobre el Derecho preexistente, ha recurrido el Tribunal al título preliminar del Código civil. Así lo hace en la STC. 36/82, en cuyo fj. 3.º se lee que «*la disposición derogatoria tercera de la Constitución abroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma, lo que sucederá, conforme al art. 2.2 del Código civil, con todas aquellas materias que reguladas por una Ley precedente a la Ley superior sean incompatibles con ésta, por ser disconformes o contrarias a su prevalente contenido, mientras que pervivirán las que puedan coexistir, por tener un campo de acción coincidente y complementario*». Es decir,

que la determinación de qué preceptos de leyes preconstitucionales han de entenderse derogados por la Constitución misma aparece presidida por la aplicación de los criterios normativos previstos en el art. 2.2 Cc. para la derogación de cualesquiera leyes por otras leyes posteriores (149).

En la STC. 43/82, se planteó el Tribunal Constitucional, relativamente a la Constitución de 1978, otro de los problemas derivados de la entrada en vigor de cualquier norma jurídica, cual es el de su eficacia en el tiempo: la cuestión, en definitiva, de si la Constitución tiene o no efectos retroactivos. Y en ella (fj. 1.º), tras constatar que el *petitum* del recurrente de amparo «*implica necesariamente la aplicación retroactiva de la Constitución española de 1978, en concreto de su art. 14*», se afirma que «*sabido es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2.3 del Código civil) y que la disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado, sin que exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el art. 14, cuya aplicación se pretende en este caso*». Es claro, entonces, que esta resolución niega toda eficacia retroactiva a la Constitución como norma por directa aplicación a la misma del art. 2.3 Cc.

(149) La existencia de una específica disposición derogatoria en la Constitución explica, por lo demás, que el Tribunal Constitucional no haya necesitado recurrir al art. 2.2 Cc. para fundamentar el efecto derogatorio de aquélla sobre las leyes preconstitucionales, en sí mismo considerado, sino sólo para explicar el eventual alcance y extensión de tal derogación. Cuidadosamente evita la referencia a la citada regla extraconstitucional el voto particular (de RUBIO LLORENTE) a la STC. 4/81, en el que se trata de distinguir con precisión entre inconstitucionalidad y derogación sobre la base de que «la derogación es simple resultado de la sucesión de las normas en el tiempo», mientras que «la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella»; contexto éste en el que se afirma que «el principio *Lex posterior derogat anteriori* es un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico que ha de hacerse compatible con el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución y, antes, en el art. 1.2 de nuestro Código civil), pero que sólo cede ante éste». Mas, sin dudar de que la derogación de la norma anterior por la ulterior incompatible de igual o superior rango sea «un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico», parece ineludible la cita y aplicación de la norma concreta que explícitamente lo incorpora a éste (el art. 2.2 Cc.). La omisión de tal cita tal vez se comprenda mejor con la referencia, en la ubicación en el ordenamiento del principio de jerarquía normativa, al art. 9.3 CE. en presente y al 1.2 Cc. en pasado: una y otra apuntarían a impedir que los efectos de la Constitución, como norma, sobre otras normas, para el pasado (derogación) y para el porvenir (inconstitucionalidad), se expliquen *normativamente* en función de lo dispuesto en preceptos extraconstitucionales y —lo que es peor— preconstitucionales. Por mi parte, dudo que sea mejor para fundamentar el valor normativo de la Constitución el recurso a un hipotético «principio lógico del ordenamiento» en todo caso extraconstitucional, que a una norma positiva y existente en el ordenamiento que versa sobre otras normas y cuya aplicación a éstas presupone e implica su normatividad.

Del mismo art. 2.3 Cc. hace uso la STC. 27/81, si bien en un sentido distinto. El art. 9.3 CE. afirma, escuetamente, que la Constitución garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»; pero, esto supuesto, y como un *prius* para la aplicación del precepto constitucional, surge el problema de cuándo ha de considerarse que una disposición se presenta como retroactiva. Es para resolver este último que el Tribunal Constitucional vuelve a acudir al art. 2.3 Cc.: «*el Ordenamiento jurídico —dice—, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones pro futuro. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones vecindarias; y es por ello que, a menudo, tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del art. 2.3 del Código civil no exige que expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales*».

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que invocan el art. 3.1 Cc., relativo a la interpretación de las normas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, de la STC. 3/83 —cuya doctrina y términos textuales se acogen en otras posteriores (150)—, en la cual, ante la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que resultaría de la aplicación literal de lo dispuesto en una ley, se afirma (f.j. 5.º) que «*lo que resulta procedente realizar es que los Tribunales ordinarios y en su caso el Tribunal Constitucional al decidir los recursos de amparo efectúen una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el art. 24 de la Constitución y con el contenido del art. 3 del Código civil*». Se trata, entonces, de impedir la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a través de la interpretación del precepto legal cuya aplicación literal generaría aquélla, a cuyo efecto la norma habilitante de esa interpretación no sería otra que la contenida en el art. 3.1 Cc.; pero lo que interesa destacar es cómo, según la sentencia, tal función la cumple el art. 3.1, no sólo respecto a la interpretación que correspondería llevar a cabo en tal caso a los Tribunales ordinarios (que están sometidos al imperio de la ley: *cf.* art. 117.1 CE.), sino también relativamente a la que habría de realizar, «en su caso», el Tri-

(150) Así, la STC. 9/83, f.j. 3.º, y la 46/83, f.j. 7.º. También ATC. 195/87, f.j. 2.º

bunal Constitucional (el cual, al decir del art. 1 de su ley reguladora, «está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica»). De hecho, el propio Tribunal Constitucional recurre a dicho precepto, y en este sentido, en la STC. 43/84, en la que señalara (fj. 2.º) que «*el carácter tuitivo de la legislación laboral (...) lleva a entender, de acuerdo con el art. 3.1 del Código civil, que la declaración de incompetencia en el orden laboral debe hacerse previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho*»; haciendo así una interpretación extensiva del art. 3 de la Ley de Procedimiento Laboral entonces vigente, que sólo exigía esta conducta al Magistrado de Trabajo y no al Tribunal Central, y entendiendo que tal omisión en la resolución de éste recurrida en amparo generaba una violación del derecho de los actores a la tutela judicial efectiva. E, idénticamente, en la STC. 172/85 declaró (fj. 8.º) que «*una interpretación acorde con el art. 3, núm 1, del Código civil de las normas procesales laborales y de las de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto supletorias, abona la exigencia de una mínima colaboración judicial con las partes para hacer efectivos sus derechos de tutela jurisdiccional, cuando la inobservancia de requisitos procesales no pueda imputarse razonablemente a error o negligencia de las mismas*»; otorgando así el amparo frente a una resolución del Tribunal Central de Trabajo que «*omitió la valoración de las circunstancias concurrentes, limitándose a extraer las más duras consecuencias deducibles de la normativa procesal en perjuicio del recurrente*» (151).

En el art. 3.1 Cc. vuelve a insistir la STC. 253/88. En ella, el Tribunal Constitucional enjuicia una sentencia del Tribunal Central de Trabajo, el cual había denegado una pensión de viudedad a un varón al amparo de un precepto legal que literalmente la atribuía sólo a las viudas y argumentando que «*las regulaciones de los diferentes y sucesivos sistemas de previsión social están establecidos atendiendo a las circunstancias socioeconómicas del momento histórico correspondiente y no cabe que el juez modifique sus propios términos en atención a situaciones posteriores, pues aunque el Código civil impone la interpretación de la ley con arreglo a la realidad del momento (art. 3.1), las reglas de la hermenéutica deben tenerse en cuenta en los supuestos de oscuridad o insuficiencia, pero ante la claridad y contundencia del texto normativo de que se trata, sólo es dada su interpretación estricta*». Frente a este argumento, recuerda la sentencia constitucional (fj. 4.º) la

(151) Esta doctrina se recoge nuevamente en la STC. 180/87, fj. 2.º: «*Una interpretación de las normas procesales laborales y de las de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto supletorias, que resulte acorde con lo dispuesto en el art. 3.1 del Código civil y con el deber de colaboración que el art. 24.1 de la Constitución impone a los órganos judiciales para hacer efectivos los derechos de tutela jurisdiccional, requiere que se posibilite la subsanación de los requisitos procesales cuyo incumplimiento tenga su origen en omisiones o errores judiciales que, al tiempo, no pueda ser razonablemente imputado a negligencia inexcusable de la parte*».

necesidad de interpretar todas las normas con arreglo a la Constitución para, a renglón seguido, indicar que, *«siendo esto así, las reglas de interpretación recogidas en el art. 3 del Código civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el “contexto” al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada “interpretación integradora”, cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo»*. Y, continuando con la referencia al art. 3.1, añade el Tribunal Constitucional que *«esta interpretación conforme a la Constitución debe efectuarse por igual —aun cuando en uno y otro caso origine diferentes consecuencias—, tanto respecto de las normas posteriores a la Constitución como en relación con las preconstitucionales, pues dentro de la realidad social del tiempo en que tales normas han de ser aplicadas, a que alude la sentencia impugnada, se integran las exigencias derivadas de la acomodación del ordenamiento jurídico a los derechos constitucionalmente garantizados»* (152).

Interesante es también la doctrina contenida en la STC. 120/83, en la que explícitamente se manifiesta que la buena fe como límite al ejercicio de los derechos establecido con carácter general en el art. 7 Cc., es también un límite del derecho fundamental de libertad de expresión. Ésta —se lee en el fj. 2.º de la sentencia citada— *«no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código civil expresa con carácter general, al*

(152) Por su parte, la STC. 20/91, de 31 de enero, argumenta con base en el art. 3.1 Cc. para explicar por qué no vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley el cambio de criterio jurisprudencial convenientemente justificado: *«el otro plano del principio de igualdad, en la aplicación de la ley, requiere —dice la sentencia— que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, siempre que concurran las circunstancias que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, son exigibles para que, en cumplimiento de este principio, no se produzcan por un mismo órgano judicial y frente a un caso idéntico, resoluciones contradictorias, salvo que en las mismas se justifique el cambio de criterio inherente a la necesaria evolución jurisprudencial sin el cual se petrificaría la aplicación de las normas y se impediría su adaptación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como establece el art. 3.1 del Código civil, y no serla posible la necesaria evolución del Derecho que, por su propia naturaleza, está sometido a un constante proceso de perfeccionamiento en su aplicación»*.

precisar que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, y que en el supuesto de examen tienen una especial manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho de libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación». Reitera esta misma doctrina la STC. 88/85 (153) y, luego, la STC. 6/88, la cual indica expresamente la necesidad de recordar «lo previsto en el art. 7.1 del Código civil en orden al ejercicio de todos los derechos —de los constitucionales también— conforme a las exigencias de la buena fe».

Al art. 1.7 Cc. se refiere la STC. 23/88, cuya doctrina me parece de gran importancia. Se plantea en dicha sentencia el Tribunal Constitucional el problema de si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución judicial que omite la aplicación de una norma legal posterior a la Constitución por considerarla contraria a ésta, y ello sin plantear la correspondiente cuestión de constitucionalidad. Es en este contexto en el que afirma la sentencia (fj. 1.º) que *«la tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan secundum legem y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se base sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la*

(153) Esta sentencia, tras citar expresamente la STC. 120/83, añade que *«la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales»*. Nuevamente la misma doctrina en el ATC. 1.121/88, fj. 2.º.

ley y a la Constitución». Reitera esta doctrina la STC. 12/91, de 28 de enero (154).

Por lo demás, la existencia de unos procesos constitucionales, regulados en sus trámites y requisitos en su Ley Orgánica reguladora, ha obligado lógicamente al Tribunal Constitucional a enfrentarse a problemas de aplicación de aquellas normas procesales, lo que ha sido nuevamente motivo de invocación en sus decisiones de preceptos del título preliminar del Código civil. Así, ha buscado explícitamente en el art. 3.1 Cc. los criterios para la interpretación de alguno de los referidos preceptos procesales (155); y ha afirmado que, constatada la existencia en éstos de una laguna, *«la necesaria integración (...) debe realizarse a través de los criterios generalmente admitidos para ello por las leyes y en particular por lo dispuesto en el título preliminar del Código civil»* (ATC. 43/85, fj. 1.º), con lo que justifica el recurso a la analogía (156).

(154) Al art. 1.7 Cc. se refiere también la STC. 111/91, de 20 de mayo, la cual, ante la alegación del recurrente en amparo de no haber aplicado el Tribunal ordinario una cierta Orden ministerial, sino, directamente, una ley, señala que *«huelga advertir, además, que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan “ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 del Código civil) del que forma parte indudable, en el caso que nos ocupa, la Ley 50/1977 y su art. 31, con independencia de lo que pueda disponer la Orden ministerial invocada por la actora»*.

(155) Es el caso del Auto 646/84, según el cual el art. 56.1 LOTC., *«atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad como dice el art. 3.1 del Código civil, ha de interpretarse en el sentido de que la suspensión comprende la privación temporal de eficacia, por lo que no se circunscribe a la pura ejecución»*.

(156) *«La doctrina del Derecho procesal —dice el citado ATC. 43/85— ha venido elaborando, de manera, por lo general concorde, la figura o categoría de las crisis del proceso entendidas como hechos o vicisitudes que modifican los elementos estructurales del mismo y la situación creada en el momento de establecerse la relación jurídicoprocesal. Entre tales “crisis” son de particular significación aquéllas que afectan de manera directa al objeto del proceso, constituido por la pretensión del actor y la posición que la parte frente a quien la pretensión se formula adopta ante ella, que constituyen en su conexión la denominada controversia o cuestión litigiosa.— Nada establece al respecto, para los procesos constitucionales, la Ley Orgánica de este Tribunal, cuyo art. 80 contiene una remisión, en las materias que indica, a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de este tipo, que nada preceptúan en la referida materia, por lo cual, no hay óbice para considerarla, en los procesos constitucionales, como una laguna legal de necesaria integración que debe realizarse a través de los criterios generalmente admitidos para ello por las leyes y en particular por lo dispuesto en el título preliminar del Código civil.- En aplicación de tales criterios de integración de lagunas, este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones la aplicabilidad, por vía de analogía, a los procesos de amparo, de lo dispuesto en el art. 90 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en aquellos casos en que la lesión de los derechos constitucionales arranca de un acto de la Administración Pública, dando cauce en esta sede a la figura denominada “satisfacción extraprocesal de la pretensión”, cuya aplicación, en algún caso, se ha reconocido también cuando las eventuales lesiones de los derechos fundamentales tengan su origen directo e inmediato en los órganos del Poder Judicial»*.

17. **Recapitulación: la función normativa del título preliminar del Código tras la Constitución de 1978.**

El análisis de las referencias y alusiones del Tribunal Constitucional a los distintos preceptos del vigente título preliminar del Código civil arroja, pues, conclusiones significativas. En efecto:

- i) El intérprete supremo de la Constitución española de 1978 (*cf.* art. 1 LOTC.) se ha servido del art. 1.4 Cc. para afirmar que los principios constitucionales tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico y fundamentar en ello la necesidad de interpretar éste de acuerdo con aquéllos; ha precisado el alcance, sobre las normas preconstitucionales, de la disposición derogatoria tercera de la propia Constitución —inequívoca prueba del valor normativo de ésta—, aplicando lo dispuesto sobre la derogación de las leyes por otras leyes posteriores en el art. 2.2 Cc.; y ha hecho uso de lo dispuesto en el art. 2.3 Cc. para establecer que la Constitución no tiene efecto retroactivo.

Los preceptos citados del Código civil son, en todos los casos, «normas sobre normas»: el supuesto de hecho de aquéllos son las normas jurídicas, y sus respectivas consecuencias jurídicas un afirmado carácter informador del ordenamiento jurídico, un cierto y preciso alcance derogatorio y una regla de eficacia temporal. Pues bien: esto supuesto, el Tribunal Constitucional ha subsumido a la «norma jurídica Constitución» en el supuesto de hecho «normas jurídicas en general» previsto en los citados preceptos del título preliminar, extrayendo entonces de cada uno la consecuencia jurídica en él establecida.

- ii) Parecidamente, y presupuesta la necesidad de interpretar todos los textos legales de conformidad con la Constitución, ha invocado el Tribunal Constitucional el art. 3.1 Cc. como precepto en el que han de buscarse los elementos o criterios a ponderar al llevar a cabo tal interpretación, utilizándolo de hecho para obtener una «interpretación integradora» de las normas que impida que la aplicación literal de éstas genere una violación de los derechos fundamentales. Ello supone —como el propio Tribunal declara en alguna resolución— considerar integrada a la Constitución en el «contexto» de la norma a interpretar y a las exigencias de ella derivadas en la «realidad social» del tiempo en que ha de ser aplicada la referida norma: en definitiva, entonces, subsumir a la Constitución en los elementos estructurales de la norma contenida en el art. 3.1 Cc.
- iii) También ha recurrido el Tribunal Constitucional al art. 2.3 Cc. para determinar cuándo ha de considerarse que una norma tiene efecto retroactivo, determinación ésta que es necesariamente previa para establecer la concurrencia de una posible

vulneración del art. 9.3 CE., en cuanto éste garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Aquí el supuesto de hecho de la norma constitucional viene constituido por un concepto jurídico constitucionalmente indeterminado, cuya exacta delimitación pasa por la aplicación del precepto citado del Código.

- iv) En diversas sentencias, ha estimado el Tribunal Constitucional que en la regla del art. 7.1 Cc., a cuyo tenor «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», han de entenderse también comprendidos los derechos constitucionales, de modo que la buena fe es también un límite al ejercicio de éstos. También aquí hay una subsunción del dato constitucional —los derechos fundamentales— en una norma del título preliminar del Código civil, con la consiguiente extensión a aquél de la consecuencia jurídica prevista —para los derechos en general— en ésta.
- v) Finalmente, ha estimado el Tribunal Constitucional que la norma contenida en el art. 1.7 Cc., que ordena a los jueces y tribunales resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecido, es «presupuesto implícito e inexcusable» para la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La regla del Código se articula, pues, como un *prius* relativamente a un derecho fundamental.

Teniendo en cuenta estos datos, no creo ofrezca duda que las razones que condujeron en su momento a un cierto sector de la doctrina a afirmar el valor o función *materialmente* constitucional de los preceptos citados del título preliminar del Código civil siguen perfectamente vigentes; aunque no sea ya, en un plano estrictamente técnico, exacta o adecuada la conclusión. Los indicados preceptos contienen, en efecto, criterios primarios del ordenamiento jurídico, «normas sobre las otras normas» que explican el modo de ser de nuestro Derecho: tan es así, que aun la misma Constitución formal como norma jurídica es subsumible en las previsiones de aquéllos. Mas, naturalmente —y ello no es en modo alguno contradictorio con lo que acabo de afirmar—, esa relevancia de las normas contenidas en el título preliminar del Código civil no empece a su obvio carácter de ley ordinaria, excluída de la Constitución (que lo es, en exclusiva, *formal y material* a un tiempo) y plenamente subordinada a ésta en la jerarquía normativa. El propio Tribunal Constitucional ha subrayado con claridad esta circunstancia en alguna ocasión (157).

(157) Por ejemplo, en el ATC. 58/83, en el que el Tribunal Constitucional se plantea si podía entenderse alegado el principio constitucional de igualdad en el proceso judicial (alegación que, como es bien sabido, es requisito necesario para la ulterior interposición del recurso de amparo) dada la invocación en él de la equidad

El fenómeno, por lo demás, es, a mi juicio —teniendo en cuenta el origen y la función que, históricamente, ha tenido el título preliminar del Código civil, y que he tratado de poner de relieve en las páginas precedentes—, fácilmente explicable:

- a) Dicho fenómeno se da, en primer lugar, precisamente *porque la Constitución de 1978 es Derecho*.

En efecto. Como ya he explicado, el conjunto del contenido del título preliminar del Código civil tiene un origen puramente doctrinal o, si se quiere, didáctico: procede, a través del proyecto del año VIII de *livre préliminaire* del Código francés, del que, con el mismo título, incluyera DOMAT en sus *Lois civiles* para explicar o exponer «les premiers éléments du droit». Es, por ello, al igual que su precedente, una suerte de *introducción al Derecho*, aplicable a todas las manifestaciones de éste y necesaria —como dijera el propio DOMAT— para poderlas entender.

Cierto es que, luego, la sección de legislación del Consejo de Estado acabó reduciendo el libro preliminar del *Code* a tan sólo el contenido más genuinamente revolucionario —más directamente relacionado con el principio del imperio de la ley— del proyecto del año VIII; y, ello, por pensar —como relata el propio PORTALIS (158)— que los dos primeros títulos del proyecto ofrecían definiciones o conceptos generales sobre el Derecho y sobre las leyes que pertenecen más a la enseñanza que a la legislación. Pero, en España, buena parte de ese contenido puramente didáctico o teórico ha sido recuperado —y, con ello, *normativizado*— tras la reforma del título preliminar de 1974 (159).

entre los motivos del recurso intentado ante el Tribunal Supremo por los luego recurrentes en amparo: «*si el motivo —se lee en el f. 2.º del auto citado— puede entenderse como de invocación a la igualdad, acudiendo a una originaria significación de la palabra “equidad”, podría concluirse que la violación constitucional que ahora se denuncia, se planteó en el proceso previo. Pero si el alcance de la invocación de entonces, lo fue en el marco general del párrafo 2.º del art. 3.º del Código civil, habrá que convenir que como criterio interpretativo o hermenéutico, incluso como factor de corrección o de rectificación de las consecuencias de una determinada aplicación de la norma jurídica, pertenece también el caso del recurso al área interpretativa de la legalidad ordinaria*». En parecidos términos se pronuncia el ATC. 1.246/88: «*Que el problema es, rigurosamente —dice el Tribunal Constitucional—, de interpretación de la ley lo demuestran los escritos del solicitante del amparo que tiene que recurrir a una alegación del art. 3 del Código civil, de suerte que es legítimo entender que lo que nos pide, en el fondo, es el control y la revisión de una interpretación de ley por considerarla errónea o indebida. Sin embargo, es claro que ello en ningún modo supone violación de los derechos del art. 24 de la Constitución y que pertenece a la soberanía de los jueces y tribunales del Poder Judicial y está fuera de los límites de la justicia constitucional*».

(158) Cfr. PORTALIS, *Discours...*, cit., p. 432.

(159) Con razón se ha podido decir que la innovación de 1974 «puede ser considerada como una reforma de pura *elegantia iuris*, que introduce una serie de soluciones teóricas a problemas teóricos» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 66).

Al ser, la Constitución, *Derecho*, todo razonamiento que la tenga por objeto se ha de valer de las nociones previas, útiles o instrumentos que son sustento de aquél. Así, al estar éstos en parte recogidos en el título preliminar del Código civil, es lógica, entonces, su invocación (también con referencia a la Constitución); aunque, en realidad, tales nociones previas serían utilizadas e invocadas igual si el título preliminar del Código no existiera, o no tuviera el contenido que tiene.

- b) En segundo lugar, la subsunción de la Constitución en los preceptos del título preliminar del Código civil tiene lugar, o puede tener lugar, *porque la Constitución es norma*. Como quiera que dicho título preliminar contiene «normas sobre normas», preceptos cuyo supuesto de hecho viene constituido por otras disposiciones normativas, si la Constitución es norma, ha de ser posible su subsunción en aquéllas. Tal cosa, no sólo no supone negar el carácter normativo de la Constitución, sino que, bien al contrario, lo confirma.

Pero, por lo demás, las «normas sobre normas» lo son por su estructura, independientemente de su naturaleza y de su posición en la jerarquía normativa. Siempre han existido «normas sobre normas» en el ordenamiento jurídico, dentro y fuera del título preliminar del Código civil; y siguen existiendo ahora, dentro y fuera de la Constitución. Es, así, evidente que las indicadas «normas sobre normas» no tienen por qué tener necesariamente valor o naturaleza constitucional: de hecho, es notorio que no lo tenían antes de la Constitución de 1978 todos los preceptos de esa clase contenidos en el título preliminar del Código (piénsese, por poner algún ejemplo obvio, en el art. 5, sobre cómputo civil de los plazos, o en las reglas de Derecho internacional privado o interregional); y no lo tiene hoy ninguno de ellos, una vez superado el concepto de *Constitución material*, impedido hoy por los propios caracteres con que la Constitución de 1978 se presenta.

Todo ello, no sólo no es, en sí mismo, anómalo, sino que es, además, un fenómeno que el propio texto fundamental de 1978 contempla. Este, en efecto, prevé la existencia, extramuros de la misma Constitución, de las «normas sobre normas» de que se ocupa hoy el título preliminar del Código civil: así se infiere de la referencia constitucional, como tarea del legislador estatal, a las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», o las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8.^a CE.). Con independencia de que dicha previsión se contenga con ocasión de la delimitación de las competencias en materia de «legislación civil» entre el Estado y las Comunidades autónomas, es lo cierto que el precepto pone de relieve que, para la propia Constitución, el estableci-

miento de tales «normas sobre normas» es tarea de la ley ordinaria y no *materia* constitucional, y que está ínsita en la naturaleza de aquéllas comprender en sus supuestos de hecho a todas las demás normas jurídicas, sea cual sea su valor, rango o jerarquía. Así, la Constitución puede contener, y de hecho contiene, un buen número de «normas sobre normas»; pero ni todos sus preceptos tienen por qué tener ese carácter, ni —según señala ella misma— todas las «normas sobre normas» han de formar parte de su texto. A partir de ahí, las «normas sobre normas» contenidas en la Constitución prevalecen y se imponen, en razón de la superior jerarquía de ésta, sobre los preceptos extraconstitucionales de esa misma índole; mas, a la vez, supuesta su conformidad con la propia Constitución, esta misma, precisamente por ser norma jurídica, ha de ser subsumible y puede ser subsumida en estos últimos.

- c) Resta, por último, hacer una constatación, perfectamente compatible, por otro lado, con cuanto llevo dicho.

Como he tratado de explicar en páginas anteriores de este mismo trabajo, algunos preceptos del título preliminar del Código civil recogen y normativizan ciertos aspectos de un acervo jurídico que hunde sus raíces en los orígenes mismos del constitucionalismo y expresan, por eso, determinados rasgos *fundamentales* del orden jurídico, que la Constitución de 1978 presupone y asume como *conquistas* que son fruto de un proceso histórico del que ella misma forma parte. La idea está ya en el mismo Preámbulo de la Constitución, en el cual se contiene la solemne afirmación de que «la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de (...) consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; pero donde, a mi juicio, se muestra con mayor claridad es en su art. 9.3 —el último del título preliminar de la propia Constitución—, según el cual «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Si bien se observa, este último precepto constitucional contempla ciertos principios o reglas básicas y fundamentales del orden jurídico, definidoras del *Estado de Derecho* (160), en términos de *garantía* y

(160) Como indica ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS (*Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid 1990, p. 99), los contenidos en el art. 9.3 CE. «deben ser calificados más bien de principios de un Estado de Derecho que como principios generales del Derecho, pese a su relativa o aparente amplitud o generalidad sectorial».

por tanto, de confirmación o consolidación en la medida en que los mismos estuvieran ya presentes en el ordenamiento preconstitucional (a la vez, claro es, que de impugnación de los posibles elementos de quiebra de aquéllos que en el mismo pudieran existir). Pero lo hace en términos absolutamente genéricos y, en sí mismos, imprecisos (161): la concreción y precisión se obtiene en tanto en cuanto hay una remisión a conceptos ya acuñados y precisados en la tradición constitucional con que el texto de 1978 enlaza y de la que él mismo forma parte; conceptos cuya traducción y formulación, ligando supuestos de hecho concretos a consecuencias jurídicas también concretas, se encuentra, singularmente y en buena medida, en los distintos preceptos del título preliminar del Código civil. Porque, en efecto, son manifestaciones inequívocas del principio de legalidad, que dotan a éste de específicos contenidos normativos, la preeminencia de la ley en el sistema de fuentes que regulan, especialmente, los núms. 1, 3, 4 y 5 del art. 1.º Cc., como lo es muy en particular la regla contenida en el art. 1.7 Cc.; el art. 1.2 Cc., por su parte, formula en términos precisos la jerarquía normativa y las consecuencias jurídicas de su eventual infracción; los arts. 2.1 y 1.5 Cc. disciplinan con exactitud el principio de publicidad de las normas; lo mismo hace el art. 2.3 relativamente a la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de las normas; y al mismo principio de legalidad, y a la seguridad jurídica, afecta la regla del art. 2.2 Cc., referente a la derogación de las leyes y su eventual alcance y extensión.

Así pues, los indicados preceptos del título preliminar del Código civil expresan exigencias primarias de un modelo de orden jurídico con el que la Constitución quiere enlazar y en el que quiere insertarse, y en este sentido puede decirse que —no como normas positivas preexistentes a la Constitución que vinculen a ésta en razón de un superior rango o valor, sino en cuanto formulación abstracta (162) de aquellas

(161) Lo que no quiere decir, en absoluto, que, el art. 9.3 CE y cada uno de los «principios» que enuncia, no sean verdaderas normas (por cierto: «normas sobre normas»). Como explica SANTAMARÍA PASTOR (*Fundamentos de Derecho administrativo*, I, *cit.*), este art. 9.3 es lo que él llama una «norma principal», cuya función es definir «los principios vertebrales del sistema normativo» (p. 449) y «cuya eficacia es inmediata, pero indirecta: inmediata, porque su aplicación no requiere de desarrollo ni concreción alguna (...); pero también indirecta, por su carácter de reglas interpretativas y estructurales, cuyo empleo siempre tiene lugar a propósito de la aplicación de cualquiera otra norma, al objeto de justificar una interpretación determinada de la misma. Su propia formulación principal, definitoria, las hace insusceptibles de una exigencia judicial de su contenido (...). Pese a estas limitaciones, su eficacia informadora de todo el proceso interpretativo, y su misma versatilidad, les confiere una fuerza jurídica realmente extraordinaria, como cualquier jurista práctico sabe» (p. 453 s.).

(162) Desde esta perspectiva, incluso independiente de su incorporación a un texto normativo concreto. A ello apuntaba, por ejemplo, el voto particular ya citado a la STC. 4/81 (de RUBIO LLORENTE), al afirmar que «el principio *Lex posterior derogat anteriori* es un principio lógico necesario del ordenamiento»; mas, como evidencia la historia, tal principio no era conocido —al menos con la amplitud y el sentido que hoy tiene—, ni mucho menos aplicado, hasta que, con la codificación, viene a afirmarse la idea de *monopolio legislativo* en la creación del Derecho (*cfr.*, así,

exigencias primarias— *preceden* a la Constitución misma (163). Pero, a la vez, son aquéllos expresión normativa concreta de principios constitucionales, a los que dotan de la completa estructura lógica de las normas escritas; sentido éste en el que tales preceptos *complementan* a la misma Constitución en la labor que a ésta corresponde de incorporar al ordenamiento ciertas reglas primarias del orden jurídico: constituyen de hecho, por así decir, una suerte de *interpretación auténtica* de los indicados principios constitucionales, contribuyendo decisivamente a fijar su contenido.

Desde estas premisas, me parece que incluso la afirmación —sin duda, rigurosamente exacta— de que los preceptos del título preliminar del Código civil son «un conjunto de disposiciones legislativas, que están, por eso mismo, subordinadas a la Constitución y que no vinculan al Poder Legislativo» (164), requiere de alguna matización. Ciertamente, de todas aquellas normas puede el legislador, en cualquier momento, cambiar su forma, pero de algunas de ellas es dudoso que pueda modificar con la misma libertad su *sustancia* o contenido preceptivo, precisamente porque las mismas incorporan al ordenamiento, con la precisa estructura lógica de las normas jurídicas, reglas referibles al texto constitucional, aunque, con frecuencia, no expresamente formuladas en él. Así, ¿acaso sería imaginable que el legislador

Luis M.^a DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes, cit.*, p. 38 ss.; también, GIULIANI, «Disposizioni sulla legge in generale: artt. 1-55», en el *Trattato di Diritto privato de RESCIGNO*, I, Torino 1984, p. 190 ss.): luego el principio tal vez sea «lógico»; pero, ello, sólo en el seno de un modelo de ordenamiento que no inventa la Constitución española de 1978.

(163) La existencia de unos principios y valores que preceden a la Constitución y en los que ésta asienta su legitimidad ha sido puesta de manifiesto con frecuencia por la doctrina. Como afirma GORDILLO CAÑAS (*Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid 1990, pp. 77 s.), «la Constitución es fuente *primaria* del Derecho (...). Pero, al mismo tiempo, la Constitución aparece en su configuración actual como una Ley o norma subordinada; esto es, en conformidad con el significado etimológico de la expresión, como una norma sometida a un orden previo y superior que, como tal, la Constitución no crea, sino que encuentra vigente en la conciencia social; que ella acoge y, al acogerlo, asienta en él su eficacia, y que, finalmente, en cuanto fundamentador de la convivencia —y de la Constitución, por ende— vendrá a integrarse en el contenido más necesario y “rígido” (art. 168) de la misma». Forman parte, según este autor, de tal *orden previo y superior*, «los valores invocados en el preámbulo y propugnados en el art. 1; la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad, fundamento reconocido del orden político y de la paz social, art. 10; y los derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 15 a 29»; pero también a mi modo de ver, los principios básicos del orden jurídico enunciados en el art. 9.3 CE, y formulados como tales en el título preliminar del Código civil. Los concretos preceptos de éste, en cuanto expresión de esos principios básicos, forman así parte del indicado *orden previo y superior*; en cambio, en cuanto concretas normas jurídicas positivas, forman parte, con el resto del ordenamiento jurídico (cfr. art. 9.1 CE.), de un *orden consecuente e inferior*.

(164) DÍEZ-PICAZO, en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, I, Madrid 1991, p. 5.

ordinario dispensara a los Jueces y Tribunales del deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan? ¿Sería constitucionalmente admisible que dicho legislador permitiera a tales Jueces y Tribunales resolver a su puro arbitrio, sin atenerse al sistema de fuentes establecido? ¿Podría aquél desvincular la eficacia de la ley, su obligatoriedad, de su publicación? ¿Podría acaso, sin vulnerar la Constitución, permitir la derogación de las leyes por actos o disposiciones no procedentes del mismo Poder Legislativo? ¿Podría afirmar la validez de las normas contradictorias de otras de rango superior? Ante la notoria involución jurídica que supondría responder afirmativamente, el jurista profeso de la Constitución-norma encontraría sin pestañear las que le parecerían evidentes respuestas negativas en la simple afirmación de que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas..., la seguridad jurídica...» (art. 9.3 CE.); o, en algún caso, combinando el escueto enunciado constitucional de estos principios con algún otro precepto de la ley fundamental, como el art. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) o el 91 (sanción, promulgación y orden de publicación de las leyes por el Rey). Sin embargo, el jurista más crítico reconocería tan sólo en los desnudos conceptos del art. 9.3 de la Constitución («principio de legalidad», «jerarquía normativa», «publicidad de las normas», «seguridad jurídica»...; que nada dirían al *jurista persa*) una remisión: a una cierta tradición o cultura jurídica cuya expresión propiamente normativa —con exacta determinación de los supuestos de hecho y de las correspondientes consecuencias de Derecho— encuentra acomodo, hoy como ayer, en el título preliminar del Código civil (arts. 1.7, 2.1, 2.2, 1.2 ...). Como, tras recordar alguno de los preceptos preliminares del *Code* de 1804, escribe B. CLAVERO, «son cosas tan repetidas desde entonces que han podido llegar a considerarse como una evidencia inocente entre juristas de *esta* cultura que ahora, con el Código, se genera» (165); tan repetidas —cabría añadir—, que hasta la propia Constitución española de 1978 participa de esa convicción: lo que no debe impedir reconocer el origen de tales principios e, incluso, su concreta ubicación actual, en forma de concretas proposiciones normativas, dentro del ordenamiento positivo.

18. Epílogo: una (obvia) reivindicación de la ley. El ejemplo de la regulación de las fuentes del Derecho.

Las conclusiones alcanzadas hasta ahora creo que sirven para poner de manifiesto algo que resulta obvio en el sistema que instaura la Constitución de 1978, pero que, sin embargo, parece olvidarse con

cierta frecuencia: todo cuanto la Constitución no regula, ni reserva para sí, pertenece al dominio —posible— de la ley (166). De este modo, por muy trascendental o *fundamental* que sea o pueda considerarse, en sí misma, una *materia* o posible objeto de regulación, si la misma no aparece regulada en la Constitución, puede serlo por la ley.

Esto último es lo que sucede con no pocas de las cuestiones que contempla el título preliminar del Código civil: que son, en sí mismas, importantes, y hasta *fundamentales* para el conjunto del ordenamiento jurídico (167); pero que no están —y, por tanto, porque constitucional es lo que plugo al constituyente y nada más que eso, no tienen por qué estar— en la Constitución. Como dijera PORTALIS al presentar por vez primera ante el Cuerpo legislativo el proyecto de ley relativo a la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general, una vez establecida aquélla, el poder constituyente desaparece, de modo que, a quienes defienden la naturaleza constitucional de la regulación contenida en el proyecto de título preliminar del Código civil, habría que advertirles de la necedad que supone querer ser más constitucionales que la Constitución misma (168).

(166) Sin embargo, sobre la llamada *primariedad de la ley* (y sobre los problemas que presenta tratar de alcanzar un concepto unitario de ley con los datos que aporta nuestro sistema constitucional), *cfr.* el magnífico trabajo de Luis M.^o Díez-PICAZO, «Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (1988), pp. 47 ss. (en especial, 71 ss.).

(167) Lo que tal vez autorice a decir, como hace la sentencia —penal— de 5 de abril de 1989, siguiendo a la «doctrina iuspublicista», que el título preliminar del Código civil tiene la condición de «prólogo a nuestro ordenamiento jurídico», atribuyéndole la «regulación esencial y básica de nuestro ordenamiento jurídico». Y que, desde luego, autoriza para afirmar que es de «observancia general» (sentencia de 6 de febrero de 1989 —penal—) o de «aplicación general» (sentencia de 19 de enero de 1990 —penal—), o que tiene «vocación general» (sentencia de 7 de abril de 1987 —penal—). A esto último se refiere, explícitamente, la STC. 37/87 (fj. 8.^o), según la cual «el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4 del Código civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo». Que ese carácter común del título preliminar es sin perjuicio de las especialidades de cada sector del ordenamiento lo reconoce el propio Tribunal Constitucional, a propósito de un precepto concreto, por ejemplo, en su Auto de 11 de enero de 1993, donde se afirma que «el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales, unipersonales o colegiados, aconseja la mayor estabilidad de los criterios jurisprudenciales, así como el seguimiento de la doctrina legal del Tribunal Supremo a la cual dota de valor normativo complementario el Código civil (art. 1.^o, párrafo 8), aun cuando en el ámbito penal rija el principio de legalidad más riguroso».

(168) *Cfr.* PORTALIS, «Discours relatif a la publication, aux effets et a l'application des lois en général, prononcé le 23 frimaire an X», en el vol. *Discours...*, *cit.*, p. 113 ss.

Significativo y trascendental ejemplo de ello es —me parece— el de la determinación de las fuentes del Derecho. Ya he dicho que, en la concepción normativista de KELSEN, la Constitución no es sino un conjunto de normas que regulan la creación de otras (169), de donde se ha deducido el carácter materialmente constitucional de las reglas sobre fuentes (170). Sin embargo, contradiciendo este planteamiento, es palmario que la Constitución española vigente nada dice de otras fuentes que no sean las pertenecientes al Derecho escrito. Parece obligado, por ello, replantearse la cuestión.

La Constitución es, desde luego, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Es, como explica GORDILLO, «la fuente primaria del Derecho en razón de su superioridad formal y en su consideración de Ley reguladora de los órganos de producción de normas jurídicas (...). Es, en efecto, la norma más inmediatamente nacida del sujeto más genuinamente legiferante. Es la más directa y cabal expresión de la soberanía popular. En su condición de tal, dibuja la estructura básica de la organización de la convivencia social. Con razón la Constitución es la Ley de Leyes» (171).

En principio, pues, a la Constitución, en la medida en que es fuente de las fuentes, corresponde la determinación de las demás fuentes del Derecho. Mas, como ya he tenido ocasión de apuntar, el concepto de Constitución responde a una tradición jurídica muy precisa en la que el Derecho es sólo y exclusivamente *Derecho legislado* o, si se quiere, *Derecho decidido* (172). En esa tradición, inicialmente, la ley es —por hipótesis— la única fuente: primero —y como consecuencia del entendimiento más radical del dogma de separación de poderes— entendida sólo como ley en sentido formal, producto del poder legislativo; y, luego —una vez superado el ligor inicial de aquél—, abarcando también

(169) Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 232.

(170) Cfr. por todos, Luis M.^a Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, cit., p. 57.

(171) GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid 1990, p. 76 s. Para las mismas conclusiones, cfr., además, PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid 1984, pp. 2s ss.; y DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 24 ss.

(172) Lo explica brillantemente DE OTTO (de quien tomo la expresión), *op. cit.*, pp. 19 ss. «En un ordenamiento no positivizado, tradicional —concluye este autor (*op. cit.*, p. 22)—, el problema de la fundamentación del ordenamiento jurídico no se plantea como una cuestión propiamente jurídica, pues el Derecho no vale porque es decidido, sino porque es antiguo y bueno. Por el contrario, en el Derecho positivizado, y en la conciencia jurídica moderna, el problema forzosamente ha de pasar a un primer plano: si el Derecho no sólo es decidido, sino que vale precisamente porque es decidido, es necesario preguntarse ahora sobre qué reposa ese poder de decidir, ese poder de crear Derecho, y la respuesta no puede hallarse más que en el propio ordenamiento, en su norma superior» (la Constitución).

al reglamento (173) (que sería una «ley en sentido material»). La necesidad de prever otras fuentes distintas (costumbre, principios generales del Derecho) surge más tarde, una vez constatada la insuficiencia de la ley para resolver todos los casos necesitados de una solución jurídica (174); y, entonces, con carácter subordinado respecto de la ley. Esta subordinación no resulta sólo del hecho de que la misma norma legal que atribuye a la costumbre y a los principios generales la condición de fuentes del Derecho, las considere supletorias de la ley concibiendo a ésta como fuente primaria o de primer grado, sino, mucho más radicalmente, del dato de que toda la fuerza de obligar de aquéllas deriva de la misma ley que, al considerarlas fuentes, se la reconoce (por tanto, en los términos y con los límites y requisitos que la ley señale) (175). En último término, pues, pese a la previsión por la ley de fuentes extralegales, el principio sigue siendo el del monopolio del Derecho decidido o legislado.

Bajo esta concepción, se entiende que la Constitución cumpla su función *como fuente de las fuentes*, ahora como antes, formulando el *principio del imperio de la ley*, esto es, del monopolio del Derecho decidido o legislado; y, luego, dentro de él, indicando los órganos con capacidad para decidirlo en cada caso y los límites a que está sujeta esa decisión (176). Con estos presupuestos, es, en realidad, lógico que, a partir de ahí, la propia Constitución se remita a la ley para que sea ésta la que determine las fuentes extralegales, por hipótesis subordinadas al Derecho decidido o legislado, pues ésta es la fórmula que mejor pone de manifiesto cómo tales fuentes alcanzan su fuerza de obligar de un modo derivado de la misma ley.

(173) La idea de que la Administración se limita a la pura ejecución de las leyes es sustituida por el reconocimiento de un poder reglamentario general de la Administración como consecuencia del llamado «principio monárquico», con lo que el reglamento acaba configurándose como una fuente autónoma e independiente de producción, no necesitada de habilitación parlamentaria. Sobre ello, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, cit., p. 184 ss.

(174) Puede verse una excelente síntesis del fenómeno, por todos, en SANCHO REBULLIDA, «Los principios generales del Derecho», en *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona 1978, p. 43 ss.

(175) «¿Puede la ley ordinaria —se pregunta GORDILLO— (*Comentarios...*, cit., p. 49), una de las fuentes del Derecho, definir por sí misma su propia autoridad y, al hacerlo, inevitablemente, determinar su primacía respecto de sus rivales, las demás fuentes del Derecho? La respuesta negativa de GENY —se contesta el autor— parece más que razonable» (la cita de GENY es a su *Método de interpretación y fuentes en Derecho positivo*, trad. esp., Madrid 1925, p. 222). Mas, en estricta perspectiva de Derecho positivo, se impone claramente —me parece— la respuesta afirmativa, porque la propia Constitución la establece.

(176) Como dice PÉREZ ROYO, (*Las fuentes...*, cit., p. 37), la Constitución «determina quién y de qué manera decidirá todo lo que no está decidido en la Constitución».

Pues bien: la Constitución española de 1978 responde nítidamente al esquema descrito.

El principio del imperio de la ley apalece ya formulado en su preámbulo, en el que la Nación española proclama su voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; y se corrobora después en muchos de sus preceptos: significadamente, en sus arts. 9.3 (a cuyo tenor la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la seguridad jurídica) y 117.1 (que declara que los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial están «sometidos únicamente al imperio de la ley»).

Esto sentado, se ocupa la Constitución de establecer los órganos que pueden crear el Derecho legislado o decidido, los casos en que pueden válidamente decidirlo y el procedimiento a seguir en cada uno. Es con ocasión de esta regulación como aparecen en la Constitución las diversas formas que puede adoptar dicho Derecho decidido (las leyes de las Cortes Generales, orgánicas y ordinarias; los decretos legislativos, los decretos-leyes y los reglamentos de la Administración; con la interposición básica (177) de un tipo específico de ley de las Cortes Generales de nítido valor constitucional (178) —los Estatutos de autonomía—, las leyes de las Comunidades autónomas y los decretos legislativos y reglamentos autonómicos; y, finalmente, los tratados internacionales); y también los principios que gobiernan las relaciones, entre sí, de las distintas manifestaciones de ese Derecho decidido (competencia y jerarquía, rango y reserva de ley).

Por último, la Constitución reserva al Estado —frente a las Comunidades autónomas—, como parte integrante de la «legislación civil» y «en todo caso», la competencia para la «determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho

(177) Porque, además de los Estatutos, otras leyes de las Cortes Generales pueden atribuir a las Comunidades autónomas la competencia que es presupuesto para que éstas puedan dictar válidamente normas jurídicas sobre una determinada materia (leyes marco del art. 150.1, leyes de delegación del art. 150.2 CE.); y otras normas estatales pueden intervenir en la delimitación de las competencias de dichas Comunidades (normas estatales «básicas», leyes de armonización del art. 150.3).

(178) Por todos, RUBIO LLORENTE («El bloque de la constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1989, p. 25): «En su parte más importante, el bloque de la constitucionalidad está formado por normas también formalmente constitucionales. Unas, recogidas en el Título VIII de la Constitución, son normas primarias; otras, las que forman el cuerpo central del bloque, esto es, las normas de delimitación competencial contenidas en los Estatutos de Autonomía, son normas constitucionales secundarias. La afirmación no escandalizará, espero, a nadie, pues muchas veces se ha dicho ya que los Estatutos tienen un rango superior al resto de las leyes, orgánicas u ordinarias, y esta superioridad de rango es la que califica normalmente a las normas constitucionales secundarias o leyes constitucionales» (si bien, «naturalmente, sometidas a las normas constitucionales primarias»: *op. et loc. cit.*, n. 49).

foral o especial» (art. 149.1.8.^a CE.). Aparte el contenido y relevancia de este precepto relativamente al indicado problema de la distribución competencial, lo cierto es que en el mismo se reconoce explícitamente que corresponde al *Derecho decidido por el Estado* (repito: frente a las Comunidades autónomas) la determinación de las fuentes del Derecho (179): lógicamente, de las *restantes* fuentes del Derecho, esto es, del *Derecho no decidido o no legislado*.

Me parece que todavía la doctrina —y no me refiero sólo a los civilistas— no ha reparado suficientemente en la relevancia que encierra el inciso comentado del art. 149.1.8.^a. El mismo supone, en efecto, no sólo la atribución al legislador de la facultad de crear otras fuentes del Derecho, sino incluso la de establecer la posición misma de la ley relativamente a las otras fuentes que ella misma puede crear. El principio

(179) Que pueden ser específicas para un sector del ordenamiento, y distintas de las establecidas en el título preliminar del Código civil: éste es sólo el «Derecho común» en esta materia (como en todas). Como explica DE OTTO (*Derecho constitucional. Sistema de fuentes, cit.*, p. 86), «tal sistema de fuentes no opera, sin embargo, más que en la medida en que la Constitución o la propia ley no lo excluyan para una materia en concreto o para un sector del ordenamiento, como ocurre por ejemplo en el Derecho penal, en el cual el principio de legalidad cierra la posibilidad de recurrir a la costumbre en defecto de ley aplicable». Diversamente, DÍEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, 1, *cit.*, p. 5) restringe el campo de aplicación del artículo 1.1 Cc. al Derecho privado, afirmando que «ni por costumbres, ni por principios generales del Derecho, pueden juzgarse materias atinentes al Derecho penal o al Derecho tributario, por poner sólo los dos más llamativos ejemplos», y que, «además, la costumbre no es fuente del Derecho en ninguno de los sectores del Derecho público interno»: pero, contrastando con tal aseveración, la costumbre es admitida como fuente supletoria por la práctica totalidad de los autores españoles de Derecho público (*cfr.*, por todas, las exposiciones de SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, 1, *cit.*, p. 336 ss., y de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, 1, *cit.*, p. 66 ss.), así como por la jurisprudencia que interpreta y aplica las normas de aquél (así, sentencias de 3 de marzo de 1958 y 15 de marzo de 1963); y —lo que es más importante— tal admisión se produce precisamente con expresa invocación de los arts. 1.1 y 1.3 Cc. como fundamento normativo (como dice SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 342, «que el art. 1.3 Cc. es de aplicación general y, por tanto, también en el Derecho administrativo, es un hecho al que no puede oponerse una razón sólida»; similarmente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 67; y, según la citada sentencia contencioso-administrativa de 15 de marzo de 1963, «no existiendo una ordenación positiva específica sobre las prácticas de los exámenes académicos, hay que seguir la costumbre, que es fuente del Derecho, según el art. 6 Cc., en defecto de ley, extensivo al Derecho especial como es el administrativo...»), lo mismo que su rechazo, para quienes lo sostienen, no se apoya en negar la aplicación del Código, sino en que, en el ámbito del Derecho público, a los usos o prácticas existentes les falta, para ser verdadera costumbre, el elemento de la *opinio iuris* (*cfr.*, así, ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, 1, 1, 8.^a ed., Madrid, 1983, pp. 253 ss., y BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 1, 4.^a ed., Madrid, 1983, p. 142 ss.) o en que, relativamente a una cuestión o materia concreta, los usos no merecerían, conforme al citado art. 1.3 Cc., la consideración de costumbre, por ser contrarios al orden público (así, para el Derecho tributario, SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 342 s.). Parecidas razones valen, por lo demás, para los principios generales del Derecho, que no son fuente cuando la Constitución o la ley los excluyen, como ocurre en el Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho tributario; pero sí en los demás casos.

constitucional del *imperio de la ley* queda entonces garantizado, en todo caso, por la dependencia que toda fuente de Derecho no decidido o no legislado necesariamente tiene respecto de la ley que la cree y determine su valor y fuerza de obligar; pero, a partir de ahí, y respetando las reglas constitucionales que gobiernan las relaciones de las diversas formas del Derecho decidido o legislado entre sí —lo que comporta la subordinación de la ley a las normas constitucionales, primarias y secundarias, y la subordinación a la ley de las normas escritas infralegales en los términos previstos en la Constitución—, es perfectamente posible que la ley se atribuya a sí misma cualquier posición relativamente a las fuentes que ella establezca. Como señala atinadamente DE OTTO, «la ley no puede prescribir válidamente nada respecto de su propia posición en el ordenamiento jurídico en relación con aquellas otras fuentes cuya existencia y posición viene prescrita por la propia Constitución. Sí puede disponer, en cambio, respecto de la posición que ocupa en relación con las fuentes que la propia ley crea, porque su existencia y posición dependen enteramente de ella. Por último, la ley no puede vincular la futura labor legislativa, porque el legislador no tiene más límites que los que le imponga la Constitución y puede modificar libremente las leyes que él mismo haya dictado» (180).

Es, pues, evidente que las normas legales (en todo caso de procedencia estatal, salvo relativamente a los Derechos civiles forales: art. 149.1.8.ª CE.; entre las cuales el art. 1.1 Cc. ocupa, hoy por hoy, un lugar destacado) están llamadas por la propia Constitución a contribuir con ella en la fijación del sistema de fuentes. Su función, sin duda, es trascendental para el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que pueden alterar la posición misma en el sistema de ciertas manifestaciones del Derecho decidido o legislado previstas en la propia Constitución; mas no por ello pueden ser calificadas aquéllas como normas *materialmente* constitucionales.

En este caso, la Constitución misma —me parece— obliga a prescindir de KELSEN.

(180) DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, cit., p. 85. Por esas mismas razones, me parece claro que —frente a lo que el autor citado afirma— la expresión «ley» en el art. 1.1 Cc. no ha de entenderse referida, también, a la Constitución: la posición de ésta en el sistema de fuentes no puede ser otra que la que ella misma se atribuye; en otro caso, habría que concluir que el legislador ordinario puede modificar esa posición, lo que no es admisible.