

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL NUEVO TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

SUMARIO:

Introducción.—I. El Título Preliminar como ley complementaria de la Constitución: el tema de los Tratados internacionales.—II. El Título Preliminar como ley Básica: el tema foral.—III. El Título Preliminar como ley Ambiental: el tema de la modulación del ejercicio de los derechos.—Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Un constitucionalista, suficientemente audaz para abrigar pretensiones de rigor, debiera prestar larga atención al Derecho privado, no sólo por razones metodológicas evidentes —las más depuradas técnicas de los privatistas—, sino por motivos sustantivos.

La Constitución, en frase afortunada de Pellegrino Rossi, contiene los epígrafes de todas las otras ramas del Derecho, incluido el Derecho civil, pero son estas ramas las que desarrollan la Constitución de modo que alcance o no su verdadero relieve normativo. Ello es así hasta el punto de que las partes dogmáticas de la Constitución —declaraciones de Derechos— tiene su mayor relieve, cuando lo tienen, en el campo del Derecho privado y no faltan juristas que consideren a éste como el lugar óptimo para el tratamiento de aquéllas (1).

Más aún, hay partes sustantivas de la Constitución desparramadas a través de normas hasta ahora coto de los privatistas, entre ellas el recientemente reformado Título Preliminar del Código Civil, a cuyos aspectos constitucionales

NOTA.—Abreviaturas más utilizadas:

- LO = Ley Orgánica del Estado.
- LC = Ley Constitutiva de las Cortes.
- LRJ = Ley de Régimen Jurídico de la Administración
- FE = Fuero de los Españoles.
- LS = Ley de Sucesión.

(1) LEISNER: *Grundrecht und Privatrecht*, Munich, 1960.

les están dedicadas estas notas (2). Justificar semejante perspectiva exige ciertas puntualizaciones conceptuales.

La Constitución pasa por ser el orden jurídico fundamental del Estado, pero dentro de esta acepción lógico-jurídica sus analistas han distinguido una pluralidad de sentidos de los que ahora interesa subrayar dos: la *Constitución en sentido absoluto* y la *Constitución en sentido formal* (3). Aquélla, como manera de deber ser, es la Constitución en cuanto norma de normas, es decir, una regulación legal fundamental a la que todas las otras normas pueden ser referidas. La última, como una pluralidad de leyes, las leyes de la Constitución, caracterizadas por peculiaridades formales, verbigracia, su especial «rigidez». Así, por ejemplo, cuando las Constituciones filobritánicas regulan cuidadosamente el principio de unidad de caja (4) o, para repetir un caso famoso, cuando el texto alemán de 1919 establecía el mantenimiento de las Facultades de Teología en las Universidades (art. 149,3), la distinción lógica se hace patente. Estas normas legal-constitucionales, caracterizadas como tales por los requisitos exigidos para su reforma —rigidez—, nada tienen que ver con la fundamentación del orden jurídico.

Sin duda que una de las primeras tareas del constitucionalista al acotar el objeto de su estudio es rescatar la Constitución —en sentido absoluto— de su eventual disolución en las leyes constitucionales, separando, aunque probablemente no desechando, la ganga irrelevante e integrando en aquélla lo que, aun no figurando en los documentos formalmente calificados de constitucionales, haga relación al fundamento del orden jurídico estatal.

Por esa vía nos encontramos con toda una serie de fenómenos jurídicos que, integrando la Constitución en sentido absoluto, no son leyes de la Constitución. Tal es el caso de la mutación constitucional y de las *leyes para-constitucionales*. Estas últimas pueden clasificarse en torno a tres tipos: *leyes complementarias de la Constitución*, *leyes básicas* y *leyes ambientales*. Es claro

(2) Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil (B. O. del E., 9 de julio), de conformidad con la autorización conferida por la ley 3/1973, de 17 de marzo (*Boletín Oficial del Estado*, 21 de marzo). El plazo de un año al que se ceñía la autorización legal fue prorrogado por Decreto-ley 2/1974, de 5 de abril (B. O. del E., 6 de abril). En buena teoría, la autorización había caducado ya y era improrrogable por Decreto-ley, cuya jerarquía normativa es, sin duda, igual a la de la ley, pero no es una «ley votada en Cortes», según exige el artículo 10,4, LRJ. La falta de control sobre una norma de rango legal hace este defecto prácticamente irrelevante.

(3) Cfr. SCHMITT: *Teoría de la Constitución* (trad. española). Madrid, 1934, páginas 4 y 13.

(4) Verbigracia, *Botswana Independence Order 1966* (S. I., 1966, núm. 1.171). Anejo I, sec. 119.

que estas tres categorías sólo son aplicables en aquellos ordenamientos en los que, como es el caso del español actual, existen normas revestidas de una superlegalidad formal, esto es, de una rigidez que exige procedimiento de reforma distinto del legislativo ordinario y que puede o no coincidir con la importancia material de sus disposiciones. Las *leyes para-constitucionales* no son *leyes de la Constitución*, esto es, no están formalmente incorporadas al cuerpo legal o conjunto de cuerpos legales que se denominan Constitución política (en España, hoy, *Leyes Fundamentales*), pero contienen elementos de la Constitución en sentido *absoluto*.

Yo mantengo que el Título Preliminar del Código civil contiene normas de estas tres clases. No se trata de que el, con razón, llamado «nuestro primer texto legal», sea, «nuestra verdadera Constitución» (García de Enterría), como en realidad lo es, en el sentido *social* del término Constitución, atendiendo a la importancia material de sus disposiciones y la estabilidad conseguida por encima de los avatares políticos, si no en razón del carácter fundamental del Título Preliminar. Ello hace aún más criticable su configuración como Introducción al Código civil y la reforma de mayo último hubiera prestado un notable servicio a la claridad de nuestro ordenamiento, sustituyendo el Título Preliminar por una Ley General introductoria, semejante a las conocidas en el mundo germánico. En todo caso, cualquiera que sea la localización de estas normas en el ordenamiento, interesa ahora destacar su relieve para un estudio de lo que Maunz denominaba «la Constitución viva» del Estado.

I

EL TÍTULO PRELIMINAR COMO LEY COMPLEMENTARIA
DE LA CONSTITUCIÓN: EL TEMA DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES

Si en sentido absoluto la Constitución es el régimen jurídico del Gobierno, esto es, utilizando las categorías generales de Guasp, de la autoridad de los gobernantes y de la libertad de los gobernados (5), las *leyes complementarias* son aquéllas que articulan las disposiciones constitucionales formales y a las que éstas se remiten expresa o tácitamente. Sirven de ejemplo las normas electorales o las reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales o las orgánicas de las instituciones del Estado. Su importancia para una no-

(5) Cfr. GUASP: *Derecho*, Madrid, 1971, pág. 489.

ción *absoluta* de Constitución está fuera de duda, atendiendo, por ejemplo, al carácter meramente «fático» de las declaraciones dogmáticas sin una adecuada normativa de la libertad o a las distintas configuraciones que las leyes electorales pueden hacer del sufragio universal.

Cuando las normas constitucionales se remiten a un ulterior desarrollo, lo que frecuentemente hacen es aplazar la verdadera decisión constituyente y, por ello mismo, los intencionados o accidentales silencios de la Constitución pueden ser utilizados para sustituir con una opción distinta la que el constituyente no llegó a tomar. Se trata de *silencios apócrifos* (6).

Tal es, en el actual sistema español, el caso de la normativa sobre el «poder de hacer Tratados», tópico habitual de todas las Constituciones, y al que las Leyes Fundamentales dedican tres exigüos artículos (8.º y 9.º LO, 14 LC).

Como es bien sabido, el *Tratado* puede ser considerado desde dos puntos de vista diferentes. Por una parte, el Tratado es un acto internacional del Estado que compete a los órganos centrales y periféricos encargados de sus relaciones exteriores. Por otro lado, el Tratado es una fuente de Derecho.

En la primera de estas dos dimensiones el «poder de hacer Tratados» corresponde al Jefe del Estado asistido de su Gobierno (arts. 8.º LO y 10,5 LRI). A las Cortes corresponde autorizar mediante ley los Tratados que afecten a la soberanía nacional y a la integridad territorial (art. 14,1 LC) y «ser oídas», esto es, dar un dictamen no vinculante, sobre los demás Tratados que afecten a materias de su competencia (art. 14-II LC).

Ahora bien, las dos Leyes Fundamentales citadas plantean la intervención de las Cortes sobre el supuesto de la *ratificación* del Tratado, y sabido es que, en el Derecho internacional actual no sólo rige el principio de libertad de forma para la celebración de los convenios (7), sino que el sistema clásico de firma más ratificación es estadísticamente el menos usado (8), y buena prueba de ello es la práctica española al respecto, de modo que los Tratados pueden concluirse y se concluyen mediante sola firma, adhesión, declaración, etcétera. ¿Les corresponde, en estos casos, a las Cortes intervenir en los términos del artículo 14 de su Ley Constitutiva? Hasta ahora evidentemente no, y así lo prueba tanto una exégesis de los preceptos constitucionales, como un análisis de la práctica: «ratificación» no podría significar «adhesión» o «firma» o «canje de notas» (9).

(6) Cfr. SCHMITT, Op. cit., pág. 36. Junto a los *compromisos apócrifos* que señala SCHMITT podría hablarse de *silencios apócrifos*.

(7) Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, artículo 11.

(8) Cfr. FITZ MAURICE: «Do treaties need ratification?», en *British Year Book of International Law*, 1934.

(9) He analizado detenidamente la práctica española al respecto en *Boletín Infor-*

Sin embargo, según el artículo 4.º, 1 del nuevo Título Preliminar: «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Es decir, se excluye con dudoso acierto todo razonamiento «a contrario» y se impone una extensión analógica. Las consecuencias para el problema aquí contemplado no pueden ser mayores. La identidad de razón es obvia: al tener los mismos efectos la ratificación que cualquiera otro procedimiento de celebración de Tratados, el control —autorización o dictamen según los casos— de las Cortes sobre éstos respondería a idénticos supuestos que el establecido sobre aquél por los artículos citados. En consecuencia, procederá la analogía al interpretar el artículo 8.º LO y el artículo 14 LC, extendiendo a cualquier procedimiento de hacer Tratados lo en ellos previsto respecto de la ratificación. El nuevo Título Preliminar, proporciona un criterio en apariencia terminante para salvar las lagunas, incluidas las lagunas de la Constitución, y a él es preciso atenerse. Salvo una, por otra parte no imprevisible reacción jurisprudencial en favor del argumento «a contrario», la analogía se impondrá cuando exista identidad de razón entre los diferentes supuestos y sólo uno de ellos esté regulado.

En la segunda dimensión, la reforma del Título Preliminar del Código civil al abordar la enumeración sistemática de las fuentes del ordenamiento, ha planteado un problema análogo. En efecto, celebrado el Tratado por sólo el ejecutivo «oídas» las Cortes, surge la cuestión de la introducción y posición de las normas convencionales en el ordenamiento nacional.

Los diversos sistemas de recepción de los Tratados internacionales en el ordenamiento interno pueden reducirse a dos tipos fundamentales: La *recepción automática* y la *recepción especial*. Según el primero de estos sistemas, una vez debidamente concluido, el Tratado forma parte integrante del «bloque de legalidad». Según el segundo, el Tratado, aun debidamente concluido, no forma parte del ordenamiento en tanto no ha sido objeto de conversión por una norma interna (10). Nunca he entendido claramente los problemas referentes a la «naturaleza» —la más meta-física de las nociones— interna o internacional de la norma y, tal vez por eso, me parecen totalmente irrele-

mativo de Ciencia Política, núm. 8, 1971, págs. 51 y sigs. Cfr. también mis comentarios al Decreto 801/1972, de 24 de marzo, en *Revista de Administración Pública*, número 68, págs. 359 y sigs.

(10) La más reciente y autorizada sistematización del Derecho comparado que conozco es L. WILDHABER: *Treaty Making power and Constitution. An International and Comparative Study*, Basilea, 1971.

vantes. Por el contrario, considero fundamental dilucidar el problema competencial inherente a ambos sistemas (11).

En efecto, la alteración del ordenamiento interno mediante la introducción en el mismo de las normas contenidas en los Tratados internacionales *equivale* a la función legislativa (12). El sistema de recepción automática atribuye al órgano encargado del *treaty making power* una potestad legislativa paralela a la del legislador. Por ello, cuando por razones políticas se pretende proteger la competencia de éste, o bien se atribuye al legislador ordinario el «poder de hacer Tratados», o bien se acude al sistema de recepción especial.

La Constitución francesa de 1958, y las de ella derivada, ofrecen una prueba irrefutable del primer supuesto. Como es sabido, la competencia legislativa formal se limita en estas constituciones, tanto por un poder de revisión constitucional, como por una potestad reglamentaria atribuida al ejecutivo. Pues bien, de acuerdo a los mismos criterios se divide *ratione materiae* el poder de hacer Tratados (arts. 53 y 54), de modo que el órgano u órganos encargados de la revisión constitucional, de la legislación ordinaria o de la potestad reglamentaria son los competentes para dar al Tratado su fuerza obligatoria definitiva (13).

Por su parte, el Proyecto Bricker (1954) (14) de enmienda a la Constitución de USA, ilustra el segundo supuesto. En la medida en que los *Executive agreements*, esto es, los acuerdos celebrados por el solo Presidente, son parte integrante del Derecho de la Unión, el jefe del ejecutivo recibe una potestad legislativa paralela a la del Congreso y por ello la enmienda en cuestión pretendía introducir una fórmula de recepción especial que exigiese la interven-

(11) Un ejemplo de estas preocupaciones es la argumentación en las Cortes con ocasión de la ley de Bases (*Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, X, 90 *Apéndice Diario de Sesiones. Comisión de Justicia*, Sesión núm. 7, 21 de noviembre de 1972, páginas 10-11. Sr. Angulo). Un sano positivismo al respecto en P. DE VISSCHER: «Les tendances internationales des Constitutions modernes», en *Rec. des Cours*, tomo 80 (1952-I), págs. 511 y sigs.

El planteamiento competencial es el que avala en España la doctrina legal del Consejo de Estado en el dictamen núm. 36.017, de 20 de junio de 1968 (texto en *Recopilación de Doctrina Legal 1967-1968*, Madrid, 1971, págs. 24-25), e implícitamente la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1956 al citar como prueba del rango legal de los Tratados el art. 55 de la Constitución de 1876 que exige la intervención de las Cortes para la celebración de «aquellos que puedan obligar individualmente a los españoles» (texto en *Colección Legislativa de España. Jurisprudencia Civil*, tomo XLVIII, 1956, pág. 496).

(12) Cfr. A. MESTRE: «Les traités et le droit interne», en *Rec. des Cours*, 38 (1931-IV), págs. 237 y sigs.

(13) Sobre el sentido de estas disposiciones cfr. mi obra *Nacionalismo y Constitucionalismo*, Madrid, 1971, págs. 375-379.

(14) Cfr. WHEARE: *Legislatures*, Oxford, 1963, págs. 174 y sigs.

ción del legislador ordinario para que dichas normas se convirtieran en Derecho de la Unión. Esta vía, sin embargo, responde a presupuestos difícilmente compatibles con la realidad jurídica. Olvida que la obligación adquirida por el Estado en virtud de un Tratado se imponen a todos sus órganos y, como afirma rotundamente la Convención de Viena de 1969, «ninguna de las partes puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de la falta de cumplimiento del Tratado» (art. 27). Por lo tanto, comprometido el Estado a modificar su propio ordenamiento, la introducción de las normas en cuestión es una obligación indeclinable, incluso cuando no se produce de modo automático. Así, el órgano legislativo investido de la competencia de «conversión» en el sistema de la recepción especial, no ejerce una verdadera función legislativa autónoma, sino una «potestad reglada» en su totalidad: la de hacer lo que el Tratado ordene y en los términos en que lo ordene (15).

Las categorías generales así esbozadas sirven para interpretar el sistema español en este punto. Tradicionalmente España ha seguido el sistema de la recepción automática. Desde un punto de vista competencial, las consecuencias no ofrecen lugar a dudas: el titular del poder de hacer Tratados tiene una potestad legislativa paralela. En efecto, cualquiera de las materias reservadas a la competencia de las Cortes en virtud de su ley Constitutiva (artículos 10 y 12) puede ser, y de hecho son, objeto de Tratados internacionales para cuya celebración tan sólo es necesario el dictamen no vinculante de la Comisión correspondiente, sin perjuicio de que el Tratado en cuestión innove profundamente las normas legales españolas. Ello ha ocurrido en numerosos casos.

Así es como se ha planteado el tema desde la Revolución francesa a la actualidad y así lo entendieron las Cortes al elaborar la ley de Bases para la reforma del Código civil en 1973. A juicio de la ponencia, de la recepción automática, que incomprensiblemente da por desconocida en nuestro país, «resultaría que podría obviarse todo el procedimiento de nuestros textos constitucionales sobre aprobación, modificación, derogación, etc., de las leyes, puesto que bastaría que un Tratado internacional hiciese una modificación, pongamos por caso en el Código civil, en la ley Hipotecaria, etc., dando simplemente cuenta a las Cortes podría modificar sin más la legislación interna del Estado» (16).

(15) ROUSSEAU: *Derecho internacional público* (trad. española), Barcelona, 1957, página 40. Un paralelo que justifica este calificativo «reglado» sería la actividad presupuestaria del Parlamento vistas a satisfacer obligaciones contraídas por el Estado (vid. DUGUIT: *Las grandes transformaciones del Derecho público*, trad. española, Madrid, 1915, págs. 259-260).

(16) *Diario de Sesiones*, citado, págs. 17-18. (Sr. Escrivá de Romaní, de la ponencia). Cfr. ESTEBAN: *Desarrollo político y Constitución española*, Madrid, 1973, págs. 160 y siguientes.

Por ello, la ley de Bases de 1973 sustituía el sistema de recepción automática por el de recepción especial exigiendo para la aplicación directa de las normas contenidas en Tratados internacionales el pasar «a formar parte de la legislación interna española» (b, 1.^a, 2).

Aunque la ley de Bases no especificaba los trámites de la conversión, la lógica del sistema, los argumentos de la ponencia y la interpretación doctrinal que se hizo de esta disposición coincidían en considerar dichos trámites como un procedimiento legislativo material encargado ya a las Cortes, ya al Gobierno, según las materias de su respectiva competencia y a plasmar, por lo tanto, ya en una ley, ya en un Reglamento. El relieve constitucional del tema era evidente, puesto que se trataba nada menos que de una ampliación de la competencia de las Cortes a cuenta de los poderes exteriores del Jefe del Estado y de su Gobierno: éste no podría ya innovar el «bloque de legalidad» en virtud de su poder de hacer Tratados, sin acudir al órgano competente para realizar esta innovación por vía de legislación interna.

Cualquiera que sea el juicio político que este intento de reforma mereciese y que es de todo punto irrelevante a los fines del presente trabajo, las críticas que merecía desde un punto de vista técnico eran tres: ante todo, extendía las competencias de las Cortes, señaladas en el artículo 14 de su ley Constitutiva, por vía legislativa ordinaria, defraudando con ello la rigidez que respecto del procedimiento de revisión establece el artículo 10, L.S. En efecto, salvo los casos excepcionales previstos en el artículo 14-I, LC, esto es, «los tratos que afecten a la plena soberanía o a la integridad territorial española», las Cortes, como expresamente dice la ley y nadie parece dudar, no tienen más que atribuciones consultivas en cuanto a la celebración de Tratados sobre materias de su competencia (art. 14-II, LC). Ahora bien, si la efectividad del Tratado en el orden interno, el único que en último término hay, se hace depender de la ulterior decisión de las Cortes, aparte de los problemas de legalidad internacional antes mencionados que ello suscita, se atribuye o se trata de atribuir a las Cortes una nueva competencia en cuanto a los Tratados se refiere.

En segundo término, al retrotraer el Derecho español por encima de una tradición secular, desde un sistema progresivo y simple a otro arcaico y complicado, creaba enormes inconvenientes prácticos. Baste, por ejemplo, pensar en el barroquismo legislativo a que hubiera dado lugar la necesidad de conversión en norma española de cada uno de los Tratados bilaterales, por ejemplo, en materia laboral o del tratamiento de las reservas de terceros Estados en Tratados multilaterales. Por último, la irresponsabilidad del Gobierno ante las Cortes y la eventual insolidaridad de éstas respecto de aquél,

pasibilitaba que la negativa de las Cortes a convertir las normas internacionales en internas diera lugar a la responsabilidad internacional de España (17).

La redacción final que, a iniciativa del Consejo de Estado (18), se introdujo en el texto articulado, respetó la letra de la ley de Bases, pero mantuvo el sistema de la recepción automática al interpretar la referencia a la introducción de la norma convencional en el ordenamiento interno, no como una garantía de competencias orgánicas, sino como un requisito formal constitutivo: «La publicación íntegra en el *Boletín Oficial*» (art. 1,5.º). Con ello se obvian las dificultades técnicas antes mencionadas y se remite el tema de la eventual inconveniencia del artículo 14-II de la ley de Cortes a su verdadera perspectiva, la revisión constitucional.

Nada dice el nuevo Título Preliminar sobre la jerarquía de los Tratados en el bloque de legalidad, pese a haber sido el tema objeto de discusión en las Cortes (19). De esta discusión resulta que el legislador pretendía atribuir al Tratado un valor de ley, es decir, derogatorio de las leyes anteriores y derogable por las posteriores. Sin embargo, una interpretación sistemática del artículo 1,5.º del Código reformado, como la exigida por el artículo 3.º del mismo cuerpo legal, remitiría a «la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo» (art. 1,6.º). Ahora bien, esta doctrina apoyada por la del propio Consejo de Estado es indubitable: contra la norma convencional no prevalece una norma interna. La rescisión o, como expresamente señalaba la Constitución de 1931, la denuncia sería el trámite ineludible para eliminar la superlegalidad internacional de las normas convencionales (20).

De lo expuesto resulta que el nuevo Título Preliminar del Código Civil no ha hecho más que consagrar en forma de ley lo que venía siendo práctica constante en España: la recepción automática y la jerarquía superlegal de los

(17) No es casual que el sistema de recepción especial se vincule a los regímenes parlamentarios (*The Law and Practice Concerning the Conclusion of Treaties*, ST/LEG/SER/B. 3). En ellos el Gobierno cuenta con una tácita aprobación de la Cámara dimanante de la confianza que ésta le otorga (cfr. MCNAIR: *Law of treaties*, Oxford, 1961, páginas 99, 190).

(18) Dictamen núm. 38.990, de 4 de abril de 1974. Espero publicar en breve un estudio detenido sobre la influencia de este dictamen en la redacción definitiva del Título Preliminar.

(19) *Diario de Sesiones*, cit., pág. 20 y 23.

(20) Vid. PASTOR: «La estipulación y la eficacia interna de los Tratados en el Derecho español», en *Revista Española de Derecho Internacional*, XVII (1964), 1, páginas 51-52; los ejemplos jurisprudenciales podrían multiplicarse; respecto a la doctrina legal del Consejo de Estado la expresan claramente en el sentido apuntado en el texto, los dictámenes núms. 23.696, 37.068, 37.248, 38.990, entre otros; testimonios del legislador, verbigracia, arts. 951 y sigs. LEC, y 177, 193, 827 LECR.

Tratados. Lo que Mirkiné Guetzevitch hubiera denominado *racionalización* constitucional, esto es, la conversión en derecho escrito de una práctica de raíz política, se ha realizado por vía paraconstitucional, en este caso una ley complementaria.

II

EL TÍTULO PRELIMINAR COMO LEY BÁSICA:
EL TEMA FORAL

Denominamos *leyes Básicas* aquellas que, en cuanto a su forma, son leyes ordinarias, «pero merecen ser incluidas en el número siempre reducido de leyes cuyo contenido representa cimiento y fundación de un edificio imponente» (21).

A mi juicio, el Título Preliminar del Código Civil es una ley Básica en sentido radical. En efecto, la Constitución pasa por ser *fundamento del Orden Jurídico estatal* y ello puede entenderse en dos sentidos muy diferentes. De un lado, la Constitución es la norma fundamental del orden jurídico entendido como orden puro del Derecho, esto es, como construcción lógica de puras normas jerarquizadas. Así entendía Kelsen la Constitución, una vez relegada al empiro de las categorías trascendentales de posibilidad la «norma fundamental suprema». De otra parte, la Constitución es «fundamental» en cuanto que la decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política, la decisión constituyente soberana, determina las opciones del legislador ordinario y de los otros órganos constituidos. Tal era el criterio de Heller o Schmitt sobre la *Teoría de la Constitución*.

Sin duda, ambas interpretaciones son válidas. La Constitución del Estado, por ejemplo la de U. S. A., es, a la vez, una norma de normas que organiza las normaciones subordinadas cuya validez se establece con relación a aquélla y también es una decisión del constituyente originario y permanente en favor de un determinado modo de vida en común: la República federal, liberal y democrática de derecho. Otro tanto podría decirse de las Leyes Fundamentales españolas, cúspide de una pirámide normativa cuyos grados inferiores debieran estar determinados por ellas y expresión de una decisión soberana en favor del Estado de representación orgánica.

Ahora bien, ni el Orden Jurídico es *solamente* un sistema puro de categorías *a priori* ni un Orden Concreto describible *a posteriori*. La polémica entre

(21) PÉREZ SERRANO: «Una "ley básica" que no es "ley Fundamental"», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, 1958, pág. 441.

Kelsen y sus seguidores, por una parte, y la reacción antipositivista de Smend, Heller o Schmitt, de otra, ha puesto de manifiesto la insuficiencia de ambas posiciones contendientes (22). El Orden Jurídico no es sólo una cosa u otra. No se trata de un Orden homogéneo de normas ni de decisiones, sino, como recientemente ha señalado Jaime Guasp (23), un *conjunto coherente* de conductas y de reglas. Un Orden Jurídico es tal cuando cumple dos condiciones: «Primera, que para toda exigencia que se formulara ante el conjunto jurídico, éste tuviera siempre una respuesta, y, segunda, que tuviera una sola» (24). Esto es lo que los lógicos, con su abstruso lenguaje, llaman, respectivamente, *plenitud* y *consistencia* (25) de un orden formal, en este caso el Orden Jurídico.

Si el Derecho español en su totalidad es un orden coherente en los términos indicados, es 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 lagunas (art. 4,1.º), de manera que los jueces «tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan» (artículo 1,7.º) sin que, como decía el más elegante redactor de 1889, pueda 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» (arts. 1.º y 13) según exigía la ley de Bases de 1973 y se *pretende* establecer una jerarquía entre las mismas. Digo se pretende porque la fórmula empleada por el legislador no es un modelo de acierto al confundir *prelación de fuentes* y *jerarquía normativa* y dejar, por

(22) Lo esencial de esta polémica se halla disperso en numerosas publicaciones. Las críticas de HELLER al normativismo desde «Die Krissis der Staatslehre», en *Archiv für Socialwissenschaft und Socialpolitik*, 1926, págs. 289 y sigs., hasta su *Staatslehre*, Leiden, 1934. La de SEMEND en su obra fundamental *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, 1928, al que KELSEN dedicó una respuesta de conjunto, *Der Staat als Integration*, Viena, 1930. De todo el *corpus* schmittiano una síntesis en la citada *Verfassungsglehre*. KELSEN expuso por primera vez sus tesis en *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, Tubinga, 1911, y ha criticado el decisionismo en numerosos trabajos cuyas conclusiones y matizaciones se incorporan a sus ulteriores teorías generales.

(23) *Derecho*, págs. 385 y sigs.

(24) *Ib.*, 406.

(25) Cfr. CAPELLA: *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona (Ariel), 1968, págs. 276 y sigs.

lo tanto, en la oscuridad un importante número de cuestiones. En efecto, una cosa es «la primacía de la ley sobre las demás fuentes» (b, 1.º, 1) y otra es la jerarquía normativa inherente al principio de legalidad (art. 17, FE). El artículo 1,2.º aunque utiliza la fórmula consagrada referente al segundo de estos aspectos, alude tan sólo al primero —y de modo redundante con los párrafos 3.º y 4.º del mismo artículo— al no contener una definición funcional de la «ley», como toda norma de derecho escrito. La jerarquía inherente al «bloque de legalidad» no se aborda en este texto legal ni siquiera por vía de remisión.

De otro lado, lo que Guasp denomina relatividad espacial del Orden Jurídico, en España agravada por la coexistencia de los ordenamientos forales junto al Derecho común, se resuelve a través de todo un sistema de normas conflictuales (arts. 8.º y sigs., y 12 y sigs.) y la concurrencia entre diversos sectores del derecho se abordan en el artículo 2.º, aunque de manera probablemente insuficiente.

Si el fundamento es lo que reduce a unidad lo diverso y, según acabamos de ver, la unidad —bien que relativa— inmanente del Orden Jurídico español, se obtiene merced a las normas del Título Preliminar, dichas normas forman parte del fundamento del Orden Jurídico del Estado, es decir, de la Constitución. Que lo dicho excede el mero juego de palabras lo demuestra la íntima conexión de estas cuestiones técnicas con las otras dos acepciones antes señaladas de la Constitución como *fundamento*: la base de un orden puro de derecho y la decisión última sobre el modo de vida política. Para probarlo basta atender al tema de las *calificaciones* (arts. 12 y 16) en el que aparecen íntimamente ligadas la unidad inmanente del Orden Jurídico con la Soberanía, entendida bien como supremacía en la escala normativa, bien como decisión suprema.

El problema de las calificaciones es, ante todo, un problema de lenguaje. Ya se denomine calificación «la traducción de un objeto de conocimiento en términos jurídicos» (26), ya se trate de la inmediata consecuencia de dicha noción en un pluriverso jurídico: la equivalencia semántica de una institución jurídica en otro sistema de derecho.

Desde un punto de vista histórico, el problema de las calificaciones surge cuando la doctrina puso de relieve la existencia de colisiones entre los conceptos referentes a los supuestos de hecho y puntos de conexión por ser diferente la connotación semántica de los términos legales en los diferentes sistemas jurídicos en conflicto. Aun unificadas hipotéticamente las normas conflic-

(26) MOTOULSKY, en *Repertoire de Droit International*, París (Dalloz), 1969, II, página 651.

tuales, surgiría la colisión en función de esta diversidad de lenguajes jurídicos. Aunque se designe el mismo punto de conexión, por ejemplo el *domicilio*, lo que cada ordenamiento entiende por tal, y concretamente en el caso citado las diferencias son harto grandes (vid. Conferencia de La Haya, VII Reunión, 1951, *Actas*, págs. 228 y sigs.), puede remitir a situaciones muy diferentes y, por lo tanto, poner en juego remisiones muy distintas. Para citar un ejemplo famoso en la historia del Derecho internacional privado, que una reclamación de inmuebles se estime sucesoria o inserta en el régimen económico matrimonial llevará a aplicar, respectivamente, o la ley del lugar de la situación o la ley personal. Surge así «la imposibilidad de obtener la supresión definitiva de los conflictos de leyes» que sirviera de título a un famoso trabajo de Bar-tin (27).

Cuál sea la incidencia de la cuestión de la Soberanía en estos tecnicismos resulta claro, atendiendo a un concepto riguroso de la misma. Al menos desde Laband y Jellinek, sabemos que Soberanía es «la competencia de la competencia», es decir, el poder originario para determinar el alcance del propio poder y las modalidades de su ejercicio. Trasladando esta noción al campo de los conflictos intersistemáticos, no cabe duda de que su planteamiento técnico no es otro que el tema de las calificaciones. El legislador soberano lo puede todo porque puede calificar discrecionalmente. Así argumentaron los más vigorosos teólogos medievales la inerrancia divina, y la Jurisprudencia, sierva emancipada de la Teología, se precia de seguir la misma senda. Con ejemplar ironía, Sir Ivor Jennings señalaba, frente a la famosa fórmula de Dicey, que el soberano Parlamento británico puede incluso hacer de un hombre mujer, y viceversa, puestó que le basta para ello con calificar al «hombre», supuesto de hecho, como «mujer» en cuanto categoría.

Si el tema de las calificaciones es importante, es porque plantea el problema de la competencia última. Si califico determinado fenómeno como situación laboral, le será aplicable la ley del lugar donde los servicios se prestan (artículo 10,5.º), pero si lo considero como un contrato de distinto tipo, tendrá malhadada preferencia la ley nacional o la de la residencia común a las partes (artículo 10,4.º). Quien decide la calificación de los elementos jurídicos en juego es quien decide la atribución a uno u otro ordenamiento, es decir, quien es competente para otorgar competencia, esto es, quién es soberano. Por ello, el artículo 12,5.º del nuevo texto referente a la determinación de la ley aplicable en un sistema no unificado establece que «cuando por aplicación de una norma de conflicto sea competente la ley de un Estado en el que coexisten

(27) «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois», en *Etudes de Droit International Privé*, París, 1899.

diferentes sistemas legislativos, corresponde a la legislación de ese Estado determinar el sistema aplicable». Esta interpretación es más clara hoy día cuando el tema central del Derecho internacional privado tiende a ser la delimitación de competencias legislativas y jurisdiccionales.

El artículo 12,1.º del nuevo Código civil, aunque no técnicamente afortunado al optar por un criterio rígido de calificación, es coherente con el carácter soberano de España (art. 2.º-I, LO) al reservar a la Ley española «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable». Si en virtud de una calificación como *res in transitu* los Tribunales españoles aplican la ley extranjera por ser la ley del lugar de la expedición (art. 10,1.º), ello es sin mengua de la soberanía española, puesto que ella misma ha atribuido la competencia a la ley extranjera.

El problema se plantea aún con mayor virulencia cuando de conflictos entre derechos forales se trata. Frente al dictamen del Consejo de Estado, el legislador ha optado por excluir en los conflictos entre derechos forales y derecho común la aplicación del criterio de la calificación sentado en el artículo 12,1.º (artículo 16,1.º). Alega, para justificarlo, que «como los conflictos de ámbito regional se dan en el seno de la misma nación estructurada en un solo Estado, las normas dotadas de sentido en función de las diferencias nacionales o estatales quedan excluidas» (E. de M.).

Se crea con ello un vacío de competencia —¿cuál es el ordenamiento para calificar?— que da trágica realidad al título ya mencionado de Bartin. Si las calificaciones plantean un problema de traducción, cualquier solución ha de partir de la existencia de un lenguaje básico que ofrezca punto de referencia. Si este lenguaje no se da, al menos para remitir a otro, la resolución de los conflictos se hará lógicamente imposible salvo el buen sentido del juzgador favorable al único sistema completo y familiar al foro: el Derecho común. Pero, además, al excluir expresamente la aplicación a los conflictos interregionales del artículo 12,1.º, el ordenamiento español aparece ya no como materialmente diverso, sino como formalmente desgarrado (28). Al excluir la aplicación de la ley española común a la calificación en caso de conflicto interregional, se ha querido negar a la Ley española común la competencia de las competencias forales, esto es, la soberanía. Así se demuestra, atendiendo al paralelismo que con esta disposición tiene el artículo 2.º del Decreto que publica

(28) Tradicionalmente, el máximo exponente de esta unidad formal, eran las leyes generales de aplicación directa a toda la nación. Hoy estas leyes son «derecho supletorio» del foral navarro (ley 6.ª de la Compilación Foral). Una exposición doctrinal de este desgarramiento con la maestría propia de este autor, en A. D'ORS: «El regionalismo jurídico» (*Separata del suplemento del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña*, julio 1973).

el nuevo texto articulado, según el cual éste «no altera lo regulado en las compilaciones de los derechos especiales o forales».

Esta disposición es técnicamente deficiente y lógicamente contradictoria con varias compilaciones forales y con el propio texto del artículo 13 del Código Civil. Si este precepto no afecta —como ningún otro elemento del texto articulado— a los sistemas forales, no se comprende cómo puede establecer los límites de su vigencia o consagrar el «respeto» que se les debe. Si el Título Preliminar es irrelevante respecto de las Compilaciones, no puede servir de fundamento formal a la diversidad material de los derechos forales como era el caso del antiguo artículo 12, CC, y expresamente declaran las más meritorias Compilaciones forales (29). Ahora bien, eliminar esta fundamentación equivale a dar por disuelta la unidad formal del ordenamiento jurídico español —lo que los juristas liberales denominaban «unidad constitucional de la Monarquía»—, expresión a su vez de la unidad de la soberanía que proclama el artículo 2-I de la Ley Orgánica del Estado.

La solución final dada por el legislador no parece coherente con este principio de indivisibilidad de la soberanía, pero sí lo es con la no muy ortodoxa confederalización del Estado llevada a cabo con ocasión de la Compilación Foral navarra promulgada por ley de 1 de marzo de 1973.

Como es bien sabido, los juristas navarros han explicado las especialidades forales, públicas y privadas, de aquel antiguo Reino en virtud del Pacto entre Navarra y el Estado con motivo del Convenio de Vergara. Aunque, se decía, dichas especialidades han sido formalmente establecidas por ley, se trata de una «ley Paccionada» (30).

Cualquiera que sea el rigor histórico y técnico de esta interpretación (31), jamás oficialmente aceptada por un Gobierno nacional, equivalía a una pre-

(29) Antiguo Apéndice de Aragón, artículo 1.º; Compilación Catalana, artículo 1.º; Compilación Gallega, artículo 2.º

(30) Se trata de la ley de 16 de agosto de 1841, desarrollo de la confirmación de los fueros hecha por la ley de 25 de octubre de 1839. La supuesta raíz convencional es el artículo 1.º del Convenio de Vergara de 30 de agosto de 1839, que dice textualmente: «El capitán general don Baldomero Esparteros recomendará con interés al Gobierno el cumplimiento de su oferta de comprometerse formalmente a proponer a las Cortes la concesión o modificación de los fueros». La interpretación navarra puede verse en AIZPUN: *Naturaleza jurídica de las leyes forales de Navarra*, Pamplona, 1966, páginas 389 y sigs., y DEL BURGO: *Origen y fundamento del régimen foral de Navarra*, Pamplona, 1968, págs. 507 y sigs.

(31) Argumentos de este tipo —«cualquiera que sea la naturaleza del pacto-ley, ningún Estado de Derecho puede desconocer su existencia en el mundo jurídico español» (DEL BURGO: *Opus cit.*, pág. 501)— son un buen ejemplo de «razonamiento afectivo» (ALEXANDER: *International Journal of Psycho-analysis*, 16, 1935, págs. 399 y sigs.) incidente en el mundo jurídico.

tensión de *confederalización del Estado*. Como es bien sabido, o debería serlo, la esencia de la confederación es que la voluntad política confederal no descansa en otras bases que el acuerdo de voluntad de los confederados. Para citar ejemplos baste tener en cuenta que la Unión puede dictar una ley aplicable en Texas, aun contra la voluntad del Estado de Texas; por el contrario, cuando se hace la apología de una Confederación Europea, se piensa instintivamente en la regla de la *unanimidad* acordada en Luxemburgo y según la cual se requiere el consentimiento expreso o tácito de los Estados partes para la adopción de una medida. En un lenguaje hirsuto, pero más riguroso, puede caracterizarse la confederación por una competencia no sólo limitada sino compartida entre los diferentes Estados confederados, mientras que la federación lo será por una competencia no compartida sino limitada por su distribución entre el nivel federal y el nivel de las entidades federadas. Por ello, mientras la «clave de bóveda de todo federalismo es la distribución de competencias» (Löwenstein), es perfectamente imaginable una confederación en la que los Estados miembros se reservan una sola potestad: la potestad soberana de decidir (32). En la medida en que Navarra pudiera no ya gozar de un régimen especial, sino decidir sobre el mantenimiento de este régimen en pie de igualdad con el Estado español, estaríamos ante una figura claramente confederal, esto es, ante un caso de soberanía compartida.

Esta es la solución que ha introducido la ley de 1 de marzo de 1973 respecto del régimen civil de la Compilación (33). Se trata de lo que Carl Schmitt denomina un «pacto de Estado» que, en la medida en la cual «limita al poder constituyente destroza la unidad política y coloca al Estado en una situación por completo anómala» (34). Se trata de un ejemplo manifiesto de cómo disposiciones de rango ordinario y de tema en apariencia tan lejano al Derecho constitucional como las «corralizas», «faceras» y «helechales» pueden contener importantes sectores de la Constitución (o, lo que a efectos de este trabajo es igual, de la anticonstitución) en sentido absoluto (35).

(32) Por todos cfr. la obra clásica de LE FUR: *Etat fédéral et confédération d'Etats*, París, 1896.

(33) «De conformidad con esta ley (la de 1841) se exigía el procedimiento de Convenio para introducir reformas legislativas en Navarra» (E. de M.). «Para cualquier modificación o alteración de la vigencia total o parcial de esta Compilación, será necesario nuevo convenio previo con la Diputación foral al efecto de su ulterior formalización» (disposición final primera).

(34) *Teoría de la Constitución*, pág. 78.

(35) Diversos autores han señalado ya este relieve constitucional. Así, NIETO: «La organización local vigente: uniformismo y variedad», en MARTÍN RETORTILLO (ed.): *Descentralización administrativa y organización política*, t. II, Madrid, 1973, págs. 154 y sigs., y ZAFRA: *Régimen político de España*, Pamplona, 1973, págs. 415-416.

III

EL TÍTULO PRELIMINAR COMO LEY AMBIENTAL: EL TEMA DE LA MODULACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Por las razones expuestas, el Título Preliminar del Código Civil es parte importante de la Constitución en sentido absoluto, es decir, de la Constitución como fundamento del Orden Jurídico del Estado. Pero acercándose a la Constitución en el más formalista de los sentidos —por ejemplo en España, hoy, a las solas Leyes Fundamentales— el Título Preliminar adquiere un especial relieve. En efecto, en él se establecen los criterios para la elección, interpretación y actuación de todas las normas, incluso de las constitucionales. Se trata en este caso de una norma, no ya de fundamentación, sino de *introducción* al Ordenamiento en la que se establecen las condiciones de posibilidad para la aplicación y eficacia del derecho todo.

Examinar la génesis de este concepto de ley Introdutoria o las razones o sinrazones de su colocación en la obra del legislador y, por lo tanto, en la enseñanza del docente, como introducción al Derecho civil, nos llevaría a reescribir una parte general del Derecho. Baste ahora señalar que dicha parte general se encuentra históricamente vinculada al Derecho civil en cuanto que éste, en un principio «el derecho propio de la ciudad» (*Gaius*, I,1) es hoy un derecho residual que, además, por muy complejos motivos, es «el derecho de los principios generales» (36). Ahora bien, así como la parte general del Derecho, si cumpliera su cometido, debería proporcionar al jurista las categorías aplicables a todas las ramas de su disciplina, su soporte positivo, en España el Título Preliminar, en cuanto se ocupa de *las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*, introduce no solamente al Derecho civil o, incluso, al privado, sino a todo el Orden Jurídico. Proporciona a cada norma, sin excluir las constitucionales «la atmósfera espiritual en la cual las instituciones jurídicas viven y se mueven» (Puchta).

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.

(36) Cfr. DÍEZ PICAZO: «El sentido histórico del Derecho civil», Madrid, 1959 (Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*).

Más aún, puede afirmarse que el intérprete de un sector jurídico tan poco desarrollado técnicamente en comparación con otros, como es el Derecho constitucional, estará obligado a acudir con mayor frecuencia al Código civil a fin de manejar criterios normativos rigurosos.

Si se tiene en cuenta la importancia de que el artículo 3.º del Código Civil imponga una interpretación de los preceptos constitucionales «según el sentido propio de sus palabras» (37) o de que, según se apuntó anteriormente, el artículo 4.1.º al cerrar el camino a un razonamiento «a contrario» e imponer la analogía como criterio interpretativo, permita una extensión de la competencia de las Cortes, no podrá dudar de la trascendencia para la Constitución de estas normas ambientales. Sirvan de ejemplo dos extremos del nuevo Título Preliminar, referentes al cómputo de los plazos y al ejercicio de los derechos.

Como es sabido, en el ordenamiento español no existía ninguna norma general sobre el cómputo. Según el artículo 7.º del Código civil de 1889, se establecía un sistema que debería haber sido de aplicación general y, como corresponde a las normas de un Derecho común, de extensión supletoria a todas las ramas del Derecho. Ahora bien, el cómputo procesal que, de acuerdo con los criterios del Derecho común estableció la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 303 y sigs.) es el que ha prevalecido no sólo en otros procesos distintos del civil —verbigracia, en el contencioso-administrativo, por remisión de la disposición adicional 6.ª de la Ley Reguladora de 1956—, sino en otros sectores diferentes, como es el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (arts. 59 y sigs.). De esta manera, no había normativa alguna de carácter general y, como revela la sentencia de 11 de julio de 1950, las normas del Código Civil cedían en caso de conflicto a las previsiones sobre esta materia en otras leyes.

Por ello, cuando se plantea el problema del cómputo con relación a nuestras Leyes Fundamentales que tan superabundante uso hacen del factor tiempo, resultaba harto difícil llegar a una solución coherente. ¿Habría que aplicar la norma del Código Civil o aquellas otras como es el caso de la Ley de Procedimiento administrativo, cuyo supuesto ofreciera mayores analogías con el contemplado en las normas constitucionales? Ambas soluciones encontraban argumentos en leyes complementarias de la Constitución, como la de 5 de abril de 1968, Reguladora del Recurso de Contra-fuero que seguía a la Ley de Enjuiciamiento Civil en algún artículo (art. 6.1.º) y al Código Civil en otros (artículo

(37) Esto excluye la interpretación simbólica que del artículo 6.º de la LO que propone ZAFRA (Op. cit., pág. 198) y avala una exégesis más ceñida al texto y a sus antecedentes históricos, las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939.

los 9,1.º; 12,1.º). La importancia de la cuestión tampoco ofrece dudas. Baste pensar que un plazo como el fijado por el artículo 28 de la Ley Orgánica del Consejo del Reino para que este organismo preste su asistencia al Jefe del Estado en casos de urgencia, puede doblarse si se aplica la regla procesal-administrativa de cómputo (exclusión de los días inhábiles) en vez de la civil.

Tal eran los problemas que parecía pretender resolver la Ley de Bases de 1973 al recomendar «la unificación en el cómputo de los plazos» (Base 2.ª, 4.º), y éste es el alcance del nuevo artículo 5.º, si bien de una forma harto imperfecta: la regla general de cómputo frente a la cual el cómputo civil es tan sólo una especialidad, solamente se infiere negativamente. «Sólo respecto de la computación civil de los plazos —señala la Exposición de Motivos de la ley— se mantiene la regla tradicional de no excluir los días inhábiles.» De ello resulta que la falta de norma general ha de ser suplida por el intérprete en el sentido de que el cómputo no civil, por ejemplo, el de los plazos previstos en las Leyes Fundamentales y otras normas políticas, debe excluir los días inhábiles.

La idoneidad de esta solución cuando de un procedimiento legislativo se trata, es evidente. Lo mismo puede decirse de las actuaciones del Consejo Nacional. Por el contrario, es mucho más discutible en el supuesto antes mencionado de la intervención urgente del Consejo del Reino y en cuanto a la sustitución del Presidente del Gobierno prevé la Ley Orgánica del Estado (artículos 14-II y 16-II) (38). Se da, también aquí, una opción política muy importante, a plasmar en una fórmula técnica y que, ante el silencio del constituyente, ha tomado el legislador ordinario.

Sin embargo, el máximo ejemplo de lo dicho respecto del relieve *ambiental* que para el ordenamiento constitucional tiene el nuevo Título Preliminar, es el artículo 7.º relativo al ejercicio de los derechos y, por lo tanto, ambiente de toda la parte dogmática. Según el mencionado artículo 7,2.º:

«La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice sobrepase

(38) Artículo 14, II, LO. «Su mandato será de cinco años. Quince días antes de expirar éste el Consejo del Reino elevará la propuesta a que se refiere el párrafo anterior.»

Artículo 16, II, LO. «En el plazo de diez días se procederá a nombrar nuevo presidente.»

Artículo 28 LOCR: «... el Consejo del Reino emitirá su parecer o propuesta en el plazo de diez días que en caso de urgencia podrá ser reducido a cinco por el presidente.»

manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

Por lo tanto, cuando el juez haya de tutelar el derecho de propiedad o cualquiera otro reconocido en el Fuero de los Españoles, los criterios limitativos que habrá de aplicar serán no sólo los sentados en el artículo 33, FE, esto es, «la unidad espiritual, nacional y social de España», sino las mucho más concretas exigencias de «buena fe» —relativa al estado de ánimo de quien ejerce el derecho— de «no abuso» —relativa a los límites objetivos del derecho— de consecuencias «no antisociales» del mismo —relativa a su eficacia—.

Para destacar la grave importancia de esta innovación, basta atender al solo caso de las consecuencias «antisociales» contempladas en el inciso primero del número 2.º En contra de la opinión del Consejo de Estado, el Título Preliminar sigue con fidelidad literal los términos de la Ley de Bases en la cual no se distingue entre abuso de derecho y sus posibles consecuencias antisociales. Sin embargo, por encima de las preocupaciones *ortográficas* que absorbieron al legislador (39), ambas categorías responden a fenómenos jurídicos muy distintos.

Por abuso de derecho se entiende el exceso y desviación por acción u omisión en el ejercicio del mismo, exceso que se mide en relación con el fin que le es propio: tal son los casos paradigmáticos del propietario que deja arruinarse el edificio de su propiedad creando una situación de peligro en la vía pública o el del agotamiento del propio pozo, no con vistas a satisfacer las necesidades de agua (interés jurídicamente protegido que constituyen el fin propio del derecho al caudal) sino para privar de agua a un colindante. Los ejemplos podrían multiplicarse desde el viejo y, a la vez, inquietante *ius usus inocui*, representado por la tradicional «musga» gallega o el derecho de espiguelo autorizado en el artículo 588-3.º del Código penal, hasta la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad. Se trata, por lo tanto, de una limitación objetiva del derecho por el carácter progresivamente reglado de su fin, según Duguit señalara, una de *Las grandes transformaciones del Derecho privado* (40). Así lo revela en España la evolución jurisprudencial desde la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1910, que apunta

(39) Vid. *Diario de Sesiones*, Comisión de Justicia, Sesión núm. 8 de 22 de noviembre de 1972, págs. 2 y sigs. (Sr. Díez Llanos).

(40) Trad. española, Madrid, 1920, pág. 45.

este criterio como excepcional, hasta las de 13 de junio de 1942 y, más aún, la de 14 de febrero de 1944. Hoy es pauta general en la interpretación de la ley de Arrendamientos urbanos (41).

El ejercicio antisocial de un derecho no puede confundirse con el abuso, salvo dentro de una muy concreta interpretación dogmática de esta segunda categoría. En efecto, según señalara Duguit en su obra clásica antes citada, el ejercicio antisocial sería, a la vez, paradigma y basamento de todo abuso de derecho, puesto que antisocial es tanto la utilización de la propiedad de modo que no cumpla su función, como dificultar el desarrollo de las potencialidades ajenas negando *quod tibi non necet et alii prodest*.

La fidelidad del legislador español al patriarca del solidarismo no deja de ser significativa, al menos para quien conozca los avatares de la Escuela de Burdeos, pero entender de veras a un autor no consiste simplemente en repetirlo. Más aún, cuanto mayor es la profundidad del pensamiento de éste, tanto más rica es la parte impensada de su obra de pensamiento. Por ello, profundizando en la misma dirección trazada por Duguit, el mayor relieve de los elementos objetivos en las relaciones jurídicas tienden a transferir el acento desde el fin —categoría que explica el abuso— a las consecuencias. Baste señalar, como ejemplo eminente, tanto en el Derecho público —frente a la desviación de poder o el funcionamiento anormal de los servicios públicos— como en el privado —frente a la responsabilidad por culpa— el desarrollo, tal vez excesivo, de la responsabilidad objetiva (42). En este sentido cobra autonomía la categoría de ejercicio antisocial que responde no, como en el abuso, al ejercicio de un derecho para tutelar intereses distintos de aquellos que mediante tal derecho el ordenamiento protege, sino el ejercicio plenamente legítimo —verbigracia, actos dispositivos— de un derecho —verbigracia, propiedad— que da lugar a consecuencias reputadas como antisociales —verbigracia, desaparición de un centro docente—.

No se trata, por lo tanto, de que el titular extralimite el ámbito legal del derecho, puesto que de las limitaciones legales externas configuradoras del derecho no se trata aquí, ni de que utilice su potestad con fin distinto al que motiva su atribución, sino que su normal ejercicio tenga consecuencias objetivas dañosas para el interés social, como, a la inversa, en el campo administrativo, el funcionamiento, incluso normal, de los servicios públicos puede causar perjuicios a los particulares. Así como en la esfera pública este último

(41) Más jurisprudencia debidamente analizada en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I, Barcelona, 1971, págs. 264 y sigs. También en otros lugares de la obra donde hay referencia al abuso de Derecho.

(42) DUGUIT: *Las grandes transformaciones del Derecho público*, cit., págs. 331 y siguientes.

supuesto da lugar a la consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración frente a los intereses privados, así aquí el interés social debe de ser protegido.

Hasta ahora, el legislador había entendido prudentemente que la garantía patrimonial consagrada en el Fuero de los Españoles (arts. 30 y 32) exigía una compensación indemnizatoria en caso de que un derecho de consecuencias antisociales fuese reprimido. Por eso, leyes como la de fincas claramente mejorables de 1953 ó la misma de 16 de diciembre de 1954, al tratar de diversos supuestos de este tipo, prevén la expropiación, previo pago del correspondiente justiprecio, en vez de la mera confiscación (43).

Es precisamente a este resultado confiscatorio al que llega el nuevo Título Preliminar al privar de todo amparo legal al ejercicio antisocial del derecho, puesto que, sabido es que un derecho no existe sino cuando la ley lo reconoce y ampara. Los terrenos baldíos, los solares sin construir, las zonas edificables que se declaran zonas verdes, los inmuebles artísticos en mal estado de conservación, podían hasta ahora ser expropiados. El nuevo artículo 7.º del Código civil los declara presa de una acción policial confiscatoria y el ejemplo podría repetirse con otros derechos distinto del de propiedad.

El problema no puede ser resuelto atendiendo a la superioridad jerárquica del Fuero de los Españoles, porque los términos de esta Ley Fundamental dejan margen suficiente a una interpretación integradora. El párrafo 1.º del artículo 32 prohíbe la confiscación como pena, extremo harto conocido en la evolución del Derecho penal. Su párrafo 2.º prohíbe la expropiación sin indemnización. Pero nada prohíbe en el Fuero de los Españoles la *confiscación* de un derecho al que la ley ya no ampara, esto es, al cual el Estado ha retirado la garantía patrimonial del artículo 30, FE. Sin violar las Leyes Fundamentales es, por lo tanto, posible llegar a esta solución radical que tal vez los autores del nuevo Título Preliminar no han previsto, pero que han hecho posible.

De lo dicho resulta una consecuencia clara. En cuanto la ley Ambiental de la Constitución, el Título Preliminar da, o debiera dar, las categorías que posibiliten su aplicación. Así ocurre, por ejemplo, en cuanto a los criterios de interpretación y al cómputo de los plazos se refiere. Ahora bien, por la vía de estas categorías, las instituciones constitucionales reciben una modulación especial, por ejemplo, la limitación de los derechos reconocidos en la parte dogmática en razón de la intención con que se ejercen, del fin de su ejercicio, de las consecuencias objetivas del mismo. Esta modulación puede llegar a la destrucción del derecho en cuestión.

(43) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956 (obra fundamental para este planteamiento general del tema).

CONCLUSIONES

En las páginas que anteceden se han buscado tres finalidades:

En primer lugar, a través de una tabla de categorías —unas ya clásicas, otras de nuevo cuño—, sillares de la Teoría de la Constitución aún por hacer, se han puesto de relieve los elementos constitucionales contenidos en el nuevo Título Preliminar del Código Civil. Sólo merced a su consideración se obtiene un exacto conocimiento de nuestra normativa, en torno a los problemas fundamentales (verbigracia, jerarquía de los Tratados internacionales en el ordenamiento interno), se puede precisar su verdadero alcance (verbigracia, tema de la supuesta indivisibilidad de la soberanía) y, en fin, cabe tratar a las normas constitucionales como a normas jurídicas corresponde (verbigracia, tema de los plazos).

En segundo término, la «Constitución viva» así aprendida demuestra cómo la imperfección técnico-jurídica de la Constitución no resuelve los problemas políticos pendientes, sino que, además de crear otros suplementarios, los plantea a un nivel frecuentemente incontrolado. Una opción típicamente constitucional, como es la regulación del «poder de hacer Tratados», se ha dejado al legislador ordinario y solamente la buena fortuna del Consejo de Estado ha evitado que una innovación improvisada diera al traste con un sistema de comprobada utilidad para resolver una cuestión de competencias solamente solucionable por la vía de la revisión constitucional.

En tercer lugar, son evidentes las importantes deficiencias de que adolece el vigente sistema de defensa de la Constitución; así lo demuestra la suerte corrida en el nuevo Título Preliminar por los artículos 2, 1.º, LO, y 32, FE. Sin embargo, tras esta aparente insuficiencia puede latir toda una concepción del orden jurídico. Otto Bachoff (44) construía su brillante tesis en torno a *La Constitución y el Poder Judicial* sobre el supuesto de una «enérgica pretensión de validez del orden constitucional». Tal vez, grandes sectores de nuestro ordenamiento carecen de esta pretensión, suplida, sin embargo, por importantes cargas afectivas.

La proposición, aparentemente normativa, tendría una función puramente *dinámica*, es decir, no describe la realidad ni trata de organizarla, sirve, como la interjección, «para dar salida a nuestros sentimientos» (Stevenson). Su significado no sería ya la *acción* o la *relación* propia de la norma, sino la *emoción*. El significado emotivo de la palabra —ya se trate de «unidad», «sobe-

(44) BACHOFF: *Grundgesetz und Richtermacht*, Tubinga, 1959.

ranía» o «constitucional»— es una tendencia (fruto de una sedimentación semántica obra de la historia) a producir reacciones afectivas en las personas: el áurea inmediata de sentimiento que se cierne en torno a la palabra (45). Lo que la razón no comprende no sólo lo explica el corazón. La razón jurídica se torna, así, razón visceral.

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

R É S U M É

L'auteur se base sur la distinction de Schmitt entre la constitution dans son sens absolu (norme des normes) et la constitution dans son sens formel (lois de la constitution caractérisées par leur particulière rigidité) et considère que la législation ordinaire, par définition distincte de cette dernière, contient fréquemment des éléments de la première. Un cas de spéciale importance dans ce sens est le nouveau Titre Préliminaire du Code Civil, dont le texte articulé fut approuvé par Décret du 31 mai 1974. Ce texte illustre les trois catégories fondamentales à travers lesquelles la législation ordinaire peut intégrer la constitution en son sens absolu: la Loi Complémentaire, la Loi Fondamentale, la Loi Ambiante.

En tant que Loi Complémentaire, le Titre Préliminaire remplit par sa normative les silences accidentels ou intentionnés des Lois Fondamentales. Un bon exemple de ceci est le traitement de la hiérarchie superlégale des normes juridiques contenues dans les Conventions internationales. Cette hiérarchie, question de la plus grande importance car elle convertit le Gouvernement (art. 10, 5.º, LRJ), sous le contrôle du Chef de l'Etat (art. 40, LO, et art. 1, LRJ), en un législateur parallèle en vertu de l'intervention purement consultative des "Cortès" (art. 14, II, LC), s'établit dans le Titre Préliminaire mentionné par voie indirecte, en s'en remettant à la doctrine légale formulée par le Tribunal Suprême (art. 1, 6.º), après avoir réaffirmé le système espagnol traditionnel de la réception automatique dans la régulation interne du droit international conventionnel (art. 1, 5.º).

En tant que Loi Fondamentale, le Titre Préliminaire est le "fondement

(45) STEVENSON: «El significado emotivo de los términos éticos», en Ayer (ed.): *El positivismo lógico* (trad. española, México, 1965), pág. 278. Cfr. OGDEN y RICHARD: *The meaning of meaning*, Londres, 1923, pág. 125. Sobre la sedimentación semántica como categoría trascendental cfr. MERLEAU PONTY: *Sur la Phénoménologie du langage* (1951) en el volumen *Eloge de la Philosophie et autres essais*, París, 1960, págs. 94 y siguientes.

d'un édifice imposant", édifice qui dans ce cas est la Régulation Juridique totale, cohérente, c'est à dire plénière et univoque grâce aux normes du Code Civil. Si le fondement est ce qui réduit à l'unité le divers et si la régulation espagnole acquiert son unité relative (cohérence) grâce au Titre Préliminaire, celui-ci intègre sa fondamentación ou, ce qui revient au même, la constitution comme fondement de l'ordre juridique de l'Etat. Un exemple du relief constitutionnel du Titre Préliminaire dans cette dimension est la «question des "fueros"» qui s'y pose, c'est à dire la pluralité de systèmes juridico-privés coexistants en Espagne. A cette question s'associe le thème de l'unité formelle de la Régulation juridique, expression de l'unité de la souveraineté (art. 2, 1, LO).

En tant que Loi Ambiente, le Titre Préliminaire établit les conditions pour l'application et l'efficacité du droit, même du droit constitutionnel, dans la mesure où il propose les règles qui permettent de choisir, d'interpréter et d'exercer toutes les normes, depuis la Loi Organique de l'Etat jusqu'à un Règlement. L'importance de cette "ambiance spirituelle dans laquelle les normes vivent et se meuvent" est mise en évidence en relation aux thèmes constitutionnels à travers différents exemples. Tel est le cas des critères d'interprétation (art. 3) et d'intégration (art. 4) imposés par le nouveau Titre Préliminaire, à ses normes pour le calcul des délais (art. 5) et à ses critères pour la modulation de l'exercice des droits reconnus par le "Fuero" des Espagnols (art. 7), modulation qui peut arriver à la pure destruction à travers des normes confiscatrices.

L'auteur se montre pessimiste quant à la technique législative utilisée qui, cependant, acquiert une grande valeur en tant que symptôme.

S U M M A R Y

Starting from the basis of Schmitt's distinction between "constitution" in the absolute sense (the law governing laws) and constitution in a formal sense (laws of the constitution characterized by their special rigidity), the author finds that ordinary legislation, which is different from the latter kind by definition, frequently contains elements of the former. A case in point is the new Preamble of the Civil Code, the text of which was ratified by the Act of March 31 1974. This text illustrates the three fundamental categories through which ordinary legislation can embody the constitution in an absolute sense: the Complementary Law, the Basic Law, the Environmental Law.

As Complementary Law, the Preamble fills the accidental or intentional

blanks in the Fundamental Laws with its provisions. A good example is its treatment of the super-legal hierarchy of the legislation contained in international Conventions. This hierarchy, a matter of prime importance since it makes the Government (Art. 10, 5th LRJ), under the control of the Head of State (Art. 10 and Art. 1 LRJ), another legislator in view of the merely consultative role of Cortes (Parliament) (Art. 14, II LC), is established indirectly in the Preamble, which refers to the legal principle laid down by the Supreme Court (Art. 1, 6th), after reaffirming the traditional Spanish system of automatic acceptance of international law (Art. 1, 5th).

As Basic Law, the Preamble is the "foundation of an imposing edifice", in this case the entire Legislation, which is coherent—that is to say, complete and univocal—thanks to the laws of the Civil Code. If it is the foundation that reduces plurality to unity—and Spanish legislation acquires its relative unity (coherence) thanks to the Preamble—it is the Preamble that integrates this foundation, in other words integrates the constitution as the basis of the legal order of the State. An example of the constitutional importance of the Preamble in this context is its pronouncement on the "forum question", that is to say the various separate legal systems that operate side by side in Spain. The matter is closely bound up with that of the formal unity of the Legislation, which is the expression of a united sovereignty (Art. 2, I LO).

As Environmental Law, the Preamble lays down the conditions required for the application and efficacy of every kind of law, including constitutional law, establishing rulings for choosing, interpreting and implementing all of them, from the Organic Law of the State to an individual Statute. The importance of this "spiritual environment in which laws live and move" is exemplified constitutionally in various ways, as in the criteria with regard to interpretation (Art. 3) and integration (Art. 4) established by the new Preamble in its ruling for the calculation of dead-lines (Art. 5) and in its provisions modifying the exercise of the traditional rights recognized in the Fuero de los Españoles (Art. 7), a modification that may lead to their total invalidation if conflicting principles are applied.

The author draws a pessimistic conclusion with regard to the legislative technique employed, though he grants it considerable value as an indicative symptom.