

El sistema de fuentes y la Ley Orgánica del Poder Judicial (*)

SUMARIO: I. *Sobre la Constitución y las fuentes del Derecho.*—II. *El sistema del Código Civil:* a) El concepto de sistema. b) Primacía de la Ley. c) ¿Alcance subordinado de la costumbre? d) Posición reservada a los principios generales.—III. *El sentido del sistema.*—IV. *Sistema y jurisprudencia.*—V. *Constitución y jerarquía de las normas:* a) Jurisprudencia y jurisdicción: 1. Jurisdicción constitucional.—2. Jurisdicción ordinaria.—3. Jurisdicción y reforma de la casación. b) El sistema de la Ley Orgánica: 1. El artículo 5 de la Ley Orgánica: A) Remisión de cuestiones de inconstitucionalidad. B) Relación de los Tribunales Constitucional y Supremo. C) Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional.—2. Significado del artículo 5 de la Ley Orgánica.—3. El artículo 5 de la Ley Orgánica y el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—VI. *Sistema de fuentes y Ley Orgánica del Poder Judicial.*—*Conclusiones.*

I. SOBRE LA CONSTITUCION Y LAS FUENTES DEL DERECHO

Aunque la presencia de un régimen constitucional no tiene que significar cambio alguno en una existente teoría de las fuentes (y su correspondiente realidad) en un país y en un momento dados, por cuanto que, con Constitución o sin ella, las fuentes del Derecho existen y actúan, no es menos cierto que es dable la situación diversa, que el paso de un régimen político a otro constitucional implique una serie de reformas, que forzosamente incidan en la temática de las fuentes.

En nuestro particular caso la Historia no ha sido generosa con nuestros regímenes constitucionales, y creo poder afirmar que el constitucionalismo es entre nosotros un fenómeno envidiado por desconocido y des-

(*) Algunas de las ideas aquí expuestas reiteran lo dicho en mi artículo «La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556, 1983, págs. 581 y ss. La reiteración es debida únicamente a la coherencia del conjunto de estas páginas.

conocido por envidiado. Las tendencias constitucionalistas españolas democimónicas expresaron un conato no convertido en realidad, y la experiencia de la Segunda República duró tan brevemente que nos impidió medir jurídicamente las consecuencias de una Constitución en el resto del entramado normativo del ordenamiento.

Nuestro Derecho, tanto el público como el privado, y a éste he de referirme en exclusiva, cuando se consolidó el principio de primacía de la Ley formal, no tuvo reparos en erigir a esta modalidad normativa en primera en el rango jerárquico, con abstracción absoluta a que fuese norma aprobada en Cortes o dictado de la autoridad unipersonal. Que para eso ha tenido entre nosotros plena aceptación un positivismo formalista, con frecuencia autoidentificado con un pseudoiusnaturalismo expresivo de un ideario político y religioso que justificaba cualquier norma por su identidad de intereses con los del sector políticamente dominante. Y la concentración del poder en reducidos grupos explica que cuando se ha recurrido a una idea esotérica de justicia se ha partido de la premisa de estar ésta encerrada en las normas vigentes. No es que no hayan faltado esfuerzos más auténticos de índole crítica, pero sus resultados no han tenido éxito alguno y, cuando lo han logrado, se han visto limitados a «purificar» determinadas normas existentes. Esto explica, entre otros argumentos, que el iusprivatista haya vivido por numerosos lustros identificando la justicia y las disposiciones del Código Civil (incluso expediente *técnico* para pelear por algo mejor), cuerpo legal expresivo de unas normas de conducta correspondientes con los intereses dominantes de un capitalismo incipiente, elevando dicho cuerpo al rango de norma máxima, tanto porque así lo ha sido como porque no se ha dispuesto de otra superior que, ante su contraste, le permitiera despertar en su conciencia el análisis crítico *esencial*. Y como el medio político lo ha impedido casi siempre, la reflexión sobre ideales mejores, cuando ha podido ser sustentada, ha quedado limitada a un precipitado sistemático —bueno, en ausencia de mejores resultados— que permitía remozar viejas ideas adaptándolas a nuevas situaciones. Cuando no se ha consolado afirmando contenidos expresivos, sí, de un mejor ideal, pero difíciles de sustentar textos y realidad en mano (v. gr.: la pretensión de DE CASTRO y de su escuela de ser el Derecho civil esencia de la persona).

Tiene entonces explicación que al advenimiento de la Constitución se haya encontrado nuestro iusprivatista bastante desentrenado acerca del juego de la Norma máxima con respecto al resto del ordenamiento, como bien nos ha advertido en alguno de sus estudios sobre la reforma de 1981 el Notario de Madrid Enrique FOSAR BELLOCH. Y dejo de lado el dato fáctico de que a grandes sectores de nuestros iusprivatistas les ha satis-

hecho siempre la situación existente al no superar su mentalidad otra realidad que la propia del pequeño burgués.

De hecho, en el tema que he de ocuparme en las siguientes páginas ha parecido ser el esquema mental de nuestro profesional uno de índole euclidiano, concebiendo el tema de las fuentes como el tradicional: Ley, costumbre, principios generales en función supletoria vía admisión jurisprudencial; en esquema de estricto *orden* y en una apreciación bastante pasiva, pues siempre que una norma de rango superior ha requerido el particular desarrollo con otras de rango inferior, nuestro jurista ha esperado tranquilamente a la aparición de éstas (cuando han aparecido, como ocurrió con el famoso Reglamento de la primera Ley del Suelo); en ausencia de las cuales la norma superior ha quedado satisfactoriamente inaplicada.

Si al hecho de la inercia tradicional añadimos el otro que la reforma de nuestro ordenamiento, en tema de fuentes, viene efectuando a lo largo de un dilatado período de tiempo (desde 1974), puede explicarse la natural tendencia del jurista a agarrarse a la inercia, dificultándose así la percepción de cualquier cambio. Cuando DE CASTRO (1) calificaba la fuente del Derecho como fuerza normativa creadora, distinguiendo su carácter *primario*, o expresión de un sector de poder apto para generar normas, frente a su carácter *secundario*, o *distribución externa* de aquella manifestación de poder, nos daba una llamada de atención que posiblemente no hemos sopesado debidamente; porque si bien la forma —escribía— «tiene un valor adjetivo... corrientemente, sin embargo se habla de fuente jurídica refiriéndose al medio por el que se crea o manifiesta el Derecho», siendo la explicación de ello que una determinada forma es la corriente o la considerada propia de un poder, utilizándose el tipo de norma como metonimia para designar a la verdadera fuente (de donde su consejo de aludir con las expresiones Ley, costumbre, etcétera, a los *modos de expresión del Derecho*). Cabe, incluso, que un concreto poder social no se desplace, pero sí que adopte nuevas formas de manifestarse y, consiguientemente, que modifique por ello los modos de expresión de lo jurídico (que suponen nuevas reglas del juego y se es consecuente con las mismas).

En mi personal opinión —y muy destacadamente en la perspectiva del Derecho privado— nuestro ordenamiento ha experimentado una serie de reformas que pueden ser calificadas de relativamente al menos originales. Si no por razones de fondo, sí claramente por mor de consideraciones formales. La causa del acontecer la encontramos muy fácilmente en el proceso político que ha seguido el país en sus últimos años.

(1) *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, págs. 331 y ss.

Proceso político que, quizá deseándose efectuar con permanencia de su estructura básica —tanto formal como sustantiva, así económico social como jurídica—, se ve impulsado forzosamente por la propia inercia de la labor modificadora —voluntarismos aparte, e incluso contra ellos—, posiblemente por olvido de la afirmación leninista del todo económico social como un bloque.

Si tomamos como referencia en el tema que nos ocupa la modificación del Título Preliminar del Código Civil de 31 de mayo de 1974, que reordenaba, entre otras cosas, el tema de las fuentes del Derecho, es, por lo menos, sorprendente pensar que el denominado proceso de reforma política no afectase al Decreto 1836/1974. La Constitución, la legislación orgánica, tenían que producir sus consecuencias en tema tan trascendental como lo es el de las fuentes del Derecho.

Como ha escrito DE ESTEBAN (2), «resulta tópico decirlo, pero conviene recordar que 'el Derecho no es nada inmutable y acabado en sí mismo, sino un fenómeno sometido a una corriente perpetua en continuo desarrollo. En este sentido, el Estado y el Derecho evolucionan y se renuevan perpetuamente'» (3). Y si esto es siempre así puede darse también el caso límite que surge en ocasiones históricas en la vida de los pueblos, en que la adopción de una nueva Constitución rompe con la orientación del Derecho anterior y haya que comenzar, al menos en lo que se refiere a las normas políticas, prácticamente de cero. Si la famosa frase de KIRCHMANN (...) expresa siempre una parte de verdad, en lo tocante a la adopción de una nueva Constitución puede cobrar a veces su más auténtico significado.

«A mayor abundamiento habría que decir efectivamente que una decisión del poder constituyente comporta, en lo que se refiere fundamentalmente al Derecho constitucional, aunque también al Derecho en general (4), una reconsideración radical de toda normativa existente. Es cierto que cabría matizar tal afirmación a la vista de que pudiera darse el caso consistente en que el cambio constitucional no constituya una genuina ruptura de la orientación ideológica existente hasta entonces y no se trate más que de una ruptura superficial... Ahora bien, si el cambio realmente significa una variación sustantiva de los postulados en que hay que entender las *fuentes del Derecho* en general, nos encontraríamos con

(2) Prólogo, *Normas políticas de España*, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 22 y ss.

(3) Con referencia a LEIBHOLZ, G.: *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, IEP, Madrid, 1964, pág. 23.

(4) Por referencia a MATEUS-ROS, R.: *Crisis del Estado y fuentes del Derecho*, IEP, Madrid, 1979, II, pág. 1428.

una verdadera mutación jurídica, consecuencia de otra política» (5). Y luego de recoger la distinción de DE CASTRO por medio de la que expresa Díez-Picazo (6), justifica referirse inicialmente a las fuentes en sentido primario en un texto que las recoge en su acepción secundaria, siendo la razón «que se trata de un auténtico problema constitucional si aceptamos que la Constitución consiste en las normas jurídicas que concretan el modo de producción de las restantes normas que configuran el ordenamiento de un Estado» (7). Es más: parece evidente que si el método de creación del Derecho varía en un momento determinado, consecuentemente se asistirá también al cambio de las formas en que se exterioriza ese nuevo Derecho. Lo importante, pues, para que se pueda hablar de una *ruptura constitucional* y no de un mero *cambio constitucional* estriba en la variación radical en la forma de producción del Derecho más que en otros aspectos de la organización del Estado.

«Tales reflexiones convenía formularlas a la hora de enjuiciar el cambio de régimen acaecido en España tras la aprobación de la Constitución de 1978, lo cual ha tenido una evidente repercusión en las formas de exteriorizarse el nuevo Derecho que deriva de la misma... En efecto, a partir de esa fecha se ha asistido en nuestro país a una verdadera *ruptura constitucional* no sólo a causa de la aparición de una nueva Constitución democrática, sino sobre todo en razón de que esta norma ha cambiado radicalmente la forma de producción del Derecho y el sentido general de las normas políticas resultantes que la desarrollan». Este cambio revolucionario en la forma de creación del Derecho consistió «en la devolución de la soberanía al pueblo español» (8) y ser «resultado de un compromiso elaborado por las diversas fuerzas políticas significativas del país» (9).

Sin perjuicio de reconocerle al autor un gran optimismo para con el

(5) Por referencia a OLIVECRONA: *El Derecho como hecho*, trad. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, págs. 93 y ss.

(6) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, página 125.

(7) Por referencia a Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1979, página 232.

(8) En contra, artículo 162, respecto del artículo 161 de la Constitución. Artículo 162: «Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas...». Artículo 161: «1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley...».

(9) DE ESTEBAN, *loc. cit.*, págs. 33-34.

cambio y la democracia (10), lo que interesa resaltar de sus palabras es que el iusprivatista no parece haberse alterado y ha preferido, al parecer, «adaptar» la legislación de 1978 al régimen del Código Civil (11). Es cierto que la formal enunciación del sistema de fuentes —Ley, costumbre, principios generales del Derecho— es vestido que se ajusta a cualquier cuerpo, pero no es menos cierto que, en ocasiones, las características de un concreto cuerpo modifican sensiblemente el encaje de ese vestido (12), porque «no es la Ley, sino la concepción política dominante en un país y en una época la que determinará que se utilice...» el positivismo o se vaya más allá (13). Y es que lo asombroso de todo ello deriva del hecho que ya en 1974 estaban puestos los cauces para una total reorientación del sistema de fuentes. Lo nuevo, si es exacta mi tesis, no deriva tanto de esas modificaciones, sino de que han trascendido incluso para reorientar el sistema jurídico, pero todo sin alterarse violentamente el propio sistema.

La Constitución española, como cualquier otra Constitución, incluye unos principios concebidos como *finés esenciales por lograrse* (14), cuyo contenido podría ser entendido de múltiples maneras. Hay, sin embargo, dos datos que la separan de otras Constituciones: a) Es muy moderna y, consiguientemente, ha recogido en su articulado un conjunto de principios, criterios y aseveraciones que no suelen hallarse en otros textos de igual carácter, recepción hecha, además, con optimismo; principios y criterios que, no obstante, son hoy realidad en diversos países y, por consiguiente, forman parte del *poso constitucional ordinario*; b) fue una fórmula de compromiso entre diversas tendencias (el poder real del régimen y los sectores aspirantes a gestionar los intereses de ese poder real por medios más adecuados a los tiempos presentes: «reforma y no ruptura»), por lo que su texto es uno que admite diversas y opuestas interpretaciones (15), lo que explica que la labor de la constituyente se haya des-

(10) Conviene recordar la idea de AGNOLI, J.: *La transformación de la democracia*, trad. de C. Gerhard, México, Siglo XXI, 1971, *passim*, pero en especial páginas 65-87.

(11) Lo que explica los juicios de opinión vertidos contra el nuevo Título Preliminar. *Vide infra*.

(12) Salvo que hagamos realidad el chiste del sastre extraordinario.

(13) DE CASTRO, *loc. cit.*, pág. 459.

(14) Cfr. Preámbulo.

(15) A sus postulados contradictorios (el derecho a la vida y la pena de muerte por leyes militares en tiempo de guerra, art. 15; la igualdad de todos los españoles ante la Ley, art. 14, y la suspensión de los derechos fundamentales «para determinadas personas», art. 55.2; el reconocimiento de la economía social de mercado, art. 38, y la obligación de los poderes públicos de realizar una política económica orientada al pleno empleo, art. 40.1), que son en ocasiones absurdos (la economía de mercado no se garantiza con leyes, sino con el sistema econó-

plazado, en cuanto lucha política, a las leyes orgánicas que deben desarrollar la Constitución (16). No obstante, fija las reglas generales externas del juego político. Pero aquella idea debe resaltarse porque es esencial.

Se explica entonces que la enumeración de fines surja como reclamo material de juridicidad de las normas constitucionales. Estas, mediante su homologación con aquellos fines, permiten dar respuesta a la inquisición de constitucionalidad: las que respondan a tales postulados, como presentes unos y como probables con tendencia a su posibilidad otros, deben estimarse conformes, quedando vejadas con sello de *anticonstitucionalidad* aquellas otras normas que se aparten de los citados fines; enumeración de fines que forma parte del propio cuerpo normativo, y no simplemente programático del preámbulo, al insertarse en su artículo 1 (17) y tantos otros de la Norma fundamental (18).

Igualmente, la Constitución manifiesta una preferencia absoluta porque los fines que constitucionalmente se persiguen se expresen mediante normas de Derecho (19).

mico, que hoy es capitalismo) o imposibles, como el pleno empleo, que no se da en el capitalismo.

(16) Cfr., por todos, LUCAS VERDÚ: «Derecho político y transformación política española», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 55, páginas 5 y ss. «El frecuente reenvío de nuestro texto básico a las leyes orgánicas significa políticamente:

»Se trata de una especie de consenso entre las principales fuerzas políticas parlamentarias que participaron en la elaboración de la Carta constitucional. Aquí el consenso ha producido cláusulas dilatorias, lo cual quiere decir que para lograr el acuerdo se transfirió al futuro la concreción de los problemas que se comprobó no podían resolverse, de modo taxativo, en el momento de redactar la Constitución. Cada fuerza pactante prefirió esperar la ocasión en que confía conseguir mayoría absoluta para imponer su punto de vista.

»Mientras no se alcance esa mayoría, los preceptos que reenvían a leyes orgánicas quedarán en simples normas programáticas que sólo tienen alcance interpretativo o sirven de límite para impedir se legisle en sentido antagónico a su intencionalidad programática.

»Ahora bien, como esas leyes orgánicas versan sobre materias importantes, en el fondo se opera una cierta desconstitucionalización en un grado inferior respecto a la supremacía de la Constitución. Esto es un defecto técnico (*sic*) si la materia contemplada en la Ley Orgánica debería haberse regulado, dados su contenido e importancia, en el nivel más elevado.»

(17) Artículo 1 de la Constitución: «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

»2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

»3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria».

(18) Artículos 2, 6, 7, 9, 10, 13, 14 y ss., etc.

(19) Preámbulo, párrafo segundo, de la Constitución: La nación proclama su voluntad de «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular».

Esta conexión entre fin constitucional y exteriorización mediante normas jurídicas se pretende asegurar por diversas vías.

Claramente rechaza la Constitución la *acción directa* del pueblo soberano, a diferencia, por ejemplo, de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, que lo reconoce como derecho elemental, siquiera fuese justificación del hecho mismo y, hoy, del pasado. Rechazo que se exterioriza como manifiesto acto político, justificable, pues, *ex post facto*.

Asimismo, se niega el control material de los fines al pueblo soberano (20) al fijar el artículo 166 de la Constitución la iniciativa legislativa de reforma constitucional según lo prescrito en el artículo 87, primero y segundo (21), reconociéndose al dicho pueblo soberano tal iniciativa por remisión a futura Ley orgánica, aunque limitándose las materias accesibles a esa iniciativa (22). Con lo cual es obvio que se acepta una noción de la democracia pasiva, en que el pueblo soberano queda limitado a la aceptación o al rechazo de lo que se le proponga (23).

E incluso queda omitido para el pueblo soberano el derecho a la resistencia, o desobediencia civil, que poco se compagina con el establecimiento de una sociedad democrática avanzada (cfr. Constitución, Preámbulo), o con la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales* y *efectivas*, que se recoge en el artículo 9.2 de la Constitución (24); aunque sí se recogen algunas de sus manifestaciones (v.gr.: objeción de conciencia del art. 30.2) (25).

(20) Artículo 1.2 de la Constitución.

(21) Artículo 166: «La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87». Artículo 87: «1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. 2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de Ley...».

(22) Artículo 87.3 de la Constitución: «Una Ley Orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley Orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia».

(23) Muy expresivamente ha indicado el diputado señor ALZAGA VILLAMIL al criticar el acceso a la casación de la infracción de norma constitucional que tal posibilidad «equivaldría soterradamente a introducir una acción de inconstitucionalidad de las partes en un determinado proceso, *tergiversando el acceso restringido que tienen los ciudadanos a la aplicación directa de la Constitución*» (Congreso de los Diputados, sesión plenaria, núm. 164, II Legislatura, 1984, pág. 7385, énfasis añadido).

(24) Artículo 9.2 de la Constitución: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales* y *efectivas*; remover los obstáculos que *impidan o dificulten* su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (énfasis añadido). Sobre el tema

a) La primera vía para asegurar la manifestación jurídica de los fines perseguidos constitucionalmente se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad, si bien es un instrumento de control fundamentalmente político, dada la legitimación activa que se reconoce (26); por consiguiente, instrumento dirigido a los políticos y para defensa de los políticos, que no de los particulares, que quedan remitidos a otros procedimientos (27). Lo que demuestra nuevamente poca confianza en el pueblo soberano, aunque curiosamente se le impone la misma responsabilidad que a los poderes públicos, aunque no se le dota de iguales recursos jurídicos para ello (28).

b) La segunda vía se manifiesta en la cuestión de constitucionalidad (29), por iniciativa de cualquier órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, cuando, debiendo fallar y amparar el fallo en la norma, la constitucionalidad de la misma resulte dudosa. Posibilidad inicialmente debilitada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que restringe la cuestión de constitucionalidad «cuando por vía de interpretación no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional» (art. 5.3, LOPJ).

y su importancia, LARAÑA RODRÍGUEZ-CABELLO, E.: «Un derecho no reconocido en la Constitución: el derecho a la resistencia», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2 monográfico, 1979, págs. 183 y ss.

(25) Artículo 30.2 de la Constitución.

(26) *Vide supra* nota 8. El número de diputados y de senadores casi garantiza ser un instrumento de las mayorías.

(27) Artículo 163 de la Constitución: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional...». Ver, asimismo, artículos 35 (que desarrolla el artículo 163, C, citado) y ss., y los artículos 41 y ss. (regulando el recurso de amparo en protección de derechos fundamentales) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El efecto de limitar la legitimación se ha manifestado, con todos sus inconvenientes, en la llamada «Ley antiterrorista», así como en la de extranjería, en que el particular queda en manos del organismo administrativo sin eficaz intervención judicial. Pero, aunque solamente sea desde un plano formal jurídico (aunque con todas sus consecuencias materiales), el daño puede ser mayor si se efectúa lo dicho por el Gobierno, de no publicar las normas comunitarias, en infracción del artículo 9.3 de la Constitución (que garantiza la publicidad de las normas); del artículo 2 del Código Civil, que fija la entrada en vigor de las normas luego de ser publicadas, y del artículo 96.1 de la Constitución, que declara la integración en el Derecho nacional de los tratados internacionales «una vez publicados oficialmente en España», forma de publicación que sólo es la inserción en el *Boletín Oficial del Estado*.

(28) «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 de la Constitución).

(29) «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional...» (artículo 163 de la Constitución).

c) La tercera vía es la establecida por el recurso de amparo, regulado en el artículo 53 de la Constitución (29 bis), con las limitaciones y alcance que se establecen. Sin olvidar las posibilidades de la acción popular (30).

Y con relación a las normas de rango inferior a Ley formal, su homologación con aquéllas asegura igualmente la consecución de los fines constitucionales (31).

El logro regular y cotidiano de los fines constitucionales se asegura concibiendo la Constitución un entramado normativo de carácter coherente, sometido a los criterios de unidad, plenitud y jerarquía, como se deduce del artículo 9 de la Constitución, que vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos al ordenamiento entero, del que la Constitución es una parte, aunque destacada. Luego la búsqueda del sentido unitario de las normas se configura como un factor relevante, ya que no solamente puede servir para juridificar la norma o acto que en la norma se ampara, sino que *debe* servir desde el instante en que el artículo 9.3 de la Constitución proclama la Norma máxima como garante del sistema (32). Todo lo cual significa que, en ausencia expresa y concreta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (33), le cabe a la jurisdicción ordinaria, en la búsqueda del sentido unitario del ordenamiento, cumplir con la Constitución, llevando a cabo la adecuada interpretación que asegure la realización de los fines constitucionales (34).

Y, naturalmente, el reclamo de consistencia entre los fines y su manifestación por medio de normas jurídicas sujeta a éstas a los principios

(29 bis) «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...» (art. 53.2 de la Constitución).

(30) Artículo 125 de la Constitución.

(31) «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106 de la Constitución).

(32) «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 los derechos individuales, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (art. 9.3 de la Constitución).

(33) «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123 de la Constitución). «El Tribunal Constitucional, como *intérprete supremo de la Constitución*, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución a la presente Ley Orgánica» (artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, énfasis añadido).

(34) Cfr. artículo 117.3 en relación con el citado 123 de la Constitución.

de competencia (35), jerarquía y legalidad, publicando las normas y garantizando la seguridad jurídica mediante la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (36).

Destaca, asimismo, en la Constitución una preferencia absoluta porque la manifestación normativa se realice mediante Ley formal por la oportuna iniciativa legislativa e intervención de las Cortes Generales en el trámite. Iniciativa en principio abierta a todos, pero realmente circunscrita al Gobierno y al Congreso de los Diputados (37). Y no desconociéndose la facultad gubernativa de dictar disposiciones generales, tal fa-

(35) «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas... y las demás previstas en la Constitución» (artículo 81 de la Constitución). Concordando con los artículos 8.2, 54, 55.2, 92.3, 93, 104.2, 107, 116, 122, 136.4, 144, 150.2, 165, etc.

(36) Cfr. artículos 9.3 de la Constitución, citado, y concordantes, 84, 86.1 y 2, 90.2, 92.1, 102.1, 2 y 3; 106.2, 108, 116, 117.2, etc.

(37) Correspondiendo al pueblo español ser fuente de todos los poderes que expresan la soberanía nacional (arts. 1 y 2 de la Constitución), el artículo 66 atribuye a las Cortes Generales la consideración de organismo representante de la soberanía popular, integrándose aquéllas por el Congreso de los Diputados y por el Senado (art. 66.1 de la Constitución). Dichas Cortes Generales son sede de la potestad legislativa, la cual se manifiesta mediante Ley en sentido formal, que puede adoptar diversas formas: 1) *Ley orgánica*, que se determina por razón de la materia, correspondientes al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, estribando su característica en serles exigida una mayoría absoluta del Congreso (art. 81.1 y 2 de la Constitución). 2) *Leyes ordinarias*, que, si bien aludidas por la Constitución (v. gr.: art. 90.1), deben deducirse por exclusión: no serán las orgánicas ni aquéllas otras que refiero a continuación, correspondiéndose así con la manifestación de la actividad legislativa normal. 3) *Leyes de Bases*, que son las que enmarcan legislación delegada en beneficio del Ejecutivo, en cuyo caso el texto provocado por éste tiene rango formal de Ley (art. 82.1 y 2 de la Constitución); delegación que debe ser expresa y sobre materia que no sea exclusiva de competencia de las Cortes, debiendo fijarse un término para actuar la legislación (artículo 82.3 y 1, respecto del art. 81 de la Constitución). 4) *Leyes ordinarias delegantes*, que son las que autorizan al Gobierno a refundir diversos textos legales en uno solo (art. 82.2 de la Constitución), que habrán de determinar el ámbito normativo de la delegación, «especificando si se circunscriben a la mera formulación de un texto único o si incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» (art. 82.5 de la Constitución). 5) *Decretos legislativos*, que son normas con rango formal de Ley, que expresan disposiciones del Gobierno contentivas de legislación delegada (art. 85 de la Constitución), que quedan sujetas a los marcos impuestos por las leyes de bases y leyes delegantes; agotándose la facultad delegada en el uso de la misma, no pudiendo entenderse concedida la delegación de modo implícito o por tiempo indeterminado; potestad delegada que es, a la vez, indelegable por parte del Gobierno. 6) *Decretos-leyes*, o normas para las que es competente el Gobierno, dictadas en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, que en caso alguno pueden referirse al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos, deberes y libertades de los ciudadanos referidos en el Título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral en general (art. 86.1 de la Constitución); y que, en todo caso, deben ser inmediatamente sometidos a debate y aprobación por el Congreso, convocado al efecto si no estuviere reunido en el plazo de treinta días siguientes a la promulgación de la norma. Establece, además, la

cultad queda sujeta a un régimen de suficiente control (38). Aparte, dada la nueva organización autonómica del Estado, se reconocen competencias a otros organismos autonómicos (39).

La Ley, pues, se mantiene en la Constitución como medio predilecto de exteriorización normativa. Son numerosos los agentes materiales de confección jurídica (40), pero siempre y en todo caso se recaba la forma de Ley para su expresión vinculante (41).

Que esa Ley formal es equiparada a la norma en sentido amplio es claro con sólo contrastar la Constitución con el Código Civil. En efecto, dado que la Constitución no altera ni afecta al Título Preliminar de dicho cuerpo legal, ya calificado otrora de *constitución política* (42), deben entenderse ambas normas como complementarias. Es conclusión a la que se llega con la misma Constitución, que se incorpora a sí misma como parte del ordenamiento (43); y, señalando el Código Civil cuáles son las fuentes del ordenamiento, cabe entonces desplazar el tema desde la Constitución al Código Civil mismo, siendo en primer paso este cuerpo legal el que fija el *sistema* del ordenamiento.

Constitución un régimen de garantías relativas a la propia elaboración de la norma, tanto respecto de la iniciativa, aprobación, sanción como promulgación de las leyes.

(38) El Gobierno tiene potestad reglamentaria (art. 97 de la Constitución), cuyo control y adecuación a la legalidad viene recogida en diversos preceptos (artículo 106.1 de la Constitución, respecto de los arts. 9.1 y 3, 103.1 y 2 de la Constitución).

(39) El artículo 48 de la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas propia competencia normativa en las materias enumeradas por dicho precepto y con exclusión, por ser competencia del Estado, de las comprendidas en el artículo 149. No obstante, las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, pueden atribuir a las Comunidades Autónomas la facultad de dictar por sí mismas normas legislativas en temas propios de Ley estatal (art. 150.1 de la Constitución), pudiendo, asimismo, el Estado transferir o delegar a dichas Comunidades, mediante Ley Orgánica, facultades propias de materias inherentes al Estado que por naturaleza sean susceptibles de dicha transferencia (art. 150.2 de la Constitución).

(40) V.gr.: Partidos políticos (arts. 6 y concordantes), sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (arts. 7 y concordantes), los propios poderes públicos (arts. 9.2 y concordantes), las confesiones religiosas (art. 16.3), los propios ciudadanos, directamente o por representantes (arts. 23.1 y concordantes), etcétera.

(41) Cfr. arts. 1.1, 7, 9.1 y 3, 10.1, 13.1 y 3, 17.1, 3 y 4; 18.4 y, en general, el Título I respecto del artículo 53.1, etc.

(42) CASALS COLLDECARRERA, Miguel: «La interpretación», en el volumen *Ciclo de conferencias sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Publicaciones del I.C.A. de Barcelona y A.J. y L. de Cataluña, Barcelona, 1975, pág. 21. CONDOMINES VALDÉS, F. A.: «Algo más sobre el Título Preliminar del Código Civil», en el mismo volumen, págs. 265 y ss.

(43) Cfr. artículo 9.1 de la Constitución.

II. EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL

a) *El concepto de sistema*

El artículo 1.1 del Código Civil señala terminantemente que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», y el artículo 1.7 del mismo cuerpo legal indica que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

En el articulado del Título Preliminar se ha producido, como es sabido, una sustitución de la expresión *fuentes del Derecho* por la de *fuentes del ordenamiento jurídico*. «Es llamativa —y tal vez significativa— la utilización de la idea de ordenamiento jurídico, que, por lo que nosotros sabemos, se utiliza por primera vez (44)... Con la idea de ordena-

(44) Por segunda vez. La primera lo fue en el artículo 2, primera, 1, de la Ley de Bases para la reforma del Código Civil. Ya el Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia recogía la expresión en su Base primera, núm. 4. Con respecto al empleo del término en el Código Civil ha escrito VALLET DE GOYTISOLO («Las expresiones 'fuentes del Derecho' y 'ordenamiento jurídico'», *Revista de Derecho Notarial*, págs. 175 y ss.): «He repasado la carpeta de antecedentes que guardo de cuando trabajé en la reducida Sección de lo Civil de la vieja Comisión de Códigos —hoy convertida más bien en una Comisión de Proyectos del Ministerio de Justicia—, que nos reuníamos en uno de los despachos del Tribunal Supremo, presididos por el inolvidable don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. En esta carpeta tengo varias copias del anteproyecto de título preliminar que concluimos el 12 de julio de 1965 y don José no entregó a las Cortes, y lo guardó en su cajón en espera de que se aprobaran, remitidas a las Cortes por el Consejo de Ministros el 12 de agosto de 1966 —de cuyo proyecto también conservo copia—; respecto de las cuales la ponencia de las Cortes, al no recibir el texto articulado, acordó suspender su dictamen el 29 de noviembre siguiente.

»Pues bien, en aquel anteproyecto el artículo 1.º ya comenzaba, a propuesta del propio CASTÁN, refiriéndose a las *fuentes del ordenamiento jurídico*.

»Es de advertir que *fuentes del Derecho y ordenamiento jurídico* eran expresiones ya respaldadas por la doctrina. La introducción de una y otra no fue discutida, ni se le dio otra importancia ni trascendencia mayor que la de su empleo terminológico. Por lo menos nadie lo comunicó a los demás.

»Nuestro actual presidente de esta Real Academia, también integrante entonces de la Sección, en su discurso inaugural del Curso académico pasado, contó esta anécdota relativa a la introducción de la expresión 'ordenamiento jurídico': 'VALLET DE GOYTISOLO recuerda que, en una ocasión, pregunté yo (por él) al maestro CASTÁN cómo podía definirse el ordenamiento, y al escuchar de él una definición omnicomprensiva, VALLET comentó: 'Es, por tanto, la galaxia jurídica'. Y toda galaxia, pensé y pienso, incluye estrellas, que son soles, cometas, planetas, con sus diferentes composición y climas y con sus satélites; tiene sus órbitas ordenadas en diversos movimientos, acompasados entre sí y en relación con las de las otras galaxias, en un orden cósmico preestablecido pero en constante movimiento y evolución.

»Como en su indicado discurso dice HERNÁNDEZ GIL (por referencia a *El or-*

miento jurídico parece quererse hacer referencia al bloque normativo como un conjunto, pero también probablemente como un todo cuyas partes se encuentran, o por lo menos deben encontrarse, en armónica coherencia o estructuradas entre sí» (45). Y es ésta muy probablemente la idea que se manifiesta en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, que sancionó con fuerza de Ley la reforma del Título Preliminar del Código Civil al resaltarse en la misma el carácter de fuentes referidas a un todo sistemático (46). Es incluso el mandato del artículo 2, prime-

denamiento jurídico y la idea de justicia, Discurso inaugural, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1980-81, Madrid, 1980), el concepto de ordenamiento jurídico 'ha sido impulsado por el positivismo normativista', y aunque en SANTI ROMANO supera el normativismo y se convierte en 'estructural y organizativo', 'sigue siendo positivista' e incluso 'sigue siendo formalista', como lo es la pirámide jurídica de Kelsen.

»La Sección, entonces, no le dio este sentido. Menos aún se lo pudo dar el propio don JOSÉ CASTÁN, que siempre se mostró iusnaturalista y que nada tenía de kelseniano, ni veía por los ojos de los administrativistas admiradores de SANTI ROMANO, sino con los suyos propios de civilista y, más genéricamente, de jurista convencido de la primacía de la justicia en su significado material más clásico.

»Sin embargo, hay que reconocer que, vista con perspectiva actual, el cambio del texto del viejo 6.2 por el nuevo 1.1 del Código Civil, en su planteamiento y terminología, se adecua fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy el positivismo y el formalismo, minados por todos lados y desde las más opuestas posiciones, continúan dominando.»

(45) DÍEZ-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1977, I, págs. 47 y ss.

(46) «El título preliminar del Código Civil se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado, en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales como lo hacía el precedente artículo 6. Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones. La primacía de la Ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango posterior.

»La costumbre —ampliada al no circunscribirla a la del lugar y al conferir el valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos— sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de Ley aplicable, siempre que no contradiga los módulos generales esencialmente delimitativos de la licitud constituidos por la moral y el orden público y que resulte probada. Los principios generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del Derecho, pueden tener un significado informador de la Ley o de la costumbre.

»Como complemento de la regulación directamente referida a las fuentes del Derecho han de considerarse los preceptos sobre los tratados internacionales y la jurisprudencia (...).

»A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si

ra, 1, de la Ley 3/1973, de Bases para la modificación del Título Preliminar, a cuyo tenor: «se enumerarán de modo directo, *sistemático* y *jerarquizado* las fuentes del ordenamiento jurídico» (47); idea que vuelve a ratificar la propia Constitución (48).

En efecto, se trata de resaltar por parte del legislador que el Derecho, aunque no es un coto cerrado, tampoco se concibe como un instrumento en el que se acepta cualquier criterio como jurídico por el simple hecho de que pretenda emplearlo un «agente del sistema legal» (49). Y así lo ha entendido un representante muy autorizado de la judicatura, DE LA VEGA BENAYAS (50), al calificar al Título Preliminar de «interesante aportación legislativa...»; «especie de parte general legislativa que contuviera todas las normas, tanto de alcance público como privado y de aplicación general para la realización del Derecho de la nación en su conjunto». Y añade: «Ha hecho bien el legislador en establecer el catálogo de fuentes... [e] incluir como corolario lógico el deber de los Jueces y Tribunales de seguir el orden preestablecido». Se ha ganado «un mayor pluralismo y ha seguido al mismo tiempo una línea mucho más armónica». Conclusión que resalta, asimismo, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (51), no empeece su fuerte crítica a la reforma, aunque quede por verse si tal crítica es acertada y si lo que con ella se perseguía por el autor citado es o no logable con la fórmula actual (que quizá puede

no entrañan elaboración de normas en sentido propio y pleno, contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.

»Sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de Derecho adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan.»

(47) Énfasis añadido.

(48) Ver notas 28 y 33, *supra*.

(49) Es la expresión usada por TOHARÍA, J.: *El Juez español. Un análisis sociológico*, Ed. Tecnos, Madrid, así como en su excelente trabajo «Derecho y desarrollo: el caso de España» (financiado este último por la *Agency for International Development*) (*Doc. Jur.*, núm. 17, enero-marzo 1978, págs. 43 y ss.), en el cual, aunque se demuestra que la gran mayoría de las cuestiones conflictivas que acontecen en España (según amplia muestra) no van a pleito (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón), se identifica el *sistema legal* (anglicismo correspondiente a nuestro sistema jurídico) con el judicial, convirtiendo al Juez en piedra angular. El trabajo sigue, hasta en los términos, la concepción parsoniana, teniendo por objeto el estudio y conocimiento detallados del proceso e instituciones que intervienen en la aplicación del Derecho. Fue realizado para la Universidad de Stanford, entidad que suele estar presente en múltiples actividades de los Estados Unidos con respecto al mundo hispano. La A.I.D. es un buen instrumento de política exterior de Estados Unidos. El estudio de TOHARÍA ofrece una perfecta información de las relaciones Economía-Derecho en la España de los años 1945-70.

(50) DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976.

(51) «El sistema de fuentes», en *Ciclo de conferencias...*, cit., págs. 233 y ss.

permitir mucho más y mucho mejor hecho que las pretensiones y el método invocado por este autor) (52).

Por el momento lo que interesa es seguir al legislador en su plan, con el fin de ver a dónde nos lleva, relegando a un momento posterior el enjuiciamiento de la obra y la determinación de las posibles metas que autoriza alcanzar.

b) *Primacía de la Ley*

Es unánime el criterio de que el artículo 1.1 del Código Civil acepta y establece la primacía de la Ley sobre otras fuentes del Derecho, dado que ni la costumbre ni los principios generales del Derecho son aplicables sino en defecto de Ley (53). Se ha seguido con ello, al menos en apariencia inicial, la tendencia tradicional, aunque se pudo plantear el sentido de las innovaciones metodológicas que se apuntan en los artículos 1.6, 3.2 ó 1.5 del Código Civil (54). Y es unánime, asimismo, considerar que la expresión *Ley* es comprensiva de toda norma de origen estatal, punto no ignorado en su momento por el legislador (55) y que res-

(52) Quien tacha a la reforma de positivista en exceso; que, al precisar una jerarquía, se aparta de los modernos sistemas (?) que ponen todas las fuentes en colaboración conjunta para hallar la norma justa en cada caso; que convierte al Derecho en expresión, no de lo justo, sino del poder (!); al desconocimiento del Derecho por parte del pueblo; que niega el carácter tópico del Derecho y al repetido divorcio con la realidad social; que fomenta la analogía, etc.

(53) Puede verse: la propia Exposición de Motivos, redactada por HERNÁNDEZ GIL, A.; GONZÁLEZ BOTELLA, P.: «El nuevo título preliminar del Código Civil», en *Doc. Jur.*, núm. 4, octubre-diciembre 1974, págs. 35 y ss., en concreto pág. 49; DE LA VEGA: *Teoría*, cit., págs. 43 y ss.; Díez-PICAZO, en *Comentarios...*, cit., I, páginas 47 y ss., señalando exactamente que la determinación jerárquica se fija en el artículo 1, 3 y 4; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil de España*, Edersa, Madrid, 1979, I, pág. 58; DE LOS MOZOS, J. L.: *Derecho civil español*, Salamanca, 1977, I, 1.º, págs. 402 y ss.; PUIG BRUTAU: *Introducción al Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1980, págs. 164 y ss.

(54) Artículo 1.6 del Código Civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»; artículo 3.2 del Código Civil: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita»; artículo 1.5 del Código Civil: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*».

(55) «Justamente por esta univocidad se planteó en la Comisión de Justicia de las Cortes, que dictaminaba el Proyecto de Ley de Bases de este articulado, la discusión en torno de si era o no necesario añadir al núm. 1 de este artículo un inciso a renglón seguido de la palabra 'Ley', con la dicción de 'disposiciones administrativas', según enmienda *in voce* del procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, pero

ponde a una consideración de sensatez elemental, de modo tal que por función del principio de jerarquía normativa (art. 1.2 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución) queda asegurada la

que fue rechazada por la Ponencia. Se fundaba el enmendante en la necesidad de que el Código Civil contuviera la visión completa de nuestras fuentes del Derecho, para lo cual era preciso que reasumiera la enumeración de las disposiciones administrativas previstas en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Se fundó la Ponencia en que, como es tradicional en España, bajo la palabra 'Ley' se entiende toda norma escrita por autoridad competente, y que en este sentido general las demás disposiciones aludidas (decretos, órdenes, etc.), dentro de su peculiar rango, y que por eso se había incluido el párrafo sobre la carencia de validez de las normas inferiores contradictorias de otra de rango superior, razón también por la cual se proponía que en el núm. 4 de la Base primera, al hablar de la jurisprudencia, se suprimiese la referencia nominal a la Ley, costumbre y principios y se sustituyese por la expresión 'las fuentes', para que se entendiera que 'Ley' comprende toda clase de disposiciones administrativas.

»Aunque con fundamentos en parte distintos, el Dictamen del Consejo de Estado proponía también que el núm. 2 del artículo primero quedara redactado así: 'A los efectos de este Título Preliminar se entiende por Ley toda norma dictada por autoridad pública competente'. 'Carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de superior jerarquía'.

»El Consejo de Estado estimaba que sin las fórmulas o redacción que proponía, el artículo 1 permanecía en la ambigüedad respecto al tema de la jerarquía normativa, pues cabría la duda de si el párrafo de la validez y jerarquía de las normas se refería o bien sólo a las que el propio título establecía —Ley, costumbre, principios generales—, ora a las disposiciones integrantes del bloque de la legalidad, sobre todo desde la existencia en España de las denominadas Leyes Fundamentales a partir de 1947, y desde 1957 por el establecimiento de la jerarquía de las normas administrativas por la L.R.J.A.E. (art. 23, 2.º). Por lo cual, si se estimaba innecesario llevar esas normas al Código Civil, sí parecía oportuno introducir en el artículo 1 una definición funcional de Ley, de modo semejante a la utilizada por el artículo 1 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán o por la técnica legislativa británica.

»El Gobierno, sin embargo, no aceptó la sugerencia, quizá por las propias razones ya conocidas y de las del Dictamen del Consejo de Estado, es decir, que según la doctrina española bajo la denominación de Ley se incluyen todas las normas dictadas por la autoridad pública, cosa que ya señalaba la Real Orden de 22 de mayo de 1891 y reiteró la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 22 de junio de 1910» (DÍEZ-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 44-45).

Escribe HERNÁNDEZ GIL, A., que «en los trabajos iniciales de la Comisión de Codificación se mencionaba además como fuentes 'las disposiciones estatales de carácter general' que no alcanzaran rango de Ley... Después de muchos debates se retornó a la fórmula clásica. Ir a una definición muy amplia de la Ley como la propugnada por el Consejo de Estado... tampoco parecía oportuno, porque mientras a unos efectos (como su entrada en vigor) se asimilan a la Ley las disposiciones que en rigor no lo son, a otros efectos (como al del recurso de casación civil) se toma por Ley sólo la que lo es en sentido estricto» («Génesis y aportaciones», en el volumen *Ciclo de conferencias...*, cit., pág. 14). Véase también el informe de la Ponencia, *Doc. Jur.*, núm. 4, págs. 279 y ss., y el dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes, misma revista, págs. 311 y ss.

juridicidad formal de las normas, consustancial a la organización del Estado actual (56).

Esta primacía de la Ley no tiene que verse, no debe verse, como medio de cerrar los ojos a la realidad de que, materialmente, el Derecho no lo crea el legislador, pero sí a una tendencia, general ya, de que las normas que se pretende sean jurídicas, puedan ser cognoscibles por todos (artículo 9.3 de la Constitución). Aquí la centralización en el modo de anunciar las reglas del juego social ofrece enorme ventaja, que palía sus posibles inconvenientes, los cuales pueden ser perfectamente superados por un adecuado empleo de los instrumentos concedidos por el sistema de fuentes y los criterios de hermenéutica (57). De otro lado, la primacía de la Ley no excluye, naturalmente, aplicarla dentro del propio sistema, lo que, bien hecho, puede significar un relativo freno al afán legislativo del Estado moderno, que usa de la Ley no como norma dirigida a la generalidad, sino como expresión de la coyuntura y, por consiguiente, como medio de satisfacción de intereses concretos y particulares. Distinto es, por supuesto, que así cumplan quiénes les compete. Reconocer a la Ley la máxima jerarquía normativa no implica un mero reconocimiento formal, lo que es contrario al propio ordenamiento, que, por definición, exige contenidos; ni debe, en el otro extremo, llevar a la aceptación de un vacío legalismo, por oponerse a ello los más elementales principios de justicia (58), justicia que es, al tiempo, meta por lograrse y reclamo constante del ordenamiento (59).

(56) Lo que explicaba el legítimo planteamiento de DE LA VEGA, previo a la Constitución, en exigencia de una garantía equivalente al entonces ausente recurso de inconstitucionalidad.

(57) Cfr. DE LA VEGA, *op. cit.*, págs. 39, 82 y ss., 122 y ss., 141 y ss., en que se apunta todo el rendimiento que se puede obtener del sistema de fuentes, al entender las normas conforme al criterio sociológico de hermenéutica (art. 3.1, *in fine*, del Código Civil).

(58) La advertencia es importante cuando requerimos de la Ley su generalidad, es decir, que contenga una decisión tomada en abstracto, referida a todos los concretos posibles casos y situaciones fácticas que puedan darse en hipótesis. La igualdad ante la Ley sólo adquiere significado y relevancia pensando en que el legislador no usa de tan importante medio si no es para beneficio de la generalidad. La generalidad de la Ley, o la igualdad ante ella (que es *uno* de los sentidos de la igualdad del art. 14 de la Constitución), representa la más robusta garantía de que el régimen de gobierno no significa el imperio del arbitrio individual. Sin embargo, conviene advertir acerca de numerosas leyes que, redactadas en términos generales, sus presupuestos de hecho están pensados para muy pocos, siendo así privilegios ilegítimos y soterrados. La superación del legalismo ahí encerrado es, si se quiere, fácil de efectuar (cfr. DE LOS MOZOS: *Derecho civil*, cit., págs. 379-393; también, «Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico», en el *Libro en homenaje a De Castro*, Tecnos, Madrid, II, 1976, páginas 323 y ss.).

(59) Constitución, Preámbulo; artículo 1.1, art. 31.1, art. 117.1, etc. La justicia es sólo relativa, compatible con la conciencia social existente en el tiempo en que se promulga; «la justicia practicable dadas las circunstancias de lugar y tiem-

Por ello es que debe reinsistirse en criticar la raquítica fórmula acogida en el artículo 162 de la Constitución al otorgar legitimación activa para plantear recurso de inconstitucionalidad a los organismos políticos, muy destacadamente cuando los ciudadanos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución), por lo que su obligación debió ser derecho a exigir que aquélla se cumpla. La crítica tiene sentido en el plano jurídico. No niego que la Constitución, cualquier Constitución, es en esencia una norma política, por lo que los medios de la política la recorren en todo sentido. Pero no es menos cierto que el Derecho tiene entre sus funciones la de enmarcar aquellos medios políticos, e incluso los propios fines de lo político. Si la juridicidad de la Ley queda en manos de los políticos, habremos de llegar a la politización de la norma (60), que es lo que se trata de evitar en cierta medida. Este alcanza más relevancia en una Constitución a que se llega por acuerdos enmarcados en detalladas disposiciones contradictorias (expresivas, obviamente, de mutua desconfianza entre los amigables componedores). Si se hubiese seguido un sistema como el norteamericano, por ejemplo, en el que la vaguedad de sus principios y las directrices permite que, sin brusquedades (al menos, regularmente), sus contenidos específicos sean determinados según momentos pautados por la evolución política y social, se explicaría entonces el recurso a medios políticos para enmarcar aquellos amplios principios. Pero redactar una Constitución mediante compromisos de perspectiva política muy dispar, que obliga a insertar en la Norma máxima reclamos opuestos, con empeño de que sea el político quien los interprete, genera siempre serios problemas. Aquí el jurista puede ser elemento idóneo para llegar a alcanzar contenidos inmediatos intermedios. Y no se piense que trato de defender posturas moderadas; al contrario, si la Constitución marca unos mínimos y unos máximos en su probable sentido, es asequible ir a por éstos (61). Por no haberse hecho así la lucha política se ha desplazado a las leyes orgánicas, al uso y abuso del recurso previo, al no empleo del recurso de inconstitucionalidad en claras situaciones atentatorias de la Constitución (Ley «antiterrorista», de extranjería) y por ello a la denominada «politización» del Tribunal Constitucional (?).

po», como dijo CLEMENTE DE DIEGO (*Derecho civil. Parte general*, I, págs. 404-405). Pero, entonces, debe ser exigida total y enteramente. Para sus derivaciones, RUIZ VADILLO: «Conceptos recogidos en la Constitución», *Doc. Jur.*, núm. 20, págs. 73 y ss., en especial págs. 78-80.

(60) Debe recordarse nuevamente el uso dado al recurso previo de inconstitucionalidad.

(61) Al significado máximo para alcanzar el resultado mínimo, que todo hay que decirlo, fue el Consejo del Poder Judicial saliente. Hay que reconocer que desde su perspectiva actuó con plena coherencia.

c) *¿Alcance subordinado de la costumbre?* (62)

El carácter subordinado de la costumbre es claro, pues «la costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada» (art. 1.3, primero, del Código Civil). La nueva redacción del precepto añadió, no obstante, un segundo párrafo: «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre» (art. 1.3, segundo, del Código Civil).

El legislador se limita a señalar la innovación, doble, acontecida en tema de costumbre. «La costumbre —ampliada al no circunscribirse a la del lugar y al conferir valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos— sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de Ley...» (Exposición de Motivos), lo que el autor de dicha Exposición de Motivos, en su carácter particular, resalta en otro sitio (63).

Ya en otro lugar (64) llamé la atención sobre la importancia que podría tener la innovación (65); sentido del cambio que había sido cer-

(62) Tomamos como punto de partida un concepto de costumbre que se da por entendido y sabido, ya que no corresponde aquí aclarar el profundo problema que implica la determinación del concepto, que la doctrina ha intentado precisar, sin olvidar la problemática interna que el tema ofrece. Puede verse: COSTA, J.: «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», *R.G.L.J.*, núms. 58 y 59, 1881; COSTA, J.: *Plan de un tratado sobre Derecho consuetudinario*, 1889; PUCHTA: *Das Gewohnheits Recht*, 1828-1837; VALETTE, *Du rôle de la coutume*, 1908; VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1865; BONFANTE: *Per una revisione critica della teoria della consuetudine*, R.D.C., 1904; NAWIASKY: *Teoría general del Derecho*, 1962; MOUTON Y OCAMPO: *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, 1911; LEBRUN: *La coutume; sous sources; son autorité en Droit privé*, París, 1932; PORTOLÉS: *El Derecho consuetudinario a través de la codificación civil castellana*, Zaragoza, 1920; DE DIEGO: «El uso, los usos sociales y convencionales en el Código Civil», en *Fuentes del Derecho civil español*, Ed. Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, págs. 200 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *La prueba del Derecho consuetudinario*, R.D.P., 1934; BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, etc.

(63) HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones», *loc. cit.*, págs. 13, 14 *in fine* y 15.

(64) VÁZQUEZ BOTE, E.: «La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español», *R.C.D.I.*, núm. 556, 1983, págs. 581 y ss.

(65) Que, al parecer, pasa desapercibida a la Comisión de las Cortes y a la de Justicia, con excepción del señor ESPERABÉ DE ARTEAGA, a quien le preocupa la omisión del localismo (cfr Díez-PICAZO: *Comentarios...*, cit., I, pág. 52). Importancia deducible de las palabras del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ, conforme a las cuales «la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho, y cree por ello que debe mantenerse en el texto precisamente con esa precisión (*sic*) de recoger dentro de la costumbre la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica»; añadiendo que «no se ve razón alguna para seguir manteniendo esa costumbre pequeña, anquilosada, que huele a viejo, la costumbre del lugar. Existen costumbres de ámbito general muy importantes. Pensemos en determinados usos (...); una serie de usos de tipo general, de los cuales basta citar los ejemplos de muchas

teramente señalado por Díez-PICAZO al destacar, en su análisis del informe de la Ponencia sobre el proyecto de nuevo Título Preliminar, un significativo párrafo (66) que le permitía concluir que fue deseo de la Ponencia dar «a la costumbre carácter general y, sobre todo, un alcance evolutivo, como algo dinámico» (67).

Ya es sorprendente que se recoja un concepto de costumbre antitético con su noción normal (modo lento de conformación de modos vinculantes de conducta), resaltándose su sentido evolutivo, pero sobre todo dinámico, innovador (art. 2, primera, 1, párrafo segundo, Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar). Y más aún que se identifiquen los usos jurídicos con la costumbre; equiparación que supera —y anula— la distinción de DE CASTRO (68), según la cual la costumbre nace *ex factis*, no *ex dictis*, abriéndose ancho campo a las prácticas *evolutivas* y *dinámicas* de determinados sectores profesionales, sí (como se defendía en la Ponencia); pero también comerciales, mercantiles, industriales, financieros.

Y, por lo menos, es raro que junto a la norma general por excelencia, la Ley, surja otra de igual generalidad... o mayor. Porque si la costumbre y el uso pueden ser generales carecen de significación territorial alguna. «De una costumbre consolidada cabe establecer de antemano su generalidad, probando su efectividad en una serie de puntos y dándola por supuesto en el interior del ámbito territorial así dibujado. Por ejemplo: determinadas reglas de comercio internacional, no obstante ser consuetudinarias, se pueden entender aplicables a todo nuestro país» (69), quedando así abiertas las puertas a prácticas hasta desconocidas en España por ser generales a una actividad, mercantil, financiera, etc., *profundamente innovadoras* (y buena parte de los usos dinámicos e innovadores, presentes en países más «desarrollados», pero inexistentes en España, entran en esa categoría), e incluso siendo aplicables de oficio (70).

profesiones... que generalmente no son locales, pues suelen tener ámbito nacional» (Díez-PICAZO, *ibidem*, págs. 52 y 53, con referencia a la intervención del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ). No hay argumento: las costumbres generales son también y por ello locales, con lo que no se justifica, *por ahí*, la enmienda.

(66) Aquel en que se resalta la configuración de los usos con trascendencia jurídica de carácter dinámico, modos habituales de proceder de los negocios, prácticas y precedentes con relevancia jurídica; y las también palabras del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ de que la ponencia *había meditado con mucho detalle* cada una de las palabras del texto, dando a los usos un carácter de 'trascendencia jurídica como algo dinámico' (Díez-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 51-52, énfasis añadido).

(67) Díez-PICAZO, *ibidem*.

(68) *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 377, nota 1.

(69) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, I, pág. 54.

(70) Pues la propia generalidad excluye la posibilidad de ignorancia judicial ante la probable diversidad de costumbres cuando son locales. «Esta justificación se pierde en relación con las costumbres generales, respecto de las cuales una

Pero más extraña es la equiparación de la costumbre con los usos jurídicos (71), no los sociales (72). Díez-PICAZO ha señalado la razón de la identificación: luego de manifestarse inconforme con las tesis de ALBALADEJO y RUIZ VADILLO (73), recoge el criterio de DE DIEGO (para quien el uso era algo ajeno al Derecho, pero importante para éste) y de la doctrina mercantilista representada por GARRIGUES (74) (para la que los usos de comercio son fuente objetiva de Derecho en ausencia o defecto de Ley), para, finalmente, traernos a la memoria la polémica DE CASTRO-GARRIGUES acerca de la función del uso, reconociendo el Magistrado del Tribunal Constitucional que en el Título Preliminar ha triunfado totalmente la tesis mercantilista (75). NOVOA MONREAL, recogiendo los rasgos de la ideología liberal que señalaba RADBRUCH, la describe orientada hacia la imagen del hombre correspondiente a la ficción del *homo oeconomicus*, que «asimila a todo hombre al comerciante y cons-

rigurosa exigencia probatoria no posee un claro fundamento. Entendida la prueba más como certidumbre del Derecho que de otra cosa, la aporía puede eludirse», pues la exigencia de que la costumbre o el uso equiparado resulte probada (artículo 1.2, *in fine*, del Código Civil) no fija la carga de la prueba (Díez-PICAZO, *loc. cit.*, pág. 55).

(71) DE LA VEGA no parece captar la innovación, limitándose a señalar un punto de interés, que ese uso, identificado con la costumbre, puede ser social, individual o de grupo, disolviéndose su análisis en un apunte sobre los usos y costumbres locales, aunque reconociendo que los otros «tienen validez autónoma e imperativa, sólo en defecto de Ley» (*Teoría*, cit., pág. 70, *in fine*).

(72) «La expresión 'usos jurídicos', en vez de la más frecuente 'usos sociales', obedece a la crítica que hacía el Consejo de Estado a la posibilidad de que hablando como inicialmente se hablaba de usos sociales con valor vinculante, se pudieran comprender 'usos' que no tuvieran un alcance jurídico, normas, por ejemplo, de cortesía» (HERNÁNDEZ GIL, A.: «El Título Preliminar del Código Civil», *Anales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975, núm. 3, págs. 71 y siguientes, cita precisa pág. 87).

(73) ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, Madrid, 1975, en Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 59, nota 16. RUIZ VADILLO, en *Revista Pretor*, 1974, en Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 59, nota 18.

(74) *El uso, los usos sociales*, cit. *Tratado de Derecho mercantil*, I, págs. 153 y ss.; «Los usos del comercio», *R.D.P.*, 1944, en cita de Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 61, nota 27. Cfr. también GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1955, págs. 110 y ss.

(75) Se «trata de abrir la vía para la construcción de un Derecho mercantil consuetudinario formado por lo que el Código de Comercio llama 'usos del comercio', tipificando dentro de ellos una categoría de usos normativos para darles el papel que en la enumeración general de las fuentes se reconoce a la costumbre. Y ello —hay que decirlo todo— en beneficio de las clases promotoras o creadoras de tales usos, como son los empresarios, sus agrupaciones, sus asesorías jurídicas. La discusión de DE CASTRO y GARRIGUES... aclara bastante cuáles son los intereses reales que están en juego en el fondo de este problema» (Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 63; conclusión a la que llega igualmente GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Doc. Jur.*, núm. 4, págs. 50 y ss.). Sin olvidar nunca que dichos usos pueden existir sin necesidad de «hacerse», fuera del territorio nacional en el ramo correspondiente.

truye para todos los hombres un Derecho que es adecuado tan sólo para comerciantes» (76). Es lo que se contiene en el Título Preliminar: el triunfo de las relaciones de cambio que, por ser cada vez más coyunturales, reclaman una norma (?) de confección inmediata, fácil a la vez de abandonar por otra norma ulterior. Y no siempre las Cámaras actúan con tanta rapidez.

Pero hay un sentido adicional en esta equiparación de usos jurídicos y costumbres que merece resaltarse. Ya es curioso que Díez-PICAZO, bien orientado por CARBONNIER (77), indagando el significado de los usos jurídicos por contraposición a los sociales, plantee la distinción entre *mores* y *folkways*, que no parece llevar, ni le lleva, a sitio alguno. Ahora bien, si consultamos los manuales de sociología usados en España (que suelen ser traducción de textos norteamericanos), por ejemplo, el tan difundido de McIVER y PAGE (78), podemos saber qué son esos *mores*, que se equiparan a códigos de conducta (legales, de asociaciones o profesiones, etcétera), instrumento todos ellos que son medio para alcanzar eso que la sociología establecida norteamericana denomina *control social* (79); criterios de control social que se equiparan a los *standards* de conducta y que se imponen por los grupos que controlan la sociedad. Los *standards* son criterios hermenéuticos de uso cotidiano en los Tribunales norteamericanos, en donde reciben la calificación de fuente del Derecho (80). Por eso, cuando Díez-PICAZO concluye (81) que esos usos jurídicos no deben equipararse —pues es erróneo— a las costumbres, dado que aquéllos no son «auténticamente normas jurídicas, sino puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de las normas», y que pretender distinguir los usos jurídicos de los usos no jurídicos entraña una dificultad insuperable, cabría preguntar: ¿no se trata precisamente de eso, de que elementos puramente sociales se introduzcan como normas de Derecho? «El intento de revisión del papel o de la función de los usos se inscribe en la evolución social, pero parece tratarse del mismo dinamismo del

(76) *El Derecho como obstáculo al cambio social*, pág. 158.

(77) *Sociología jurídica*, págs. 99-101.

(78) McIVER y PAGE: *Sociología*, trad. esp. de Cazorla, Tecnos, Madrid, 1972, 2.ª ed., 3.ª reimpresión, págs. 143 y ss., 335 y ss.

(79) No es el momento de extenderse en este punto, aunque el tema es, creo, más importante de lo que a primera vista parece. Me remito a lo dicho ya en mi trabajo «Sentido inicial del positivismo judicial anglosajón», *Libro homenaje a Tirso Carretero García*, C.E.H., Madrid, 1985, págs. 385-479.

(80) En su *Jurisprudence*, 1959, para POUND son fuentes del Derecho las costumbres, la religión, las ideas morales y filosóficas, las discusiones científicas (doctrina), esto es, prácticamente todo (*Jurisprudence*, III, págs. 383 y ss.); y entre los medios de desarrollo del Derecho termina citando los estudios sociológicos (*ibidem*, páginas 569 y ss.).

(81) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 69-70.

mundo de los negocios que lo que ha de favorecer es la evolución de éstos, lo cual es muy posible que no concuerde con los intereses generales. En todo caso, la categorización de los usos parece tener un origen mercantilista y utiliza a nuestro modo de ver un camino equivocado» (82). Lo que puede ser cierto o no, dependiendo de como lo entienda el Tribunal Constitucional y después la jurisprudencia de nuestros Tribunales (83).

Por consiguiente, puede afirmarse, he dicho en otro lugar (84), «que los usos jurídicos vienen a ser, por equiparación, costumbres anticon-suetudinarias, pero que por dinámicas enérgicas niegan razón a esa 'pequeña costumbre, anquilosada, que huele a viejo...'; son esos 'de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones...' y que, como opina DE LA VEGA BENAYAS, pueden aplicarse directamente, de oficio, por el Juez, sin tan siquiera alegarse por las partes. Su existencia, ciertamente, no se encuentra en el Derecho, sino fuera de él. Pero *serán Derecho* (85).

Las limitaciones establecidas para los usos no parecen, tampoco, difíciles de evitar. Tomando como base su aplicación en ausencia de Ley, lo que no es problema alguno, el artículo 1.3 del Código Civil fija dos límites a su normatividad: a) no ser contrarios a la moral; b) no ser contrarios al orden público.

La limitación impuesta por la moral disuelve, realmente, el problema en una cuestión de apreciación. ¿Entenderemos por moral los criterios éticos de la nación, los de la población (no siempre coincidentes)? Díez-PICAZO concreta que «en su sentido estrictamente jurídico la costumbre es una norma jurídica, que incorpora necesariamente una convicción jurídica y un modelo de conducta social... Parece, pues, claro que la inmoralidad no puede darse» en la costumbre o uso jurídicamente vinculantes (86). Y respecto del segundo límite, añade: «como no puede darse tampoco un desajuste de las normas consuetudinarias con un orden pú-

(82) *Ibidem*, pág. 70. No parece que así lo estime el Magistrado señor MORENILLA RODRÍGUEZ («El Poder judicial en los Estados Unidos», *Doc. Jur.*, núm. 11, 1976, págs. 671 y ss.), quien, en un buen artículo con pocos errores (que derivan del conocimiento en el papel solamente del sistema), demuestra cómo pueden ver nuestros Jueces aquel sistema y las posibilidades que les ofrece. Quizá lo que más sorprende en el artículo no sean las opiniones jurídicas, sino las económicas (por cierto, equivocadas) y su repercusión en el Derecho. En todo caso, el amor por los *standards* se asemeja peligrosamente al funcionamiento de los usos jurídicos equiparados a la costumbre.

(83) Por lo que se dice *infra*, pág. 98.

(84) «La concreción de legitimidad...», cit., pág. 600.

(85) PUIG BRUTAU: *Introducción*, cit., págs. 201 y ss. y 208-9, sigue defendiendo la tesis del localismo, aunque empleando argumentos doctrinales y jurisprudenciales anteriores a la reforma del Título Preliminar.

(86) *Loc. cit.*, págs. 55-56.

blico que por hipótesis no está cristalizado en normas legales —dado que la costumbre funciona en defecto o falta de Ley—. Tendría que ser, pues, un orden público encarnado en unos puros *principios generales del Derecho* (87), que no tendrían otra expresión que unas convicciones consuetudinarias de la comunidad. Se comprende así la irremediable antítesis a que la mencionada exigencia nos conduce. Pues por una parte habría unas convicciones jurídicas en un estado latente y nebuloso —meramente ideológicas y no trasladadas a la práctica (88)— que constituirían ese 'orden público', con el cual se pretende que las costumbres deben ajustarse. La antítesis sólo podría romperse considerando que ese orden público no formulado legalmente tiene como depositario a las convicciones de muy contadas personas, como pueden ser las que ejerzan la autoridad o encarnen los órganos del Estado. Mas es claro que esta última es una idea absolutamente degradada del 'orden público' (89).

d) *Posición que se reserva a los principios generales del Derecho*

«Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», indica el artículo 1.4 del Código Civil. De aquí resulta que son dos las funciones asignadas a los principios: a) ser fuente subsidiaria, en defecto de Ley o costumbre; b) informar al ordenamiento todo, labor que realizan sin perjuicio de aquella primera función. A las cuales funciones debe añadirse la interpretadora (90).

La novedad que aporta la nueva redacción del artículo 1.4 del Código Civil es la relativa a ser los principios generales del Derecho *informadores del ordenamiento* (91).

Sobre el significado que pueda tener la expresión utilizada por el artículo 1.4 del Código Civil no parece existir un criterio unánime entre

(87) Énfasis añadido.

(88) Énfasis añadido.

(89) *Loc. cit.*, pág. 56. Su referencia a unos principios generales del Derecho que encarnen un orden público, indicativos aquéllos de expresiones no consuetudinarias de la comunidad, tiene gran importancia por la diversa función de los principios generales como fuente normativa.

(90) BETTI, E.: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Edersa, páginas 227 y ss.; DE CASTRO: *Derecho civil*, cit., I, págs. 428-29; DE LOS MOZOS: *Principio y norma*, cit.

(91) El recurso a los principios generales en defecto de Ley o de costumbre, calificándolos como fuente formal de Derecho de tercer grado y, por ello, sometidos a la rígida jerarquía de las normas, que enunciaba el artículo 6, párrafo segundo, del Código Civil, queda, pues, subsistente, y con ello el problema relativo a si los principios generales, precisamente por serlo, quedan referidos a un último lugar, criterio que parece haber dividido a la doctrina española, que ha polemizado también acerca de si son susceptibles de servir como instrumento de interpretación orientando la misma.

quienes se han preocupado del tema (92), aunque todos los autores parecen resaltar como causa de la oscuridad la propia expresión legislativa, que, después de asignar a los principios su condición de fuente última en la jerarquía formal, advierte que es «sin perjuicio de su carácter informador...», con lo cual podría incidirse en la contradicción, señalada por GARCÍA VALDECASAS, de que el principio que informa a la Ley no puede servir para contrastar ésta porque ya existe la Ley. Lo cual es plenamente cierto, sobre todo en el momento en que escribe GARCÍA VALDECASAS, salvo que dichos principios se formulen en *Ley constitucional*. De otro lado, mientras que en la Exposición de Motivos del texto reformador del Título Preliminar se parte de la premisa de que los principios sólo son fuente subsidiaria de Ley y costumbre, y solamente así son fuente, les limita su significado informador a la Ley y a la costumbre. En efecto, si el ordenamiento se integra por Ley, costumbre y principios generales (art. 1.1 del Código Civil) se dificulta su función informadora de ellos mismos (93).

En la doctrina y en la jurisprudencia los principios generales se han usado para todo. Doctrinalmente se invocan con frecuencia como limitadores del capricho legislativo, reclamando de la Ley su homologación con los principios, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haberles reducido a la mínima expresión de función interpretativa y subsidiaria de Ley o costumbre. Esto es, tanto se les ha subordinado al mandato político concreto, como se les ha querido usar para reducir ese mandato. Las corrientes positivistas (proclamándose o no tales) han preferido la función mínima, mientras que los defensores de un suprapositivismo (proclamándose o no tales) han reclamado la función máxima (94). Pero como quiera que, así planteado el problema, se desvirtúa

(92) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, I, pág. 464; DE LOS MOZOS: *Norma, principio, citado, y Derecho civil*, cit., págs. 501 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Teoría de la aplicación y elaboración del Derecho», *R.G.L.J.*, 1945; GARCÍA VALDECASAS: «Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», *A.D.C.*, 1975, págs. 331 y ss.; Díez-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 70 y ss.; DE LA VEGA, *op. cit.*, págs. 71 y ss.; HERNÁNDEZ GIL: *Génesis y aportaciones*, cit., pág. 15, nota 1; PUIG BRUTAU: *Introducción*, cit., págs. 230 y ss.

(93) No obstante, se supera la aparente contradicción si tomamos en cuenta las clases de principios generales existentes; así un principio axiomático puede informar a uno sistemático, obviamente.

(94) «A uno y otro modo de ver hay que objetar que dependen de una actitud intelectualista, de suyo estática e inmovilizante, que lleva a desconocer el momento teleológico junto al argumento lógico de la norma jurídica y que conduce a contemplar el orden jurídico, a la vez que en su 'plenitud lógica', como una 'universalidad' no puramente postulada, sino lograda actualmente. Al contrario, un examen más atento del fenómeno histórico y sociológico induce a reconocer que no se trata de 'plenitud', sino de coherencia (para la que la plenitud es sólo una meta ideal, nunca alcanzada); tampoco se trata de 'universalidad', como se pretende, sino de una totalidad en la que está ínsita una virtualidad que excede y

la naturaleza del tema para convertirse en problema político, ¿es dable una solución estrictamente jurídica que encaje en el *sistema*? Porque, si no, la fórmula del artículo 1.4 del Código Civil podría ser, otra vez, un expediente de circunstancias, sin mayor trascendencia de la que quiera darse en cada caso concreto.

BETTI (95) ha escrito que «los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como el resultado, recabado *a posteriori*, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones» —esto es, los principios sistemáticos de ESSER—, «sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como *exigencias de política legislativa*, que no se agotan en las situaciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como *directrices o instrumentos de la interpretación respecto* a los casos dudosos y también como *tendencias y orientaciones a seguir en el proceso de la legislación*» (96). Su carácter de «excedencia de contenido axiológico explica su configuración, así como fuente normativa concreta y determinada, luego de Ley y costumbre, como su carácter de elemento permanente de todo el ordenamiento, pero también como criterios de valor que no sólo y por lo indicado 'empujan' al ordenamiento hacia sus máximas metas previsibles y hacia aquellas ideales no alcanzables, sino que también 'tiran' del ordenamiento con misma identidad teleológica».

El problema que desde esta última perspectiva principalmente implican los principios es el de su *identificación*, pues en cuanto corresponden a su función existe el riesgo de una precisión subjetiva inconsistente o de una unilateralidad ante el natural contraste entre tendencias conservadoras y progresistas (97). Ello reclama evadirse de las normas positivas y remitirse a su propia fuente, y «así vuelve a proponer el arduo problema de las relaciones que interceden entre sociedad y Estado en cuanto a la producción del Derecho, problema que a su vez sugiere la comparación entre la sociedad que se considera y la otra sociedad políticamente organizada... La piedra de toque de la competencia para la identifica-

sobrepasa las singulares manifestaciones y pone al intérprete, lo mismo que en otros casos, en la necesidad de una integración y de un ulterior desarrollo» (BETTI, E.: *Interpretación*, cit., pág. 278).

(95) *Ibidem*, pág. 288.

(96) Énfasis añadido.

(97) *Loc. cit.*, págs. 288-289.

ción de los principios generales se ofrece, a nuestro juicio, por el recurso o reenvío a la 'naturaleza de las cosas'..., es decir, la lógica de la materia que el Derecho es llamado a disciplinar». Y «es ella misma objeto de interpretación histórica y técnica, de manera que no puede hacerse pasar diversamente del ambiente social y conforme a la medida de los puntos de vista corrientes entre los hombres que en ella viven. Por ejemplo, en un ordenamiento que reconozca la propiedad individual, las relaciones económicas y de trabajo vienen valoradas en su 'lógica' y en su 'naturaleza' en modo esencialmente diverso que en un ordenamiento comunista (98). La remisión a la situación histórica de cada sociedad permite determinar los principios imperantes en un momento dado, una 'naturaleza de las cosas' que opera siempre por el trámite de «una representación que se hace de ella la conciencia social históricamente determinada, y por ello a través de una visión y una valoración históricamente condicionada que viene guiada por ciertos criterios (dictados precisamente por los principios generales) y captada bajo ese prisma, a propósito de la función de las relaciones sociales» (99).

Su especial naturaleza, la dificultad de su precisión, el necesario equilibrio en su plasmación reclaman un especial procedimiento de concreción que, para DE LA VEGA BENAYAS, va referido a la jurisprudencia, tanto judicial como doctrinal, concurriendo con BETTI (100) en ello. Es también el criterio del artículo 1.6 del Código Civil, que remite a la jurisprudencia la labor de complementar el ordenamiento «al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales». Esta función va referida, naturalmente, a los principios generales concebidos como fuente subsidiaria en defecto de Ley y costumbre (como se deduce del orden jerárquico en que se enuncian).

Pero aquí es donde adquiere interés la formulación del artículo 1.4 del Código Civil. Si los principios generales del Derecho, «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico...», son subsidiarios, es obvio que son precedentes a dicho ordenamiento en cuanto le informan. Y si el ordenamiento español se inicia hoy con la Constitución, ¿cabe observar alguna referencia a esos principios que sirva de orientación al juzgador en el caso concreto? (101).

(98) *Ibidem*.

(99) *Ibidem*, pág. 290.

(100) DE LA VEGA: *Teoría*, cit., pág. 75; BETTI, *loc. cit.*, pág. 293.

(101) Como ha escrito CASTÁN TOBEÑAS: «Teoría de la aplicación...», citado, los principios «se han de extraer no sólo del Código mismo, sino del entero ordenamiento jurídico, del cual forman parte las leyes políticas y especiales que pueden recoger, mejor que un código aislado, el estado actual de la conciencia jurídica nacional. Por este medio los principios generales del Derecho privado resultarán conectados con los dogmas propios de la ideología política dominante», corriójase: del pueblo.

Parece que el Preámbulo de la Constitución recoge algunas referencias cuando señala las líneas generales a que se aspira con y en la convivencia española que significa en su articulado. Líneas generales que exceden con mucho del significado de la simple norma y que alcanzan la categoría de principio. Líneas generales precisadas por RUIZ VADILLO en parte (102) al señalar los recogidos en la Constitución (así en su Preámbulo como en el articulado) principios que, precisamente por ser informadores, *reclaman su realización* (103).

Si los principios generales informan al ordenamiento, e informar es «dar forma sustancial a algo», en este caso al ordenamiento, parece claro que la función de los principios, en cuanto informadores, consiste en reclamar para la Ley y la costumbre (comenzando por la propia Constitución y su interpretación, que es parte del ordenamiento) su conformidad con los mismos. Por lo que el ordenamiento todo debe ser considerado en función de *medio* para alcanzar, en la relatividad histórica de cada momento, pero en ésta de modo *total y pleno*, las metas señaladas, dando al ordenamiento la coherencia necesaria a tal fin.

De ser exacta la conclusión, es de trascendental importancia. De la misma manera que, referidos los principios generales a normas de carácter subsidiario respecto de Ley o costumbre, pueden ser objeto de garantía judicial, siendo su infracción motivo de casación (incluso bajo el reclamo de estar reconocidos en la Ley o en la «doctrina legal»), al estar reconocidos en la Ley máxima, deben ser objeto de igual garantía (104).

El problema ahora es: si aquellos principios, en cuanto subsidiarios, se remiten a la jurisprudencia ordinaria para su eficaz defensa y aplicación, en su carácter de informadores y señalados como tales en la Constitución, ¿deben ser concretados y fijados por esa misma jurisdicción?

En otro lugar (105) me había inclinado por una respuesta negativa. Decía: «Expresamente, el artículo 123 de la Constitución (106) excluye a la jurisdicción ordinaria de materias contentivas de garantías constitucionales. Los principios generales del ordenamiento, en cuanto informadores de éste, informan directamente a la Constitución y a las normas que las desarrollan y, por ello, el régimen de garantías que la propia

(102) *Conceptos recogidos en la Constitución*, cit.

(103) El fundamental artículo 9.2 y relacionados (art. 14, etc.).

(104) Como se verá. Cfr. artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículos 1.692, 5.º; 1.707, 1.710 y 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(105) *La concreción de legitimidad*, cit., pág. 605.

(106) Artículo 123 de la Constitución: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Constitución establece (e íntimas con el Derecho civil muchas de ellas), siendo, pues, de aplicación el artículo 161 de la Constitución (107).

»Ciertamente, ante cualquier norma que, no sometida al juicio de constitucionalidad, se pretenda aplicar en el caso concreto, cabe remitirse al Tribunal Constitucional, invocando la infracción del sentido dable al principio general de Derecho, viniendo dicho Tribunal obligado a entender por ser cuestión de su competencia.

»A la jurisdicción ordinaria le corresponde concretar los principios que 'empujan al ordenamiento', función a la que alude el artículo 1.6 del Código Civil. A la especial constitucional, aquéllos que 'tiran' del ordenamiento.

»Así como se explica que invocar los primeros reclame el medio de concreción del principio invocado (según reiterada jurisprudencia), pues son manifiestamente subsidiarios, habrá que invocarse, respecto del Preámbulo o articulado constitucionales, la exacta referencia que parece amparar el sentido del principio que se invoca y el Tribunal Constitucional, al dictar el fallo, así *precisará el principio con el significado históricamente relativo que se le haya de atribuir*. Que la función del Tribunal Constitucional sea la de un «legislador negativo», esto es, rechazar la Ley por inconstitucional, no le excluye —no, ciertamente, indicar cómo se debe hacer la Ley en sus detalles, defecto de la sentencia recaída sobre el Proyecto de Ley despenalizadora del aborto— señalar el alcance de un principio general constitucionalmente recogido, sus todas posibilidades actuales, pues es el «intérprete supremo de la Constitución» (108).

Y terminaba indicando que no era pequeña la modificación acontecida al momento de modificarse el Título Preliminar del Código Civil, oscura entonces, pero meridiana al publicarse la Constitución.

Como hemos de ver luego, sin que signifique un rechazo de ese criterio, la Ley Orgánica del Poder Judicial de mayo de 1985 parece haber seguido un derrotero diverso. En todo caso, sí es cierto que la función de los principios generales es la señalada y que corresponde a la jurisprudencia (Jueces y doctores, éstos «porque saben», pero aquéllos «porque pueden») su plasmación. Ya se dijo antes: «a la ciencia jurídica le cumple el cometido de elaborar la realidad jurídica entendida como orden jurídico, formando un todo sistemático», ya que aquélla no es simplemente descriptiva, sino explicativa y valorativa. «A veces, la explicación y la valoración sólo podrán engendrar una crítica que prepare el camino de la transformación jurídica; *pero a veces también, de una manera más directa, pueden contribuir por sí a determinar el contenido y alcance de la realidad jurídica*» (109).

(107) Que, como se sabe, determina la competencia del Tribunal Constitucional.

(108) Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(109) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, I, pág. 407.

III. EL SENTIDO DEL SISTEMA

Con certeza, la crítica más enérgica que se ha hecho al Título Preliminar del Código Civil ha salido de la pluma de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (110). No es que no se haya imputado por otros a esa nueva redacción la ausencia de una posición clara y firme en tema de fuentes del Derecho (111), pero para el primero citado, el Título Preliminar es «prácticamente innecesario (en cuanto reforma) y, en algunos aspectos, incomprensiblemente anticuado»; la nueva formulación no es más eficaz que la antigua del artículo 6; recae en un excesivo positivismo, se aparta de las más modernas corrientes, que consideran la inexistencia de jerarquía en las fuentes y que consideran que todas las existentes colaboran conjuntamente al hallazgo de la norma justa en cada caso, lo que ha de llevar a un divorcio entre realidad y Derecho, siendo por ello un sistema de colmar lagunas de la Ley escrita (112); niega a la jurisprudencia carácter de fuente y le impide formular normas generales e introduce una función de los principios generales que no se limitan a ser «meramente informadores», lo que es su función específica, sino que los considera, en grave error, como fuente, etc. (113).

La opinión, sin embargo, no es compartida. Muy por el contrario, el juicio general que parece haber recibido la reforma del Título Preliminar se mueve regularmente entre los parámetros de «reforma al menos ordenadora» al de «reforma positiva» (114).

Aquella opinión valiosa por serlo, parece no haber captado el sentido del sistema de fuentes, que, aprehensible ya con la propia reforma del Título Preliminar, se manifiesta con enorme relevancia al advenimiento de la Constitución. Por lo que es menos explicable que CASALS COLLDECARREIRA insista en similares pretensiones luego de ésta (115).

(110) *El sistema de fuentes*, cit., págs. 233 y ss.

(111) Díez-PICAZO, CADARSO PALAU, en *Comentarios...*, cit., I, *passim*. El mismo GONZÁLEZ BOTELLA: *El nuevo Título Preliminar*, cit.

(112) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: *El sistema de fuentes*, cit.

(113) *Ibidem*.

(114) Ver RUIZ VADILLO: «El nuevo título preliminar», cit., *Doc. Jur.*, núm. 4, páginas 51-52; también *Conceptos recogidos en la Constitución*, loc. cit.; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Génesis*, cit.; CADARSO PALAU en *Comentarios...*, cit., I, págs. 70-77, aunque no parece haber sacado todas las consecuencias; DE LA VEGA: *Teoría*, cit.; GONZÁLEZ BOTELLA: *El nuevo título preliminar*, cit.; FIGA FAURA: «El nuevo título preliminar del Código Civil y el Derecho catalán», *Doc. Jur.*, núm. 4, 1974, págs. 271 y ss.; RUIZ VADILLO: «La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», misma revista, págs. 81 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La equidad en el nuevo título preliminar del Código Civil», misma revista, págs. 1, 21 y ss.

(115) Discurso de apertura, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1983.

Personalmente, he considerado la reforma como orquestación de un sistema de fuentes que, con todo el beneficio de los «sistemas cerrados» y reduciendo al mínimo sus inconvenientes, se abre a las ventajas de los «sistemas abiertos», eludiendo buena parte de sus defectos.

Sin negarse el beneficio de la noción de «orden», parece partirse del presupuesto que esa «noción de orden en todas sus facetas es cambiante y está entregada a la creatividad humana de modo indefinido... El cambio (...) es equivalente al progreso y éste la expresión dinámica de la realidad» (116). Frente a la crítica de ser la reforma positivista, pues orquesta un orden dogmático, cabe señalar que si bien la dogmática es hija del positivismo, es referible a un positivismo de las normas, positivismo que «es muy distinto e incluso en algunos aspectos contradictorio con el positivismo de los hechos. La dogmática es tal cuando acepta como inconcusos los datos del Derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización deductiva, punto de partida de ulteriores deducciones. El Derecho positivo es variable y contingente en el espacio... y en el tiempo —porque cada ordenamiento se transforma—. Luego el «dogma» no representa la inmutabilidad o inmovilidad de lo dado. No es dogma en cuanto algo no cambie o sea dado para siempre. El positivismo, y en su consecuencia la dogmática, vino a corregir el anterior «dogma» de un Derecho racional universalmente necesario y válido. Dogmatismo quiere decir, pues, sometimiento riguroso del jurista a lo establecido e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial y de la investigación científica. Cualquiera que sea el contenido material de las proposiciones jurídicas susceptibles de cambio, lo normativamente establecido desempeña siempre la función de dogma con independencia del contenido material, porque dogmática es la formulación y no el contenido de lo formulado.

«Si el 'dogma' no es de suyo un postulado incommovible en su contenido material, en cuanto puede progresivamente mostrarse con normalidades variables...», debe diferenciarse del dogmatismo como significación hipostática de la dogmática, en los planos epistemológicos y metodológicos, generándose una noción de la dogmática como pretensión de formular verdades absolutas...

«La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado... A nuestro juicio, el tipo del conocimiento desplegado como dogmático jurídico... depende de la contextura del ordenamiento y de su grado de elaboración...», pudiendo llegarse

(116) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología...*, III, pág. 400.

a un sistema concebido no como mera integración ordenadora y armónica de las normas ya establecidas, sino como requiriendo la enunciación de éstas como obra de una actividad científica que se despliega al efecto; no hay, pues, limitación a la indagación sobre «dogmas revelados» (pretensión inicial de la codificación).

Así, puede concebirse el ordenamiento como un sistema o estructura. Este sistema estructural, «a diferencia del construido por el positivismo, no es el resultante de una generalización inductiva obtenida a partir de los datos de un ordenamiento jurídico. Tampoco equivale a un absoluto *a priori*, pensado conforme al patrón racionalista... Para una intelección estructuralista, el ordenamiento presupone y se remite a un sistema no derivado de él, en el que se han ido formulando las reglas de las reglas conforme a las cuales se hace posible la articulación normativa y sus desenvolvimientos individuales a través de la realización del Derecho. El ordenamiento jurídico es una elaboración efectuada sobre la base de unos elementos que, dado su valor, se hallan sujetos a un determinado régimen de combinación y de oposiciones. La búsqueda de la estructura subyacente o inmersa en un sistema no obtenido a partir del ordenamiento no quiere decir que haya de acudir a otro campo de estructuras» (117).

(117) *Ibidem*, *passim* de las págs. 415-424. «...me atrevo a servirme de la palabra estructura para exponer las constantes ordenadoras y organizadoras que creo descubrir en el modo de llevar a cabo la operatividad discursiva. Naturalmente, esta estructura no la he elaborado previamente como una creación o un método, para luego acomodar a ella el razonamiento, aunque ahora, una vez conocida, logre explicaciones que incluso van más allá de la constatación de la estructura. Estoy seguro de que la estructura se ha fraguado de una manera inconsciente. O dicho con más claridad: los desarrollos discursivos, las formas intelectivas de afrontar los problemas se me han ofrecido como algo consciente. La estructura, por el contrario, ha existido y ha condicionado el comportamiento discursivo antes de ser descubierta como tal estructura. Identifico como estructura a esto que descubro *a posteriori*, o que se revela, luego de haberme movido entre sus coordenadas durante mucho tiempo. La captación o revelación la consigo mediante la elaboración de un modelo que si puedo lograrle lo es en la medida en que existe esa estructura, que sigue subyaciendo, respecto de la cual la inmanencia inconsciente al campo de la construcción mental identificadora. Si esta identificación que efectúo de la estructura a través del modelo la refleja o no, es evidente que no depende de la estructura, sino exclusivamente de mí. Pero si yo no puedo dar cuenta de otro modo de ser de la estructura, habrá de reputarse como tal, al menos en el plazo del conocimiento, aquélla que descubro. Este descubrimiento no queda sujeto a proclamar un modo de proceder introspectivamente inquirido. Porque realizo, en efecto, una introspección, si bien acompañada de la prospección de lo ya salido de mí y elaborado; no miro simplemente al pensamiento, sino sobre todo al comportamiento; y no sólo al comportamiento en cuanto procedimiento, sino también al reflejado en lo ya producido con el valor de la obra o resultado. Estoy completamente seguro que sin un apoyo en el hecho, en cuanto ya hecho, terminado y reiterado, no identificaría ahora la estructura... Consiguientemente, la identificación que intento de la estructura no es una mirada interior hacia la subjetividad, sino una mirada desde y en el interior de lo producido.

La dinámica del sistema, su sentido y su alcance, quedan perfectamente claros si indagamos la función que asume el organismo encargado precisamente de usar del sistema, la jurisprudencia. Que tiene asignada una labor, e importante, así en el Título Preliminar como, destacadamente, cuando la ponemos en contacto con los fines que proclama la Constitución como de imperativa exigencia y correspondiente consecución. Función de la jurisprudencia que vuelve a destacar, como hemos de ver, al reformarse el recurso de casación (118) y, muy destacadamente, al publicarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

IV. SISTEMA Y JURISPRUDENCIA

La pretensión de que la jurisprudencia sea reconocida como fuente formal de Derecho ha sido defendida y propugnada, entre otras razones, como reacción contra la Escuela de la exégesis, al resaltarse que el sentido literal de la Ley no lleva a lugar útil alguno, debiendo, pues, buscar la adecuación del texto legal a las circunstancias de tiempo y de lugar, que es lo que permite dar eficacia y utilidad al Derecho. Y como tal función la desempeñan Jueces y Tribunales, es natural que se reclame para ellos la debida valoración. De ahí se ha pasado a considerar que si la Ley era Derecho por mor de los Tribunales, quienes hacían Derecho eran los Tribunales mismos. Concepto de *Law in action*, tan caro a los sistemas anglosajones.

La tesis ha tenido también entre nosotros autorizados defensores, destacando entre ellos PUIG BRUTAU (119). Esta tendencia, que tampoco es

Lo producido me revela el modo de proceder, y no a la inversa. En lo producido están los elementos del modelo que remite a la estructura» (HERNÁNDEZ GIL, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Autor, 1975, págs. 177-178).

(118) Ley 34/1984, de 6 de agosto (B.O.E. núm. 188, de 7 de agosto; corrección de errores, B.O.E. de 9 de enero de 1985), de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(119) LALAGUNA ha planteado la razón de ser de la cuestión en nuestro Derecho histórico, señalando que la polémica se inicia con motivo de la publicación del Código Civil, que no señalaba la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, pareciendo que se debilitaba su valor al señalar como motivo de la casación la 'doctrina legal'; polémica que exageraba el valor previo reconocido a la jurisprudencia, que no es mencionada entre los tratadistas como fuente del Derecho», siendo difícil su existencia ante la prohibición de fundamentar las sentencias. «Lo que entonces se discutía era el valor de la 'doctrina legal' (que en el lenguaje jurídico de la época se confunde con la doctrina de la jurisprudencia)... Frente a quienes acentuaban la desigual autoridad ante los Tribunales de la Ley y de la 'doctrina legal' se subraya que una y otra tienen en el ámbito procesal... la misma eficacia. La publicación del Código Civil no cambia los datos del problema... Sin embargo, a la luz de la doctrina de las fuentes establecida en el Código, la *vexata quaestio* venía a ganar en precisión y claridad... parece que el problema del valor

realmente incompatible con la que se proclama desde la preferencia de la Ley, tiene un adecuado sentido, con doble alcance. De un lado, frente a un formalismo absurdo por vacío, que cierra los ojos a la realidad, se quiere prescindir de la labor judicial, ignorando lo que en efecto se realiza. De otro lado, la aseveración de que la jurisprudencia es fuente del Derecho no hay que entenderla en los propios términos en que se afirma (120). Cuando PUIG BRUTAU plantea la cuestión, lo hace claramente: en la alternativa gobierno de Leyes y gobierno de hombres, aquél es el más adecuado por objetivo; pero las Leyes las aplican los hombres. En esta labor, ¿hasta qué punto los hombres hacen las Leyes? No se ignora, porque no se puede ignorar, además, la ineficacia de la jurisprudencia como fuente formal. Lo que se propone es reconocer la realidad material, que en las sentencias encontramos criterios normativos que bajo la excusa de aplicar la Ley no se parecen en nada a ésta. «Cuando alguno de los *legal realists* afirma que es Derecho lo que hacen quienes están encargados de aplicarlo, no pretenden que desaparezca el carácter normativo de las reglas generales y el sentido orientador de los ideales de justicia, sino que se trata de lograr que éstos se encarnen en la realidad... Los más relevantes principios de justicia sólo se convertirán en Derecho según lo hagan quienes estén encargados de su aplicación... No se trata, pues, de una confusión entre *el ser* y *el deber ser*. Incluso más allá del realismo jurídico, ciertas tendencias... tratan de hallar una base firme para desarrollar una eficaz actividad normativa» (121).

Aquí es, precisamente, donde se encierra la pretensión verdadera; pero también, en mi opinión, el error de apreciación.

de la jurisprudencia como 'fuente' de doctrina legal no se modifica con la promulgación del Código... En todo caso, si existe cambio, éste no tiene signo negativo...», pues el reconocimiento de los principios generales del Derecho proporcionaba, por mor de la interpretación, ancho campo a los tribunales, que no serían 'fuente', pero sí fuente de manifestación de la 'doctrina legal' (LALAGUNA, E.: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, págs. 118-119. DE CASTRO: *Derecho civil*, citado, I, págs. 429-432).

(120) «En ningún sistema moderno el legislador juzga ni el Juez legisla... Pero lo que no se puede desconocer es que en el ejercicio del poder judicial su propia dinámica produce normatividad jurídica, particular o general...». Admitir esto no supone «autorizar al juez a vagar a su capricho por los anchos campos de la arbitrariedad, o de los postulados de la escuela del Derecho libre, del conductismo judicial (Derecho es lo que *hacen* los Jueces) o del puro hacer desvinculado del orden jurídico objetivo. Tanto el automatismo como la desvinculación son posiciones erróneas... El proceso de aplicación de la norma por decisiones judiciales es un proceso de creación *a posteriori* y de una creación nueva constante, en el que el Derecho objetivo se hace *real* como espíritu objetivo, en virtud de la conciencia subjetiva del Juez —conciencia subjetiva que, sin embargo, se vuelve a orientar, a su vez, hacia la norma...—» (DE LA VEGA: *Teoría*, cit., páginas 87 y 96-97, con referencia a LARENZ: *Metodología*, pág. 126).

(121) PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, págs. 8-9.

Porque no se puede confundir la jurisprudencia, concebida como línea de interpretación de un texto legal, que, aunque cambiante por los tiempos, manifiesta su propia coherencia y su continuidad, con el decisionismo judicial. Con éste, se olvida que el Derecho es modo social y se pretende identificar con el acontecimiento total, constante, cotidiano, variable y variado, olvidando que es característica de lo normal de la conducta la diversidad de sus situaciones concretas, particulares, individuales. Pretender una identificación entre la norma y el acontecer determinado y concreto o es ignorar el Derecho o es pretensión de desconocer la realidad singular de lo concreto. Fijar la atención en la *norma del caso*, aparte de ser una contradicción, expresa una pretensión imposible, que llevada a su extremo disuelve el fenómeno social, que se pretende ver entonces a través del prisma de todos y de cada uno de sus elementos componentes. Se logra el detalle de lo particular, pero se impide apreciar la correspondencia entre esos particulares, que es lo que permite captar el todo. Analizar las células del organismo una a una, nos ofrece la realidad de cada célula, pero nos impide ver la realidad del organismo como un todo, que es lo que, llevado al Derecho, interesa como fenómeno social.

Decir así que *el Juez*, que formula decisiones concertas, confecciona reglas generales, parece, así planteada la cuestión, un contrasentido, pues inducir del uno al todo lo que menos puede lograr es pleno error, que es el riesgo de la inducción. Y cuando de la observación de muchos afirmamos un todo estamos ya dentro de lo que es norma, salvo prueba en contrario. Si estimamos enmarcada la normalidad más general, ésta no es incompatible con concreciones diversas, y si viene en resultar que todas éstas niegan aquélla, es obvio o que elaboramos otra norma o concluimos en que la existente se incumple (122).

Pero afirmar que *algunos Jueces*, en su sentencia, al fijar un sentido al texto legal, señalan una norma de conducta, no es un contrasentido. Yo pienso que cuando se defiende la jurisprudencia como fuente del Derecho, aunque se alude a la función *del Juez*, se piensa en la de ciertos

(122) Pretender que quien mira lo concreto formula reglas generales parece, así planteada la cuestión, un contrasentido, pues inducir del uno al todo lo que menos puede lograr es el pleno error, que es el riesgo de la inducción. Y cuando de la observación de muchos afirmamos el todo, estamos ya dentro de lo que es norma, salvo prueba en contrario. Si estimamos encaminada la normalidad más general, ésta no es incompatible con concreciones diversas; y si viene en resultar que éstas niegan a aquélla, es obvio que hemos de elaborar otro criterio de norma. Ya lo había indicado HEGEL al señalar que 'los aspectos parciales de la acción son comprendidos en virtud de las respectivas causas, pero la relación recíproca entre ellas —relación que representa el núcleo esencial de lo que en concreto existe— no está contenida en las causas singulares. Esta relación, que es el todo como síntesis esencial (*wesentliche Einheit*), reside sólo en el concepto, en el fin' (BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 141-2, nota 9).

Jueces, en concreto de aquellos que por estar situados en el trámite en que se agota la instancia judicial, con su opinión sentenciadora fijan el alcance del texto normativo. Que tiene, por razones prácticas, mayor alcance que el propio texto de la Ley, pues es aquél el que se utiliza. Pero a esto no debemos llamarlo crear Derecho, pues esos Jueces, en todo caso, vienen obligados a fundamentar su opinión en conexión con el texto legal que se invoca. Y por mucha que sea la distancia entre sentencia y norma que se usa como fundamento, la conexión tiene que darse. A un Juez no le cabe «inventarse» la norma para después deducir la conclusión. Y esto es crear (123); lo demás es interpretación vitalizadora, plasmando la jurisprudencia formalmente lo que la sociedad elabora materialmente.

Creo que ésta es la orientación que siguió la reforma del Título Preliminar: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (124). Aunque se criticó la fórmula, la aclaración de la Exposición de Motivos (125) parece muy consecuente, pues rechazando el carácter de fuente del Derecho para la jurisprudencia indica su relevancia: desarrollar el significado posible de la norma; tomar lo existente y llevarlo a su plenitud; convertir la semilla en planta plena, y porque esas posibilidades se encierra ya en la norma es que no es posible excusar el fallo. De ahí su «cierta trascendencia normativa», porque va más allá del caso concreto cuando, en la reiteración de los fallos, se plasma un significado contenido en la Ley o en la costumbre, etc. Su trascendencia normativa no es «cierta fuerza vinculante», pues tal carácter vinculante no deriva de la propia actuación judicial, sino del desarrollo que ésta hace de la norma previa.

«Si los Jueces y Tribunales elaboran Derecho, es decir, aplican normas extrapositivas o extraformales, no se constituyen por ello en legisladores, no realizan función legisferante, no dictan normas generales... Las decisiones del Derecho judicial del caso —dice HENKEL— contienen un conjunto de proposiciones jurídicas y de pautas, que coexisten junto al Derecho legal y al consuetudinario para el enjuiciamiento jurídico de los comportamientos humanos socialmente relevantes, y si bien el proceso de conocimiento es distinto..., ello no le quita su carácter vinculante

(123) Que en la teoría judicial del *common law* las sentencias no tienen que ser fundadas ni congruentes, por lo que entre principio y fallo no tiene que darse relación alguna *expresa* (aunque siempre está subyacente), también fue conocido entre nosotros (Real Cédula de 13 de junio de 1778, Nov. 11, 16, 8).

(124) Lo vio muy claro DE LA VEGA al conectar la función *jurisprudencial* con los principios generales del Derecho. Distinto es, claro, que por razones políticas un poder judicial no asuma, en cambio, su labor.

(125) Ver *supra*, nota 46.

parejo... La jurisprudencia, como obra y resultado del ejercicio del Poder Judicial..., no puede actuar como poder legisferante y, en consecuencia, no crea, elabora o produce normas de alcance general. En este sentido no es fuente formal de Derecho. Así lo marca la competencia constitucional y así lo dice el Código Civil. Es, además, la doctrina y la tesis correcta: el Juez no puede estatuir *generaliter*» (126). Sin perjuicio de admitir que el proceso dialéctico «hecho-Juez-norma» cree o realice el Derecho, «lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico no está constituido sólo por Leyes o las costumbres, sino por la concepción social de toda una comunidad, conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia de aquélla. Allí es donde el Juez, que pertenece a esa comunidad, ha de encontrar la norma —de no estar ya positivizada— y realizar el Derecho correcto y justo» (127).

Pero esta función de crear o aplicar el Derecho ni debe hacerse así ni, a partir de la Constitución, es tan aparentemente *raquítica* como se pretende.

Difícilmente puede el Juez ir a buscar normas fuera del ordenamiento jurídico, que es lo que se dice cuando se afirma que el ordenamiento se integra también por el conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia. La afirmación, en apariencia elemental, necesita de precisión, por cuanto en ella está insito todo el problema de las relaciones sociedad-Derecho, dando la impresión de que éste es receptor pasivo de precipitados sociales, siendo el Juez el encargado de recogerlos y, por ello, de *juridificarlos*, luego creando el Juez Derecho (128).

(126) DE LA VEGA: *Teoría*, cit., pág. 91.

(127) *Ibidem*, pág. 97.

(128) Es la tesis del realismo jurídico norteamericano, que lleva a convertir a los Jueces en receptores de los intereses que dominan la sociedad. Se trata de indagar el significado de la norma, de captar lo que todavía se viene denominando la *voluntas legis*, aunque es mejor hablar de *ratio legis*, que excluya la connotación psicológica del término voluntad, pues «si las formas representativas que constituyen el objeto de la interpretación son esencialmente objetivaciones del espíritu y, en particular, manifestaciones del pensamiento, es claro que éste debe ser entendido según aquel espíritu que en ellas se ha objetivado según el pensamiento que se ha manifestado, no según un espíritu o pensamiento diverso, y de ningún modo según el significado que pueda venir atribuido a la nuda forma, cuando se haga abstracción de la función representativa a la que ella sirve respecto de aquel espíritu y de aquel pensamiento (BETTI: *Interpretación*, cit., pág. 32). Es, en suma, la aplicación del método histórico, la búsqueda del sentido de la norma en el momento en que tuvo nacimiento, sin añadirle o introducirle nuestro propio y actual criterio, cuando menos una creencia o un deseo. Solamente si se conoce el exacto sentido que ha tenido la norma al surgir con carácter vinculante es posible proyectar su aplicación. Si no se cumple con esta fundamental exigencia, podremos aplicar un imperativo, pero no, ciertamente, el contenido en la norma de que se trate, desfigurándose así la propia labor hermenéutica. En esta tarea el método dialéctico ofrece enormes beneficios, por cuanto siendo la investigación histórica de antecedentes la búsqueda del mayor número posible de los datos presen-

Actuando de aquella manera desvirtuamos la naturaleza de lo jurídico en el plano formal, elemento que tiene gran relevancia, pues sin él confundimos lo que es Derecho con lo que no lo es. Ningún inconveniente existe,

tes en aquella instancia, de la cual no podemos sino hacernos las representaciones mentales más pertinentes, pero no siempre la total identificación, la correspondencia entre los diversos factores permite señalar las tendencias dominantes y preponderantes, a las cuales ha debido responder la norma de conducta.

Tal indagación del significado histórico normativo solamente puede, pues, captarse si se considera y valora el ordenamiento todo, del que el precepto concreto es simple articulado, pues ninguna norma se encuentra desconexada de las demás como expresión independiente de un único criterio; sino que, muy por el contrario, se reclaman unas a las otras para, sin perjuicio de su particular sentido, ofrecer la unidad del todo, de la misma manera que el significado del todo deviene en imprescindible para alcanzar el sentido particular de la norma. Captar la comprensión del *entramado normativo* supone el empleo del método lógico, porque las mismas normas están ligadas entre sí por nexo de igual naturaleza, que las subordina y coordina. Naturalmente, no se defiende el logicismo, sino el uso lógico para indagar significados que se expresan con medios respecto de los que la lógica puede, señalando disparidades y similitudes, relaciones propias y exclusiones adecuadas, indicarnos el derrotero que permita al hermeneuta adentrarse en el oculto sentido, que, así, se exterioriza evidente. Que es lo que no captan las orientaciones decisionistas, que se pierden en el nexo entre norma y su individualización, efectuado precisamente mediante el engarce lógico, pretendiendo que la aplicación directa de un valor sentido por el Juez es aplicación de la norma, sin apreciar debidamente que, aunque así pueda resultar en apariencia, dicho juicio de valor no es sino la conclusión o reconocimiento que surge por apreciación hallada en el dato fenoménico.

Tampoco se trata de una proliferación axiomática, en el sentido de Vico, sino del empleo del axioma, en cuanto expresión de una totalidad en que la concreción tópica encaja, y allí donde el axioma puede funcionar. Pero siempre con exclusión de la irracionalidad. Es verdad que cuando se alude a la selección de las «premisas» como factor aleatorio nada extraño se arguye, pues el parte del criterio fundamento-consecuencia el riesgo, y el consiguiente error, en la captación de los elementos fundamentales. Pero sí debe reclamarse luego una correspondencia adecuada entre dichas «premisas» y la conclusión a que llevan. Aquella selección no puede considerarse como arbitraria decisión —no es así, regularmente, incluso cuando ante casos muy similares nos encontramos con conclusiones diversas: la selección de las «premisas» iniciales ha sido también diversa—. El carácter decisionista del juicio lógico solamente es dable, y debe defenderse, cuando, por pretender un logicismo formal, viniese en resultar una conclusión absurda; esto es, la interpretación es finalista.

Por ello, una vez aprehendido el sentido original normativo debe tomar en consideración los cambios surgidos en la orientación normativa. Porque en tal actividad heurística no es dable la pasiva contemplación del significado objetivo alcanzado, sino que es menester darle traslado al momento en que el propio intérprete se encuentra, pues la finalidad de la norma es aplicarse, reviviendo aquella experiencia pasada que se convierte en el presente, lo que reclama la oportuna adecuación. Debe así integrarse el pensamiento normativo para que el criterio de conducta nacido en el pasado adquiera vigor en el presente. No se trata, pues, de «pensar lo ya pensado», sino de llevar el pensamiento al final consecuente del proceso del pensar. Solamente así es dable considerar la presencia de un ordenamiento como entidad completa, pero nunca completada, pues sólo mediante la actualización del entender es dable la autointegración del espíritu objetivo normativo por el recurso analógico (cfr. art. 4.1 del Código Civil); que es la función que compete al intérprete ante esas *lagunas*, porque el Juez, en su tarea cotidiana,

ciertamente, en admitir que aquellos hábitos y tradiciones, innovaciones incluso y, destacadamente, el sentido y el sentimiento de justicia, sean parte del ordenamiento jurídico, pero siempre y cuando ese ordenamiento así lo establezca (129).

no llena huecos legislando. Cuando el artículo 4, Z.G.B. asigna al Juez la función de, ante una laguna legal, actuar como lo haría si fuese legislador, no está erigiendo al Juez en poder legislativo, sino indicándole que indague el sentido del ordenamiento y luego integre en esa laguna la precisión normativa ausente en su expresión concreta, lo que es muy distinto de que el Juez haga lo que le parezca según su capricho; se trata de que haga lo que le *aparezca*, conforme con todo el esquema simétrico del ordenamiento. Es aquí donde adquiere todo su relieve una metodología sociológica, no en el sentido de la pretensión de los realistas, de que el Juez o el intérprete miren directamente a la sociedad e indaguen los intereses preponderantes, para luego erigirlos en norma —sentido del Juez legislador—, sino que deben hacer sociología para poder comprender el sentido del ordenamiento todo y entonces, captando qué de la sociedad se integró en la hipótesis normativa y cómo se integró, actuar en consecuencia. A esta consideración responde el artículo 1.6 del Código Civil cuando remite a la jurisprudencia la función de *complementar* el ordenamiento, que se entiende completo (cfr. HERNÁNDEZ GIL: *Génesis*, cit., pág. 15), no en el sentido mecánico y simplista que lo califica como suficiente y universal, sino considerado como resultado o punto de llegada del proceso de integración, expresando una autointegración orgánica y teleológica (CARNELUTTI).

(129) Y eso incluso, como bien dice DE LA VEGA, aunque junto a una tradición conservadora, hay siempre otra progresista. Es en este sentido que debe reconocerse en la interpretación un carácter creador. Como resalta BETTI: «... debe uno preguntarse si la interpretación integradora de normas con lagunas (máximas que la analogía opera con la ayuda de principios generales) tenga carácter de creación originaria o independiente, o derivada secundaria y complementaria; si es una creación (nomogénesis) libre, espontánea y en este sentido arbitraria, o por el contrario subordinada y vinculada a la totalidad del sistema jurídico, como organismo concatenado de normas, tanto como a las exigencias del ambiente social y de las relaciones en cuestión. Así planteado el tema debe ser resuelto en el segundo sentido de la alternativa, porque aunque debe servir para colmar deficiencias de normas y para a través de la analogía devenir en máxima decisión, la interpretación permanece sujeta siempre a las valoraciones inmanentes y latentes en el ordenamiento jurídico, encuadrado él mismo en el ambiente histórico y sociológico en que vive.

»Pero aunque se mantenga este carácter subordinado y vinculado de la interpretación integradora, es evidente que viene a colocarse en el mismo plano que la restante interpretación jurídica, de la que no la separa ninguna diferencia esencial. Esta, en efecto, no es nunca, si quiere cumplir su tarea, una repetición mecánica y una traducción literal de las normas abstractas, en orden a una pura y simple 'subsunción' en ellas de los supuestos a decidir... Al contrario, tal interpretación tiene siempre el oficio de vivificar mediante un incesante repensamiento, de actualizar y de volver a plantear de nuevo —siguiendo paso a paso el desarrollo de la vida social— las expresiones y las formulaciones superadas, confiriéndolas su verdadero valor, sin separarse y sin prescindir del significado originario, adaptándole lo mejor posible conforme a las exigencias de la actualidad, pero dentro del marco del sistema. Y en todo caso semejante vivificar, actualizar y volver a plantear de nuevo, hallándose siempre ligado por un nexo de dependencia y de subordinación con el sistema vigente en su intrínseca coherencia, no es más que un actualizar en su virtualidad, un volver a formular en su sustancia aquellas máximas que ahora vienen por primera vez formuladas, tanto que tal formulación

El artículo 1.1 del Código Civil pretende precisamente delimitar formalmente el ordenamiento, al concebirlo alumbrado por tres órdenes diversos: Ley, costumbre y principios generales, órdenes que quedan sujetos a identificaciones formales (la Ley, por su proceso de creación y promulgación; la costumbre, cuando resulte probada y responda a sus requisitos de fondo, pues le dan forma, y los principios generales del Derecho, en cuanto fuente de tercer grado, mediante su recepción en la doctrina legal susceptible de invocarse en casación). La omisión de toda referencia a la

tiene alcance retroactivo respecto de la concreta relación litigiosa a la que la decisión se refiere.

»Se entiende, sin embargo, que a esta visión dinámica de la interpretación no puede nunca llegar el que, identificando la declaración legislativa con el documento de aquélla —esas normas en el papel a que se refería LLEWELLYN: *The Constitution as an Institution*, C.L.R., 1934, págs. 7 y ss., y *Law and Social Sciences*, H.L.R., 1949, págs. 1291 y ss.—, «niega que pueda ser objeto de otra cosa que una operación mental dirigida a conocerla, no ya a ‘aplicarla’ ni a modificarla, afirmando que sólo la norma puede ser aplicada, esto es, ‘desplegada’ e integrada en un comportamiento conforme; y negando, no obstante, que la llamada integración puede tener como resultado el modificar la norma, sino sólo el de crearla *ex novo*, afirmando que esa creación ‘puede definirse solamente en modo negativo’ como precisión (!) de la declaración legislativa» —la *legislación intersticial* de, por ejemplo, ROSCOE POUND— «y concluyendo que sólo cuando el entender lleve a la ‘formulación de una norma’ se podría decir que el intérprete participa en la creación de la norma, como si la formulación de una máxima pudiera operarse sin la ayuda racional de criterios directivos» (BETTI: *Interpretación*, cit, páginas 138-139).

Precisamente porque el intérprete, destacadamente el Juez, decide, su actividad queda limitada, y es su grandeza, a ser actividad creadora por serlo espiritual; pero no alcanza la energía de creación autónoma, originaria o libre y caprichosa. Es inventiva en el sentido que hace el hallazgo del precepto a interpretar en su significado adecuado; elabora y crea ‘máximas de decisión’, «máximas que no podrán ascender a normas jurídicas sino en virtud de una fuente de Derecho, que opera su recepción, o, si se quiere, absorción, en el *ius conditum*, tanto que ése se manifieste en formas consuetudinarias, o que se hallen codificadas» (BETTI, *op. cit.*, pág. 139). Es éste el sentido que se encierra en el artículo 3.1 del Código Civil al señalar que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Y se explica también que la jurisprudencia complementa el ordenamiento «al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (art. 1.6 del Código Civil), porque se le niega energía para crear ella misma Derecho, no siendo, pues, fuente.

De lo dicho deriva que el arbitrio del hermeneuta no es pura discrecionalidad para la elección de la ‘premisa’ que funde su ulterior decisión. Porque bien esa discrecionalidad se considera en el sentido de remitirse a reglas ajenas al Derecho —v.gr., los criterios técnicos de una profesión o ciencia—, respecto de los que el intérprete asume una actitud enteramente pasiva, o porque, en otro caso, se trata de una discrecionalidad técnico-jurídica, que es parte del proceso de interpretación. «Aquí la ulterior apreciación a que es llamado el intérprete sirve para adaptar y especificar la norma en la variabilidad de los supuestos de hecho y a especificarla en función de la determinación (y apreciación) del tipo concreto» (BETTI, *op. cit.*, pág. 148). No hay solución de continuidad entre «la apreciación, en cuanto vinculada, y el diseño de racional coherencia que informe el complejo de las nor-

forma significaría que cualquier hábito, tradición, etc., podría identificarse como Derecho, y así no funcionan hoy las sociedades. Si la Ley, la costumbre, los principios generales, imponen, reenvían o se remiten a esos hábitos y tradiciones, es claro que los mismos forman parte del ordenamiento. Y el Juez deberá informarse en ellos para aplicarlos. Si tal referencia no se da, parece que debe negarse al Juez tal posibilidad. Cuando Díez-PICAZO (130) hace referencia al Juez MAGNAUD, diciendo de él que «nadando contra corriente y decidiendo según sus peculiares ideas de vida, no es un buen Juez», hecha abstracción de que MAGNAUD nunca actuó así (fue, sin más, un reactivo contra la exégesis, pero sus actos y decisiones siempre estuvieron bien fundados legalmente, aunque obtuvo de la letra el máximo rendimiento), tiene razón en su opinión: el Juez es oráculo de la comunidad, siendo el *iustum* idea social; pero no un oráculo de cualquier cosa, ni es *iustum* cualquier idea social.

Mayor poder otorga, no obstante, la Constitución para ir por aquel camino, no en labor de creación del Derecho, sino en trámites de una aplicación que tiene trascendencia general, aunque no tenga que implicar legislación judicial (131). Mediante la exigencia de constitucionalidad de la Ley, de la costumbre, de los mismos principios generales del Derecho,

mas en su abstracción. La solución exacta, esto es, conforme a la valoración legislativa es —al menos en teoría— una sola. Consideraciones de oportunidad no son admisibles, ni tampoco el uso de medidas diferentes. El criterio de decisión es necesariamente idéntico en un determinado momento histórico o con referencia a una misma situación de hecho... Ello hace que el resultado de la apreciación sea unívoco, previsible...». «No se desconoce por los escritos más recientes que en el fundamento de la norma se halla una valoración comparativa de intereses en juego, y que la norma muestra 'al preferir un interés al otro, o el resultado directo de la valoración de aquellos intereses, o un medio necesario para actuar el fin de la norma' misma. Pero se considera, por una prevención del todo injustificada, que en materia de hermenéutica el criterio de valoración comparativa de los intereses, teniendo su sede en el momento teleológico de la norma, no tenga razón de explicar el filtro crítico y el control a que es llamado respecto del resultado del 'criterio lógico', sino en vía supletoria, 'como útil correctivo para corregir en sus justos límites el contenido de la norma' y esto cuando ésta, 'en la elección de los medios a adoptar para conseguir su fin, se haya ido más allá de cuanto era requerido por el mismo'. Pues bien, con esta admisión a medias todo resulta más incoherente e inconsecuente. Se enfrenta con un dilema insuperable, con la presencia e importancia del momento teleológico, se admita o se niegue, porque si se admite que no se puede sin incoherencia reconocer legítimo *secundum eventum* el criterio de valoración comparativa de los intereses, legítimo por cuanto su control lleva a corregir el resultado del llamado 'criterio lógico'; no ya legítimo, o generalmente inoportuno, cuando a la inversa lleve a confirmarlo, porque sólo en la primera hipótesis se tendría una 'obra apunzaladora', en cuanto iluminar eventuales excesos, que no podrían ser fácilmente vistos con el solo criterio lógico. Para poder ver cuando el resultado debe ser correcto, o cuando no, es preciso que el filtro crítico y el control por obra del criterio teleológico funcione en todo caso» (BETTI, *op. cit.*, págs. 257-258).

(130) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, cit., pág. 189.

(131) Que, como veremos, puede tener ese alcance.

se ofrece al Juez un enorme poder de adecuación normativa, moviéndonos siempre dentro del ordenamiento. Porque si, como quedó dicho, del ordenamiento forma parte la Constitución, y la misma es generosa en remitirse a un conjunto de conceptos que reclaman constante precisión y determinación de su *total alcance*, no hay inconveniente alguno para que ese Juez efectúe los reclamos imperativos, a que viene obligado (132), para que la norma inferior recoja y plasme en su articulado dichos principios.

Que tales principios pueden entenderse de alcance y significado diverso según momentos, es claro; pero siempre la conciencia social manifestará ese abanico probable de significados, respecto de los cuales, bajo el enfoque que aquí se defiende, la justiciabilidad de la norma supondría reclamar el mayor alcance que permiten las fuerzas productivas del país, aun cuando las relaciones de producción vayan, naturalmente, retrasadas; admitiendo ciertamente disparidades en la apreciación del estadio alcanzado por esas fuerzas productivas, que es parte de la dialéctica del conocimiento y de la dialéctica de la vida. Porque debe recordar el Juez que de todos los organismos constitucionales de control de esa constitucionalidad, el único políticamente desvinculado lo es el poder judicial. Aquí, naturalmente, la calidad y el temple humanos adquieren toda su trascendencia.

El beneficio de este criterio es que siempre nos movemos en el campo del Derecho sin salirnos nunca de él. Estructurado el ordenamiento como un sistema armónico y coherente, no se presenta hermético, sino abierto a todas las posibilidades que pueda ofrecer el desarrollo de la vida. De ahí que se pueda predicar del mismo su *plenitud*. Con la ventaja adicional que ya no cabe la excusa de ser los principios simplemente programáticos —argumento constante de nuestra judicatura para eludir problemas políticos, aunque haciendo política por no hacer Derecho, con olvido de ser el judicial otro poder—, pues no solamente el Preámbulo de la Constitución, sino todo su articulado recoge la existencia y presencia de dichos principios: «... los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil—, que debe ser así interpretado de acuerdo con los mismos» (133). Hacerlos posibles por ser probables es, en los marcos jurídicos, función judicial. Este efecto, que se ofrece eficaz *en y sobre las normas generales*, se manifiesta prácticamente (pero veremos que también formalmente como actividad legisferante).

(132) Artículo 9.1 de la Constitución.

(133) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981.

No parece, pues, que la reforma del Título Preliminar fuese innecesaria, ni viene en resultar anticuada o de igual eficacia que la redacción anterior, ni se incide en positivismo. Muy por el contrario, combinados Constitución y Título Preliminar, parece meridiano lo que, antes de la Constitución, se forzaba como interpretación deseada y deseable por algunos sectores: se adopta un moderno sistema, que sin dificultar un orden conveniente en las fuentes del Derecho, puede ajustarse constantemente a la realidad y, por consiguiente, al máximo de justicia posible. Y, desde luego, los principios generales del Derecho no son «meramente informadores», sino que apuntados intensamente en la Constitución, así en su Preámbulo como en su articulado, deben ser *necesariamente* informadores, *imperativamente* informadores, si queremos cumplir con la Constitución, con el ordenamiento todo, olvidando la función que, de hecho, han cumplido con frecuencia en nuestra Historia: excusar un pseudoiusnaturalismo que encarnaba el más cínico de los positivismos.

V. CONSTITUCION Y JERARQUIA DE LAS NORMAS

Suele decirse entre nuestros autores, que la jerarquía de las normas se encabeza con la propia Constitución, no sólo por ser la Norma Máxima, sino porque su propio texto la sitúa como parte del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución). Se la califica de Ley de Leyes y se reclama para ella el tratamiento de la Ley.

Sin embargo, calificar a la Constitución como Ley no sólo es degradarla, sino ignorar su propio contenido, porque los artículos 81 y siguientes de aquélla se refieren a las Leyes como normas emanadas del Estado, mientras que la Constitución no emana del Estado, sino del Pueblo soberano, quien, precisamente por serlo —en la teoría constitucionalista, es claro—, hace que de él emanen todos los poderes, uno de los cuales es el de legislar.

Pueblo y Constitución parece que quedan por encima de las Leyes, de donde, esto es obvio, la Constitución no es una Ley. Lo cual no es obstáculo alguno para reconocer que la Constitución es parte del ordenamiento jurídico, porque no se integra sólo de Leyes o normas de inferior rango, sino que también incluye en su concepto los *presupuestos* o *postulados previos fundamentales*. Y éste es el sentido que debe darse, creo, al artículo 9.1 de la Constitución, cuando somete a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (134), que es decir

(134) LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, 1979, págs. 9 y ss. GARCÍA HERRERA, A.: «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución», mismo lugar, págs. 95 y ss.

que dichos poderes quedan vinculados a los presupuestos fundamentales del ordenamiento y al *resto* del mismo, resto formado por la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho de naturaleza subsidiaria —pues los informadores de la Constitución se integran en los propios presupuestos— o informadores de ese resto del ordenamiento.

Que la Constitución es presupuesto del ordenamiento y no se confunde con el resto explica la presencia de un organismo separado, el Tribunal Constitucional, como ente dedicado exclusivamente a velar por el mantenimiento de la pureza constitucional en el resto del ordenamiento jurídico. Función para la cual es intérprete supremo y exclusivo de la misma, así como de los principios que la informan.

En cuanto presupuestos fundamentales, el resto del ordenamiento debe responder íntegramente a ellos (Constitución, principios informadores de la misma), a cuyo fin se explica que la Ley debe ser conforme con la Constitución (recurso previo de inconstitucionalidad, hoy derogado; el propio recurso de inconstitucionalidad); que lo sea, igualmente, la costumbre (conforme con el orden público constitucionalmente establecido), y que lo sean los principios generales del Derecho que informan y subsidian al resto del ordenamiento (cuya garantía se manifiesta, así por el trámite de la casación, si son subsidiarios, o por el propio recurso de inconstitucionalidad cuando son informadores de Ley o costumbre, que por «mal informadas» devienen en inconstitucionales por sus principios).

Tiene entonces sentido que al —valga la expresión— poder escindir el ordenamiento todo en dos vertientes, sean dos las jurisdicciones existentes: a) La vertiente de la Constitución y sus principios, cuya protección es inherente a la jurisdicción constitucional. b) La vertiente del resto del ordenamiento jurídico, cuya garantía es propia de la jurisdicción ordinaria.

a) JURISPRUDENCIA Y JURISDICCIÓN

Nuestra Constitución, a diferencia de lo que era dable pensar al momento de la entrada en vigor del nuevo Título Preliminar del Código Civil, presenta a la jurisprudencia desdoblada y especializada con relación al ordenamiento. Para la manifestación constitucional de éste se organiza el Tribunal Constitucional, mientras que corresponde al Tribunal Supremo, Juzgados y Tribunales atender la manifestación del resto del ordenamiento jurídico.

1. *Jurisdicción constitucional*

El artículo 123 de la Constitución remite en exclusiva al Tribunal Constitucional la competencia «en materia de garantías constitucionales». Y los artículos 159 y siguientes del mismo texto indican cuáles son esas garantías:

a) La garantía que asegura la constitucionalidad de las Leyes (135), por el recurso de inconstitucionalidad, al que se refiere el artículo 161.1, a), de la Constitución, así como, con igual fin, por el trámite de la cuestión de constitucionalidad, previsto en el artículo 163 de la Constitución (136).

b) La garantía que asegura el comportamiento conforme con la Constitución, en cada caso concreto, de actos y normas que puedan infringir derechos y libertades fundamentales, reconocidos en la Sección 1.^a del Capítulo II, Título I, de la Constitución (137), así como en el artículo 14 (138), en los casos y formas que la Ley establezca —lo que debe entenderse respecto al ejercicio de tales derechos, sin posibilidad de restringirlos, aunque quizá no se esté realizando así en la legislación desarrolladora (139)—.

(135) Derogado el recurso previo de constitucionalidad, precisamente buen exponente de ser la constituyente juego político y que la Constitución está por hacerse en las leyes orgánicas (entre otras).

(136) Artículo 161.1, a), de la Constitución: «El Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Artículo 163 de la Constitución: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos».

(137) La Disposición Transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, por la que se crea el Tribunal Constitucional (B.O.E. de 5 de octubre, núm. 239), extiende el ámbito de aplicación de dicha Ley a todos los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución.

(138) Y sus concordantes, aparte que la Constitución, por su propia *vis*, no agota los derechos y libertades en los enunciados en su texto; se pone en contacto con los Tratados internacionales, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cualesquiera otros que, por impulso de sus principios generales, puedan ir plasmando según evoluciona la sociedad (cfr. LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, 1979, págs. 9 y ss., en concreto págs. 28-33). Por consiguiente, puede decirse que cuando ello sea cierto y una simple probabilidad constitucional, quedaremos bien servidos. No parece ser, por ahora, la situación, visto el Informe de la Asociación Española Pro Derechos Humanos correspondiente a 1985.

(139) «La crisis económica ha desmentido las predicciones de los teóricos adeptos al capitalismo acerca de la posibilidad de que asumiera sus contradiccio-

c) La garantía que asegura la solución constitucional de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que nos es por ahora irrelevante (140), y entre los poderes del Estado.

Son así, en principio, dos los frentes que se ofrecen para el cumplimiento de la Constitución y de sus principios generales: a) el de la defensa general contra disposiciones de igual alcance, y b) el particular y concreto de defensa del individuo frente a actuaciones específicas que se aparten de modo de actuar constitucionalmente mandado.

A. El riesgo de una norma inconstitucional se regula en la propia Constitución de manera incongruente, porque aunque la dicha Constitu-

nes. Los acontecimientos de la última década han estado marcados por el crecimiento de las reivindicaciones de masas y por el aumento y denuncia de las incapacidades del sistema para dar una respuesta satisfactoria a las exigencias planteadas. Como reacción se ha intensificado el control social y restringido las autonomías toleradas a fin de recomponer la funcionalidad del sistema. Las clases dominantes han puesto en marcha toda una serie de mecanismos que intentan perpetuar el proceso de valorización del capital, rebajando el nivel de libertad alcanzado y desintegrando la sociedad para reducir al individuo a la indefensión generando su aislamiento por medio de la coacción ejercida por el poder.

»Como ha puesto de relieve PREUSS, en la estructura del Estado constitucional se contiene de forma simultánea y ambivalente la democracia en cuanto posibilidad de creación consciente de los ciudadanos de la sociedad y la dictadura en cuanto imposición de un orden jurídico basado en criterios individuales-posesivos que se sobrepone al conjunto social, constituyendo la sociedad *a posteriori*. Si aun en períodos de optimismo económico se ha pretendido potenciar el aspecto de individuos-nómadas, es obvio que en un período de crisis se acentuará hasta el paroxismo la faceta dictatorial que desintegra a la sociedad y concentra las energías en el vértice.

»No pasan los derechos y libertades por una fase de buena salud. Por el contrario, asistimos a una agresión constante contra sus contenidos, comprobable en la aplicación generalizada de una terapéutica anticrisis consistente en la promulgación de una legislación dirigida a atenuar los progresivos de las declaraciones de derechos y a contener la contestación política (la *Ley Reale* en Italia, la *Ley anticasseurs* en Francia, el *Berufsverbot* alemán, la Ley de prevención del terrorismo en Inglaterra). El fenómeno de germanización trasciende las fronteras alemanas e inspira la emanación de unas normas que subvierten los valores clásicos del mundo liberal, en cuanto que se sustituye la preocupación por garantizar la igualdad y libertad formales por el deseo de conseguir seguridad, 'valor totalizante que remite al estado de necesidad, que se expresa con el lenguaje de la técnica, que diluye y subordina todas las garantías y todos los derechos'. Es toda una adhesión, incluso literal, la que ha realizado el poder en España al dictar el Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979 sobre 'protección de la seguridad ciudadana'» (GARCÍA HERRERA, M. A.: «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, págs. 95 y ss., cita precisa páginas 96-97, con referencia a PREUSS: «Tesi sui mutamenti di struttura del dominio politico nello Stato costituzionale borghese», en *Stato e crisi delle istituzioni*, Milano, 1978, y SENESE: «La función del jurista en los países del mundo occidental», en *Política y justicia en el Estado capitalista*, ed. al cuidado de P. Andrés Ibáñez, Barcelona, 1978).

(140) Sin desconocer sus implicaciones en el ámbito del Derecho civil y su relevancia para los particulares.

ción vincula a poderes públicos y ciudadanos (art. 9.1 de la Constitución), asombrosamente sólo los primeros disponen de instrumentos para prevenirle, por cuanto, según el artículo 162.1, a), de la Constitución, solamente están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad «el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas». Al particular solamente le es dable la protección contra normas inconstitucionales planteando en otro pleito cuestión de inconstitucionalidad, conforme al artículo 163 de la Constitución; recurso de eficacia relativa si no existe, en principio, *duda* en el Juez, pudiendo darse el caso *a posteriori* que el Tribunal Constitucional estimase dicha norma como inconstitucional, lo que puede ocurrir si no está en riesgo uno de los derechos o libertades fundamentales que abren el acceso al recurso de amparo. En cuyo caso, dado que las sentencias del Tribunal Constitucional afirmando la inconstitucionalidad de una norma no alteran el carácter de cosa juzgada, cabría que ciertos ciudadanos hubieren sido enjuiciados con una norma devenida luego en inconstitucional y otros no, en infracción, pienso, del artículo 14 de la Constitución, dándose así una eficacia muy particular al error de Derecho.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (141) dice en su artículo 1: «1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. 2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional». Y el Alto Organismo, en su primera Sentencia, de 2 de febrero de 1981, ratificó su competencia exclusiva y excluyente acerca de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes postconstitucionales: «el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución», mientras que respecto de las Leyes preconstitucionales, los Tribunales ordinarios, excepcionalmente, pueden, aplicando la cláusula derogatoria de la Constitución (d.d. 3), estimar dichas normas, por inconstitucionales, derogadas, ya que entonces los Jueces y Tribunales no enjuician al poder legislativo, con lo que se evita la subsistencia de disposiciones antagónicas que respondían a postulados políticos distintos a los instaurados por la Constitución. Lo que no excluye, ciertamente, que ante una disposición concerta, cuyo antagonismo no es claro, surja la duda que permita el recurso a la cuestión de constitucionalidad.

La constitucionalidad, pues, es tema exclusivo para tratarse por el Tribunal Constitucional. Luego lo es, asimismo, la interpretación que deba darse tanto a la Constitución como a sus principios generales que la in-

(141) 2/1979, de 3 de octubre.

forman o están en ella recogidos; luego exclusiva es, asimismo, la facultad para la determinación de su alcance, sentido y significado. Mas como la posibilidad de iniciar el procedimiento de contraste queda limitada a entes políticos, si estos entes políticos prefiriesen actuar inconstitucionalmente (142), el control de la constitucionalidad podría quedar en el aire. Y el único recurso eficaz ante tal situación sería la posibilidad de plantearse una cuestión de inconstitucionalidad (143), o si se tratase de actuaciones concretas con pretendido fundamento en una norma de carácter como el indicado, que, por el trámite previsto en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (144), pudiera llegarse a un pronunciamiento de inconstitucionalidad (145).

En su actuación, e inicialmente, la actividad de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional es negativa o pasiva, limitándose a contrastar si el texto legal de que se trate es conforme o no con la Constitución y sus principios. Si lo es, la norma se aplica; si no lo es, desaparece del *resto* del ordenamiento —pero no «como si nunca hubiera existido» (146)—.

Es claro que al elaborar su juicio, el Tribunal pone de manifiesto y desarrolla el sentido del o de los preceptos constitucionales, *ratio decidendi* que sirve al legislador de orientación en lo futuro y a los Tribunales ordinarios en el alcance y entendido de la Norma Básica (que podrán aplicar a partir de entonces con ese significado), y que, por el carácter de *stare decisis*, se ha querido considerar como expresiva de la índole fontana que tendría la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (147).

(142) Aunque difícil, no es absurdo. Cfr. GARCÍA HERRERA, *op. cit.*, *loc. cit.*; AGNOLI: *La transformación*, cit. El mismo Informe de la Asociación Pro Derechos Humanos, cit. Las llamadas Ley antiterrorista y Ley de extranjería son dos buenos ejemplos.

(143) Pocos se han presentado, y el Tribunal Constitucional no parece sino algo lento en atenderlos.

(144) Artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos...».

(145) Aunque con frecuencia su alcance sería remedio subsidiario, quedando el Derecho fundamental lesionado con tal alcance, que puede quedar desamparado como tal Derecho en el caso concreto.

(146) Artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de responsabilidad».

(147) Tesis que hay que rechazar porque tal eficacia sólo se adquiere en revisión de sentencia. Los Tribunales, al momento de aparecer la Constitución, son

Aquella labor, en interpretación de la Constitución y de sus principios generales del Derecho que la informan, alcanza importancia fundamental, pues permite dar auténtico contenido constitucional —en su orientación— a las Leyes que en lo futuro pretendan continuar la impronta constitucional. Esto es, el poder legislativo «aprende» y aprehende el alcance de la Norma Fundamental. Así, y por ejemplo, la igualdad ante la Ley del artículo 14 de la Constitución, en cuanto norma, nada dice, pues su formulación reclama el contraste con la hipótesis fáctica que permita determinar su posible alcance y no sólo su probable significación: v.gr., ¿entenderemos esa igualdad como meramente formal o como igualitarismo?; ¿qué alcance dar a una Ley que no parezca responder a la obligación de los poderes públicos, y de los ciudadanos, de provocar una igualdad *real* y *efectiva* y que no remueva obstáculos para alcanzar la plenitud de igualdad (art. 9.2 de la Constitución), por ejemplo, una legislación fiscal regresiva con la excusa de coyuntura? (148).

No se trata, ciertamente, de que el Tribunal indique al poder legislativo qué requisitos debe reunir una concreta Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, puesto que ésta no es su labor ciertamente (149). Pero sí es asequible a su competencia una actuación, *mutatis mutandis*, semejante a la fórmula del pretor, a cuya elaboración y captación se llega tanto mediante la *ratio decidendi*, como con los *obiter dicta*, actividad que se ha venido en denominar sentencia interpretativa, que ofrece la ventaja de «evitar lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando al tiempo que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque muy delicado y de difícil uso...» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981). Se trata en realidad de dar contenido a una expresión constitucional que de suyo no lo tiene

independientes para interpretar las normas, como hizo el Tribunal Supremo, Salas de lo Contencioso-administrativo, al considerar la Constitución como de aplicabilidad inmediata; funcionando, pues, la «jurisprudencia» del Tribunal Constitucional como la casación.

(148) Como escribe ESSER, «...un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones... Sin el nexo deductivo o problemático de un principio, o sea, sin ordenación jurídica en un enlace sistemático o problemático positivo y sin fijación del procedimiento de la creación de Derecho (...), el desarrollo de las normas por obra de la acción judicial carece de garantía en cuanto a su constancia y congruencia...». «...Si no hay reglas sobre la utilización de la experiencia jurídica, la Ley permanece sin vida, y los resultados obtenidos de la experiencia carecen de efecto obligatorio...» (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, *passim* págs. 65, 140).

(149) Como actuó indebidamente ante la Ley despenalizadora del aborto.

por abstracta; actividad que adquiere carácter mediante la elaboración de *jurisprudencia* en sentido amplio, esto es, al confeccionar el Tribunal Constitucional todo el discurso expresivo del alcance de un precepto constitucional; pero debiendo entender por jurisprudencia una simple y sola sentencia, dado que la dinámica constitucional es cambiable, imperativamente mutable por disposición de la propia Constitución (150), que siempre está abierta y nunca acabada.

Se ha dicho que no es función del Tribunal Constitucional indicar al poder legislativo cómo tiene que hacer las leyes, lo que es cierto. Así como que, correspondiendo la soberanía popular a las Cortes Generales, éstas hacen las leyes a su mejor entender; que el juicio de razonabilidad debe presumir que la Ley es, en principio, constitucional. Estos dos argumentos no son ciertos; es más, son falsos, y más todavía con lo que respecta a nuestra Constitución y a nuestro proceso configurador de la actualidad.

Según la Constitución, «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado» (art. 1.2 de la Constitución); y las Cortes Generales «representan al pueblo» (art. 66.1 de la Constitución), siendo uno de los poderes del Estado, pero no todos ellos, esto es el Estado, ni menos aún la fuente de que emanan los poderes de éste. La soberanía popular solamente se expresa en la Constitución («La Nación española... en uso de su soberanía proclama su voluntad...», dice el Preámbulo con el que se inicia la Constitución). Y esa soberanía fija en la Constitución unas metas que *deben conseguirse*, aunque no lo quiera algún poder público por tener otros intereses (con lo que, por cierto, no descubro nada nuevo). Luego es parte de la Constitución que los poderes públicos avancen a la velocidad constitucionalmente ordenada y circunstancialmente posible. Y esta función y obligación constitucional, si no es asumida *motu proprio* por un poder, es también exigible por y ante el Tribunal Constitucional, que está sujeto a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución; art. 1.º, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), como competencia indirecta, que completa y complementa los conceptos válvula constitucionales (abundantes, por cierto), pues no existe otro poder para ello que, además, tenga asignada tal función.

La noción popular, que califica al Tribunal Constitucional como *supercámara*, aunque no satisfaga al propio Tribunal, y es explicable, no es —si resulta consistente mi criterio— absurda ni carente de fundamento. Es consecuencia de no haber podido la constituyente consti-

(150) Cfr. Preámbulo y artículo 9.2, que dice: «*lo que España puede y debe ser y todavía no es*» (LUCAS VERDÚ, P., *loc. cit. supra*, pág. 11).

tuir (151). Es consecuencia de que, quíerase o no, todo Alto Tribunal es poder político y tiene que actuar así, y a nadie debe escandalizar, como a nadie escandaliza la actividad regular y cotidiana del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, que se desempeña en estos menesteres con gran soltura. Con la agravante de que en nuestra Constitución es parte del sistema (en lo que se aparta de otras, ciertamente).

Pero es que, además, puede ser esa actuación un medio excelente. Precisamente por la instrumentación técnica que el Tribunal Constitucional ofrece y da en sus sentencias —cuya crítica es conveniente; incluso aquélla que se refiere al Tribunal como politizado, pues debe estarlo, aunque en el sentido noble del término, y el Tribunal debe también habituarse a que se le trate así (152)— «ayuda» a los políticos a *acabar* la Constitución, primer paso para poderla aplicar. Recuérdese que una manera de que la Constitución sea programática en sus partes es no realizarla allí donde se puede (además de que se *debe*).

Finalmente, las cifras son un dato. Los votos que aprobaron la Constitución son siempre más que los que alcanzan los partidos políticos, y siguen siendo más que los votos que suman los diputados y senadores, por lo que la «representación» de las Cortes Generales nunca es tan plena como la que expresa la propia Constitución. Y nada digamos si compulsamos la disciplina de partido, que podría llevar aquella «representación» del pueblo a un cínico sistema de Gabinete (eso sí, entre Gobierno y oposición u oposiciones).

Además, presumir la constitucionalidad de las leyes es, por lo menos, una actitud infantil. Si no, ¿a qué viene tanta previsión constitucional?: *garantizar, con las debidas garantías, garantías precisas, proteger, protección, asegurar, tutela, salvaguardia, defensa*, son términos constantemente empleados en la Constitución, como bien señala LUCAS VERDÚ (153); aparte, que poder corrompe siempre; aparte, la peculiar manera de realizar el cambio constitucional (154); aparte, el comportamiento ordinario del Estado moderno (155). Todo esto también es relevante.

B. El riesgo de que un acto o norma lesione inmediatamente derechos y libertades singularmente considerados, se previene por medio del recur-

(151) LUCAS VERDÚ, P.: «Derecho político y transformación política española», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 55, págs. 5 y siguientes.

(152) El mal hábito de llevar al Código Penal la protección de los institutos públicos (?) deriva del olvido de que la mejor protección de los mismos es su *eficacia*.

(153) LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, págs. 27-28.

(154) LUCAS VERDÚ, *loc. cit. supra*.

(155) Cfr. AGNOLI: *La transformación*, cit.

so de amparo, para el que existe una legitimación general, por cuanto pueden interponerle «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». Ciertamente, el Defensor del Pueblo es organismo político de control del Ejecutivo por el Legislativo (156), aunque totalmente independiente y con capacidad para actuar de oficio o a instancia de parte, sea persona nacional o extranjera. El Ministerio Fiscal representa a la sociedad y actúa en interés de la Ley.

En situaciones concretas y particulares cabe, no obstante, un control de constitucionalidad, porque en el pleito, como se ha dicho ya, puede plantearse la duda de si la norma que ampara el acto es o no conforme con la Constitución, pudiendo el Juez, de oficio o a instancia de parte, plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie al efecto. Y también en estas situaciones concretas es factible, como quedó apuntado, cierto control de constitucionalidad en trámites de amparo, conforme previene el aludido artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Un inconveniente tiene, no obstante, el régimen del amparo, que, además, restringe la exclusividad del Tribunal Constitucional en tema de interpretación de la Constitución y de sus principios generales —al menos, *interin* dura el «rodaje» de la misma—. El inconveniente deriva de requerir agotar todas las instancias judiciales (art. 53.2 de la Constitución; artículo 44.1, a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), pudiendo resultar que la *efectividad* de los derechos más relevantes en la Constitución sea asequible después de dilatado período. Que, indudablemente, la exclusividad desaparece aquí y sólo subsiste en último extremo, es obvio, en todo caso en que un Juez entienda el alcance de un derecho o libertad constitucionales con un alcance o contenido diversos al que, posteriormente, fije el Tribunal Constitucional, lo que en algunos casos puede llevar a una auténtica infracción del artículo 14 de la Constitución. Quizá sea ello debido a la noción, ya arcaica, de concebir estos derechos como subjetivos, cuando realmente no lo son, no pueden serlo. Hay, no obstante, que reconocer que estas competencias compartidas son consecuencia ineludible de judicializar mínimamente la vida social. Quizá otra fórmula, normal en el medio norteamericano, de la

(156) Artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. También con competencia sobre la Administración de Justicia, en cuyo caso se está a lo dispuesto en el artículo 13 de dicha Ley Orgánica: «Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema».

constitución automática de un Tribunal colegiado para entender en todo proceso, de cualquier naturaleza, en que se alegue infracción de la Constitución, hubiera sido más beneficioso.

Por ser entonces las situaciones que con mayor abundancia pueden llegar al Tribunal Constitucional, la jurisprudencia vertida en estos casos alcanza la importancia de lo fundamental. Es aquí precisamente donde el Tribunal no queda limitado a contrastar la Ley con la Constitución, sino que puede recrearse en la descripción de los contenidos constitucionales que la ambigüedad constante del texto (157) reclama e impone; que le puede permitir, además, al Tribunal, precisamente porque no se dirige al legislativo, ir fijando parámetros que den completo sentido a la Norma Fundamental, provocando las hipótesis fácticas que hagan viable, útil, el texto constitucional, porque orienta al resto de la jurisdicción acerca del alcance que debe darse al contenido de la misma. Lo que, aunque como efecto residual derivado del agotamiento de las instancias para acceder al Tribunal Constitucional, produce sus efectos.

2. *Jurisdicción ordinaria*

«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo cumplir lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes.» Por consiguiente, a estos Juzgados y Tribunales les corresponde la función de aplicar el resto del ordenamiento, es decir, las Leyes, costumbres y principios generales que siendo conformes con la Constitución, podrán entonces aplicarse conforme con el sentido constitucional dado por el Tribunal Constitucional mismo.

La circunstancia de que el Tribunal Constitucional fuese creado, naturalmente, con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, obligó, no obstante, a la jurisdicción ordinaria a aplicar la Constitución directamente, iniciando una jurisprudencia que, sobre todo en casos de lo civil, no habría de ser avalada por el Tribunal Constitucional; valga incluso, como ejemplo, la propia vigencia y aplicabilidad inmediata de la Constitución, tema respecto del cual todavía la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de diciembre de 1985 (158), certeramente insiste en que la Constitución reclama desarrollo.

(157) GIL CREMADES, J. J.: «Las ideologías en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española*, a cargo de MANUEL RAMÍREZ, Zaragoza, 1979.

(158) Con el argumento de requerir desarrollo legislativo el artículo 20, b), de la Constitución, que protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; se trata del caso de Pablo Serrano

Surge así un «cortocircuito» entre ambas jurisdicciones que, aunque deba resolverse en beneficio de la constitucional, deja poso y crea problemas.

Tampoco tiene sentido que, por ejemplo, bajo el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, la jurisdicción ordinaria pretenda una aplicación *per se* y directa, sin conocer qué sentido puede tener la Constitución y sus principios generales, al no haber sido objeto de hermenéutica por el único Tribunal competente, el Constitucional. Porque al elaborar así un significado que se desgaja en cierta medida del que, por distinto, pueda atribuirle la jurisdicción constitucional, lo que se logra, por lo menos, es confusionismo, y con más frecuencia, que las sentencias recaídas en pleitos diversos tengan por consecuencia la infracción del artículo 14 (respecto del 9.2) de la Constitución, por virtud de lo previsto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Naturalmente, tal posibilidad no existe si la propia jurisdicción (v.gr., el Tribunal Supremo mismo) es la que plantea la cuestión de inconstitucionalidad al casar sentencia; pero recuérdese que presupuesto para ello es la *duda* de la inconstitucionalidad, que no existe si el Tribunal ordinario tiene la certeza, rechazada luego por interpretación del Tribunal Constitucional.

Es cierto que la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de enero de 1979), aprobada antes de entrar en vigor la Constitución, es un esfuerzo en el camino de garantizar la efectividad jurídica, y por consiguiente posterior, de los derechos constitucionales. Pero ni asegura la realidad de su plenitud (art. 9.2 de la Constitución), ni, sobre todo, se extiende al entero contenido constitucional para hacer factible el artículo 9.1 de la Constitución.

3. Jurisdicción y reforma de la casación

La Ley 34/1984, de 6 de agosto (159), de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificó, entre otras disposiciones, las pertinentes al recurso de casación. Al regular el actual artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la motivación del recurso, señala en su inciso 5.º: «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia...». La fórmula empleada es, claramente, muchísimo más amplia que la «infracción de Ley o de doctrina legal» del antiguo artículo 1.691 y, desde luego, enteramente distinta.

(159) B.O.E. núm. 188, de 7 de agosto de 1984; corrección de errores, B.O.E. número 8, de 9 de enero de 1985.

Es una fórmula mucho más amplia, pues la Ley es una norma, entre las diversas que integran el ordenamiento jurídico, a la cual deben añadirse las normas consuetudinarias y las de los propios principios generales del Derecho. Con lo cual la casación no se opera por infracción del Derecho estatal.

Es una fórmula distinta, por cuanto no es lo mismo *jurisprudencia* que *doctrina legal*. Ciertamente que el Tribunal Supremo había equiparado una y otra o, al menos, no admitía doctrina legal no recogida en las sentencias del Alto Organismo (en número de dos o más). Es cierto que cabría hablar de una mera modificación semántica o un rechazo incluso de la tesis defendida por buen número de autores negando a la jurisprudencia carácter de fuente del Derecho, precisamente porque su «infracción» no accedía como motivo de casación.

Pero es que, además, la redacción dada al artículo 1.692, 5.º, no permite apreciar si las *normas* infringidas son las del ordenamiento jurídico o las de la jurisprudencia (?). Que parecen ser las del ordenamiento tiene sentido contrastando el artículo 1.692, 5.º, con el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar éste que «en el escrito de interposición del recurso de casación se expresarán el motivo o los motivos en que se amparen, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas». Gramaticalmente, para un claro significado comprensivo de la existencia de normas jurisprudenciales, la redacción precisa debería ser: «... citándose las normas del ordenamiento jurídico o *las de* la jurisprudencia infringidas», aunque también es cierto que en la redacción del artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil encajan ambas significaciones. Por otro lado, el artículo 1.710, regla 2.ª, al regular la inadmisión del recurso, la acepta «si no se citan las normas reputadas infringidas», sin referencia alguna a una omisión de la jurisprudencia. De aquí cabría concluir que, vía artículo 1.710, regla 2.ª, el artículo 1.707 y el 1.692, 5.º, incluyen entre las «normas reputadas infringidas» tanto las del ordenamiento como las de la jurisprudencia, función concretadora del artículo 1.710, regla 2.ª, absorbiendo el posible sentido más amplio dable a los otros dos preceptos, y habría que presuponer que la calificación de normativa de la jurisprudencia («reputadas infringidas») vendría determinada tanto porque la infracción de esa jurisprudencia permite la casación como, por ejemplo, por considerar que las sentencias, por su reiteración y constancia, devienen en generales o fijan el sentido general de la norma general (Ley).

Naturalmente, no tendría sentido, como no lo tenía antes de la reforma, convertir a la jurisprudencia en *norma* o fuente de Derecho, permitiendo, sin embargo, su infracción y la subsistencia de ésta, que es lo que

ocurría, y ocurre, con el recurso interpuesto en *interés de la Ley* (cfr. artículo 1.718, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Al menos, el interés de la casación no estriba solamente en unificar la hermenéutica, sino que también deriva del valor fundamental de que la Ley se cumpla y sea igual para todos (art. 14 de la Constitución).

La sustitución del término *Ley* por el mucho más amplio de *ordenamiento jurídico* no parece que se produjese con una clara reflexión acerca de su alcance. No tengo, ciertamente, los antecedentes de la Ley 34/1984, pero es lo que deduzco de la discusión en el Pleno del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: ante la intervención del señor ALZAGA VILLAMIL en defensa de una enmienda a la totalidad, en que tuvo oportunidad de expresarse sobre la hipótesis del artículo 5.4 de la hoy Ley Orgánica del Poder Judicial (160), el señor Ministro de Justicia vino en refutar al señor Diputado, indicando: «Se ha acusado al Proyecto de una falta de rigor doctrinal (...). Porque (...) se pone un ejemplo, el del artículo que abre el recurso de casación a todo supuesto de infracción de precepto constitucional. Señor ALZAGA, le recuerdo que esto lo acaba de aprobar la Cámara. Esto que usted considera un error doctrinal ha sido aprobado por esta Cámara me parece que casi por unanimidad. Concretamente, esa misma solución está incorporada ya a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y me parece que ustedes votaron a favor» (161).

(160) Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualquiera que sean la materia, el Derecho aplicable y el orden jurisdiccional». Decía el diputado señor ALZAGA: «Tengo que decir también (...) que el proyecto carece de rigor doctrinal. El caso del mayúsculo error en que incide el proyecto al asignar al Tribunal Supremo todos los recursos de casación que se funden en la infracción de precepto constitucional.

»Nuestros constituyentes se inspiraron en el sistema europeo de justicia constitucional, que concentra en un órgano constitucional específico (por supuesto, el Tribunal Constitucional) la litigiosidad sobre los preceptos constitucionales, en razón de unos supuestos de legitimación tasada. La competencia del Tribunal Constitucional es privativa.

»La jurisdicción ordinaria cumple otra misión, la importantísima de aplicar las leyes y demás fuentes del ordenamiento jurídico que sean conformes con la Constitución. Introducir un recurso de esta naturaleza, como se hace en este Proyecto de Ley, equivaldría soterradamente a introducir una acción de inconstitucionalidad de las partes en un determinado proceso, tergiversando el acceso restringido que tienen los ciudadanos a la aplicación directa de la Constitución sólo a través del recurso de amparo, porque así lo quiere la Constitución, y desvirtuar el concepto de la cuestión de inconstitucionalidad que el artículo 163 de la Constitución encomienda a Jueces y Tribunales mediante un mecanismo de reenvío *ex officio*, como todos sabemos, al Tribunal Constitucional...». Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, 1984, *Diario de Sesiones*, II Legislatura, 13 noviembre 1984, página 7385.

(161) Señor Ministro de Justicia, *ibídem*, pág. 7388.

Por las expresiones del Diputado socialista señor GRANADOS CALERO —al discutirse en Comisión el mismo precepto, rechazando la enmienda propuesta por el Grupo Popular y defendida por el señor RUIZ GALLARDÓN (162)— defendiendo la permanencia del texto por armonía entre el párrafo 4 del artículo 5.º y el párrafo 1 del mismo precepto del Proyecto (hoy Ley Orgánica) (163), una cosa es clara: por ser la Constitución norma suprema del ordenamiento, y siendo motivo de casación la infracción de un precepto legal inferior, pues, a la Constitución, con más sentido habría de serlo la infracción de ésta (164).

(162) «Mi enmienda fundamentalmente se refiere al primer inciso de este párrafo 4, en el que se establece que 'en todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional'. Señor Presidente, señorías, quienes tienen alguna experiencia en materias de recurso de casación saben hasta qué punto es fácil la argumentación o el establecimiento de motivos de casación con la simple alegación de preceptos supuestamente vulnerados, lo cual, desgraciadamente, produce, y mucho más después de la última reforma que hicimos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta legislatura, un inconmensurable atasco de recursos en las Salas del Tribunal Supremo. Por eso en Ponencia este diputado sometió a la consideración de sus proponentes la conveniencia de puntualizar de alguna manera esta posibilidad, que no quiere en modo alguno —y me anticipo a cualquier posible réplica que se me pueda hacer en este sentido— negar la fuerza vinculante de la Constitución y la posibilidad de la aplicación directa de la misma, pero sí que esa aplicación directa cuando la misma —la aplicación directa— se haga en virtud de una vulneración de preceptos constitucionales que, a su vez, están desarrollados en otras leyes, se tenga que fundamentar no sólo en la Constitución, sino en aquellas leyes, para estar de acuerdo con ellas o para declararlas en su caso inconstitucionales, como ya se viene haciendo en la práctica hoy en día, que desarrollan preceptos en tal sentido.

»De esta suerte se obligaría a los recurrentes, a los litigantes y, permítaseme decirlo, a los letrados que les asesoran a realizar un profundo estudio sobre la posible vulneración de la Constitución que, sin ningún género de dudas, produciría ciertamente el efecto de desatascar los numerosos recursos que van a producirse al amparo de este precepto...».

(163) Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «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».

(164) Indicaba el señor GRANADOS CALERO: «... El último párrafo, señor GALLARDÓN, es cierto que ofrece la posibilidad del enfoque según el jurista que pueda opinar sobre el tema. Su señoría ha hablado de la necesidad, según su punto de vista, de completar mediante este párrafo que podría adicionarse, precisamente, que la infracción de precepto constitucional *per se* no motivaría un recurso de casación, sino que tendría que ir ligado o relacionado con otra infracción de normas que lo desarrollen. Pero entendemos que si esto fuese así, el principio, que está en los anteriores párrafos, quedaría un poco o un mucho desdibujado. Huyendo de este peligro, nosotros decimos rotundamente en el párrafo 4 que todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional, porque guarda coherencia, porque si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y vincula a todos

Pero lo que sí queda claro es que, para nuestros legisladores, una cosa es la Constitución parte del ordenamiento jurídico y otra cosa es la Ley. Si la Constitución fuese Ley, no era menester modificar el motivo de casación por infracción de *Ley*, porque el concepto englobaría a la Constitución misma. La Constitución es Norma del ordenamiento y su infracción explica entonces la casación por infringirse una norma del ordenamiento.

Queda igualmente claro que la infracción de los principios generales permita la casación por su penetración en la Ley o por su propia energía al informar al ordenamiento todo. Lo que no me queda claro, sin embargo, es que la costumbre —y el uso jurídico equiparado—, que es parte del ordenamiento jurídico (art. 1.1, respecto del 1.3, párrafo segundo, del Código Civil) por infringida, abra la casación. Lo que puede significar que los usos jurídicos, modernos, de última hora, y, digámoslo francamente, las pretensiones del capitalismo foráneo, más avanzado que el nuestro, se aseguren su carácter vinculante pudiendo ser invocados hasta en casación. Lo que, además, podría responder a un orden público no formulado, pero que es proyecto convertible en imperativa realidad por mandato constitucional (165).

Ahora bien, ¿por qué la referencia a la expresión *jurisprudencia* en la motivación del recurso de casación? Además, ¿es entendible como expresión de *norma*?

Creo que la respuesta la encontramos en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) EL SISTEMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 2 de julio), no trata, como es natural, del tema de las fuentes del Derecho. Pero sí incluye algunos preceptos sobre

los Jueces y Tribunales, ¿por qué no va a ser motivo de recurso de casación la infracción de precepto constitucional?, ¿por qué se van a admitir todos los demás motivos que vienen establecidos en las leyes y, precisamente, éste no? Y como esto, si se admitiera con cualquier puntualización que la suavizara, que se pudiera entender que existe un rigor en su enunciación, estaría en contradicción con ese mismo rigor que nosotros estamos imponiendo al párrafo 1.º, es por lo que vamos a mantener exactamente el texto de la Ponencia». Congreso de los Diputados, 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones* núm. 272, Comisión de Justicia e Interior, sesión de 4 de marzo de 1985, pág. 8436.

(165) LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *loc. cit.*, estima que la *esencia de los derechos y libertades radica en el libre desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana como racionalidad y como sociabilidad* (pág. 25, énfasis del autor).

aplicación de las normas —que son los que aquí interesan—, que inciden directamente sobre aquel tema. De esos preceptos destaca como fundamental el artículo 5, y los concordantes 6, 7, 12 y 53 de la Ley Orgánica (166).

La aplicación del Derecho es cuestión que, en la dinámica política que implica la Ley Orgánica del Poder Judicial, parece resaltarse en su importancia. De hecho, en la defensa del Proyecto de Ley que llevó a cabo en su día el señor Ministro de Justicia, se llamaba la atención acerca del relieve atribuido a la actividad judicial, entre cuyas funciones destacaba el Proyecto la defensa del sistema democrático, entendiéndose por tal «... garantizar el cumplimiento de la voluntad popular, haciendo prevalecer los Jueces, siempre y sin ninguna excepción, la primacía de la Constitución. La primacía de la Constitución quiere decir la primacía de su letra, la primacía de sus principios y la primacía de sus valores constitucionales» (167). «Pero junto a la primacía de la Constitución, al Juez también corresponde defender la primacía de las Leyes que desarrollan la Constitución...» (168). Cuando el artículo 9 de la Constitución dice «que todos

(166) Artículo 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».

Artículo 7: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

»2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

»3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

Artículo 12: «En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

»2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial, sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

»3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional».

Artículo 53: «El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo».

(167) Señor Ministro de Justicia, Congreso de los Diputados, Sesión Plena núm. 164, II Legislatura, 1984; *Diario de Sesiones*, pág. 7364.

(168) *Ibidem*.

los poderes públicos deben remover los obstáculos que se oponen a la libertad y a la justicia de los ciudadanos (...), qué duda cabe que está siendo interpelado ahí por el Poder Judicial, al cual (...) también le corresponde esta función» (169).

Y esa función parece estar recogida en el artículo 5 de la Ley Orgánica.

1. *El artículo 5 de la Ley Orgánica*

Determina el artículo 5 de la Ley Orgánica que:

«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 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.

«2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

«3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

«4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de un precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el Derecho aplicable y el orden jurisdiccional.»

Inicialmente, el precepto transcrito no parece que aporte grandes innovaciones y, por consiguiente, no parece tener sentido que se haya calificado como «una de las piezas angulares» y «nervio de esta reforma» (170).

El párrafo primero remite a los artículos 9.1 y 9.3; 117.3; 123, *in fine*, y 161, de la Constitución. El párrafo segundo remite al artículo 163 de la misma norma, de conformidad con los artículos 1 y 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El párrafo cuarto, aunque expreso en señalar la infracción de precepto constitucional como motivo de casación, podría contemplarse ínsito en el artículo 1.692, 5.º, de la

(169) *Ibidem*.

(170) Señor GRANADOS CALERO, portavoz del Grupo socialista, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, II Legislatura, 1984; *Diario de Sesiones*, página 7399.

Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo menos en sus rasgos generales. De tal manera que la innovación, si es tal, quedaría limitada al apartado 3, que parece reducir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al solo caso de imposibilidad hermenéutica de *acomodar* la norma a la Constitución, siendo en lo demás reiteración del artículo 163 de la Constitución y del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. ¿Qué alcance tendría esta nueva fórmula? ¿No es lo mismo que previa interpretación, concluir que no es posible la *acomodación*, de modo tal que por ello se produce la remisión al Tribunal Constitucional para que éste emita el juicio de inconstitucionalidad si fuere pertinente, dentro de su natural competencia?

Si todo esto es cierto, el artículo 5 resultaría innecesario (171) o, a lo

(171) Aparte de las cuestiones de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y del propio Tribunal Supremo, dada la redacción del artículo 5 y de los artículos 53 y 73 y ss. de la Ley Orgánica, que, aunque preocuparon a los portavoces de las minorías parlamentarias, no nos afecta para el tema que nos ocupa. Por aquí, ciertamente, no va la reforma que hago objeto de atención ahora. Así, frente a las expresiones del diputado señor VIZCAYA RETANA («... el modo en que este Proyecto de Ley configura el Tribunal Superior de Justicia, le dota de una serie de competencias, altera la sustancia de las mismas a través del artículo 5.3 del Proyecto, que permite a cualquier persona, alegando violación de precepto constitucional, sustraer el recurso de casación del Tribunal Superior de Justicia y llevarlo al Tribunal Supremo y, teniendo en cuenta que las tres cuartas partes de las competencias del Tribunal Superior de Justicia son recursos de casación, si la mera alegación, por parte de un abogado, de infracción de precepto constitucional sustrae del Tribunal Superior de Justicia todo recurso de casación, convendrá su señoría conmigo que el Tribunal Superior de Justicia queda prácticamente vacío de contenido»; «... el Estatuto de Autonomía del País Vasco dice que le corresponden a la Comunidad Autónoma las mismas competencias en materia de Administración de Justicia que al Gobierno le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial», Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, II Legislatura, 1984; *Diario de Sesiones*, págs. 7372-3), o del señor TRÍAS DE BES («... en virtud de este párrafo 4 pueden sustraerse competencias a las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia. Tal como está redactado podría ocurrir así. ¿Por qué? Porque si se dice que en todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación lo va a decidir el Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional, evidentemente (...) podría desvirtuarse la naturaleza de las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia... Si cualquier alegación de infracción de preceptos constitucionales y recurso de casación sustrae la competencia del conocimiento de ese recurso a cualquier Tribunal y ese recurso va inmediatamente al conocimiento de la Sala del Tribunal Supremo, se está abriendo, de hecho, una puerta, una vía, para que se queden sin competencia los Tribunales Superiores de Justicia...», Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 191, 1985, II Legislatura; *Diario de Sesiones*, pág. 8770), o del señor ZUBIA ATXAERANDIO («... nos preocupa tanto o más que lo anteriormente manifestado, con la atribución de tal competencia al Tribunal Supremo puede desnaturalizarse el papel de los Tribunales Superiores de Justicia con tal que se alegue infracción de precepto constitucional, lo que nos llevaría, indefectiblemente, a vulnerar lo previsto en determinados Estatutos de Autonomía...», *ibidem*, págs. 8772-3), se respondió que: «Parece, pues, que el artículo 5.3 (*) está haciendo referencia a un problema que

sumo, receptor de tantos otros criterios constitucionales, como es propio de un Título Preliminar y que así lo actúa en varios de sus preceptos. Pero, en todo caso, no sería, pues, «pieza angular» ni «nervio de esta reforma», expresiones éstas que hay que entender en el sentido de que sin el artículo 5 casi no se habría producido reforma alguna (172).

Por consiguiente, hay que aproximarse al precepto con otra perspectiva, que es lo que intentaré aquí y ahora.

Que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico es verdad... a medias. La Constitución es parte del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución). Pero respecto de su posición jerárquica habría que reconocer que su carácter de máxima norma lo tiene compartido con los principios generales informadores del ordenamiento en su vertiente constitucional, abiertos siempre a mucho más de lo que la propia Constitución indica, como ya quedó resaltado antes. Ahora bien, resulta obvio que fuera de esa precisión (importante) se le reconoce a la Constitución ser norma a la que deben ajustarse las demás. Por ello vincula —aunque no tanto por ser máxima, sino por ser norma— a Jueces y Tribunales, entre otros, como previsión y precisión del artículo 9.1 de la Constitución en el ámbito judicial (173). No es entonces nada nuevo in-

sería el basado en si podría plantearse algún ulterior recurso cuando la fundamentación ante cualquier órgano jurisdiccional del país estuviera basada en infracción de precepto constitucional, entendiendo que el Tribunal Supremo es el órgano más adecuado jurisdiccionalmente para resolver en un ulterior —repito—, ulterior trámite este problema. No creemos, por tanto, que el artículo 5.3 (*) esté llamado a ser una limitación de lo contenido en el artículo 73 del Proyecto de Ley, puesto que entre sí tienen escasa relación» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 164, 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7377), y también: «Permitánnos que mantengamos aquí la cautela de que en tema de tanta trascendencia como es interpretar la Constitución, cuando se produce un recurso de casación que se innova, que sea de manera directa por simple infracción de un precepto constitucional, permitánnos —digo— que dejemos a un solo órgano, el Tribunal Supremo, la decisión de interpretar la Constitución y no a diecisiete órganos. Este es el único razonamiento que subyace en la postura de mantener el texto del proyecto» (señor GRANADOS CALERO, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 191, 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 8792).

(*) El anteproyecto de Ley Orgánica distribuía el artículo 5 en tres apartados; fue luego de su presentación al Congreso de los Diputados que una enmienda del Grupo socialista convirtió la numeración de los tres apartados en cuatro. Originalmente los apartados 2 y 3 eran el 2. Compárese B.O.C.G., Serie A, núm. 118-I, de 19 de septiembre de 1984, pág. 1373, y núm. 118-I-1, de 23 de febrero de 1985, página 1448/4, Informe de la Ponencia, en que se indica: «En la discusión del artículo 5 el Grupo socialista sustituyó el texto del párrafo primero por el contenido en la enmienda 662». *Vide infra*, nota 199.

(172) Así, se dijo del proyecto que era «... como una versión perfeccionada de la normativa anterior» (diputado señor VIZCAYA RETANA, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, 1984, II Legislatura, 13 de noviembre, *Diario de Sesiones*, pág. 7370).

(173) «Estamos en el artículo 5.º y nuestro Grupo lo considera como uno de los fundamentales de este texto de Ley Orgánica del Poder Judicial; fundamen-

dicar que Jueces y Tribunales, en su actividad más propia de interpretar y aplicar las Leyes y los Reglamentos, lo hagan conforme los preceptos y principios constitucionales (174).

Una síntesis del artículo 5 nos permitiría concluir los siguientes puntos:

a) *La Constitución es norma máxima que vincula a Jueces y Tribunales.*

La Exposición de Motivos (175) dedica un párrafo proporcionalmente muy amplio respecto de este artículo 5, señalando en lo que es ahora pertinente: «Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable con preferencia a cualquier otra».

b) *Dicha vinculación no es arbitraria, sino conforme con la interpretación proporcionada por el Tribunal Constitucional.*

tales porque se inicia con un principio que es verdadera piedra angular del Proyecto de Ley; aquel que dice que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales. Es bueno que se diga. ¿Por qué? Porque hasta ahora no se ha dicho. Estamos en el artículo 5.º Ciertamente, la Constitución, en su artículo 9.º, apartado 1, ya dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; pero de la misma manera que estamos trasladando otros preceptos constitucionales de similar importancia a este Proyecto de Ley, por qué y qué motivo hay para no trasladar éste, que es piedra angular de cómo ha de interpretarse no solamente la Ley, sino todo el ordenamiento legislativo de nuestro país, y es lo que está diciendo» (señor GRANADOS CALERO, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior, 4 de marzo de 1984, *Diario de Sesiones* núm. 272, pág. 8436).

(174) No creo que la enunciación «preceptos y principios» se pueda entender con pretensiones jerárquicas. Primero, porque sería una pretensión inadmisibile; segundo, porque la Constitución afirma el principio de jerarquía de las normas con remisión al Código Civil, y una Ley Orgánica que desarrolla la Constitución mal cumpliría su función atentando contra el principio constitucional de jerarquía. Además, la Constitución propugna unos valores a que deben ajustarse los propios preceptos constitucionales (art. 1.1 de la Constitución, que es Título preliminar). Cabe, sí, admitir un criterio de preferencia por beneficio de la concreción del precepto respecto de la vaguedad del principio, inicialmente.

(175) Aunque el proyecto no contenía Exposición de Motivos, por no haberse publicado la misma en el *Boletín de las Cortes*, se incluyó en el trámite de enmiendas por el Senado (cfr. Congreso de los Diputados, 1985, II Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, sesión de 12 de marzo, *Diario de Sesiones* núm. 277, página 8758, y *Boletín*, Serie A, de 22 de junio de 1985, núm. 118-IV, pág. 1448/261).

«El Título Preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del artículo 9.1 de la Constitución... Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la *uniformidad en la interpretación de los mismos*» (176).

c) *De donde resulta que si ante una aplicación de la norma inferior surge duda sobre su constitucionalidad —sin pronunciamiento al efecto del Tribunal Constitucional—, el Juez o Tribunal planteará a éste la cuestión.*

d) *Cuestión de inconstitucionalidad sólo planteable cuando, previo esfuerzo hermenéutico, no se pueda «acomodar» la norma a la Constitución.*

«Además se dispone que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental, y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema» (177).

e) *Por consecuencia de todo lo cual, la infracción de precepto constitucional, por ser la Constitución parte del ordenamiento, abre paso a la casación.*

«El valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento se manifiesta también en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación..., haciéndose explícita protección del contenido esencial que salvaguarda la Constitución» (178).

Así, es manifiesta la pretensión de resaltar la importancia de la Constitución, como broche del sistema del ordenamiento (179) y como norma

(176) Exposición de Motivos, énfasis añadido.

(177) Exposición de Motivos, énfasis añadido.

(178) Exposición de Motivos.

(179) «Todos estos caracteres» (aplicabilidad directa e inmediata de la Constitución) «derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1 (...). Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párrafo 1

que debe permear a todo él, en la manera típicamente judicial de aplicación del Derecho:

«... A mí me parece que es imprescindible que el Poder judicial desempeñe tres funciones claves:

»Primero, la de asumir, igual que los otros Poderes, la defensa del sistema democrático, la defensa del Estado, del cual es uno de los tres Poderes.

»Segundo, le corresponde tutelar eficazmente los derechos fundamentales, las libertades públicas y los intereses legítimos.

»Y le corresponde, en tercer lugar, someter a todos los Poderes al cumplimiento de la Ley (...).

»¿Qué es, en primer lugar, lo que la Constitución quiere que sea la afirmación de que el Poder judicial también está para asumir la defensa del sistema democrático? A mi juicio, asumir la defensa del sistema democrático significa, señorías, garantizar el cumplimiento de la voluntad popular, haciendo prevalecer los Jueces, siempre y sin ninguna excepción, la primacía de la Constitución...

»Decía que lo segundo que se requería era defender eficazmente los derechos fundamentales, las libertades públicas y los intereses legítimos, lo cual supone, entre otras cosas, abrir los procesos a todos los que busquen tutela judicial, remover todos los obstáculos que se opongan al encuentro de esa tutela judicial efectiva. Supone el que los Jueces en la práctica jurisprudencial, en la aplicación cotidiana de las leyes, cuando tengan que defender un derecho fundamental no resten ni un ápice al contenido esencial de ese derecho fundamental...

»...Someter a todos los Poderes públicos a la Ley y al Derecho significa eso que también quedó escrito por uno de nuestros mejores administrativistas, significa lisa y llanamente poner fin a cualquier inmunidad respecto del control judicial, sometiendo la actuación de toda la actividad administrativa, reglamentaria y no reglamentaria, al control de los Jueces...» (180).

Pero, ciertamente, se añaden más cosas. Así, lo primero que llama la atención en la Ley Orgánica y en este artículo 5 es la relativa remisión que se hace de la cuestión de constitucionalidad. Lo segundo, el tema de las relaciones, en términos meramente jurisprudenciales, entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Lo tercero, que junto a la tradicional independencia del juzgador para interpretar la norma, se hace vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Aparte, resaltar la

del artículo 9.º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes» (Exposición de Motivos).

(180) Señor Ministro de Justicia, Congreso de los Diputados, Sesión Plena-
ria núm. 164, 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7364.

trascendencia de defender los derechos y libertades fundamentales (181) en todas las jurisdicciones (182).

A) *Remisión de las cuestiones de inconstitucionalidad.*—La expresión del artículo 5.3, en tema de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, no parece ser exactamente la misma que la utilizada en el artículo 163 de la Constitución, ni en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (183); preceptos éstos que indican al Juez o Tribunal que por ser exclusiva la competencia del Tribunal Constitucional, le planteen a él la cuestión, lo que ha de ocurrir siempre que exista la duda de la conformidad o no de la norma con la Constitución.

Naturalmente, para que el Juez o Tribunal lleguen a la duda es menester que hayan procedido a la interpretación de la norma, ya que sólo captando el sentido de ésta es dable dudar de su adecuación constitucional. El artículo 5.3 no es que diga otra cosa, sino que autoriza a atri-

(181) Pues es consecuencia del artículo 9.1 de la Constitución que el Poder judicial, «como al Poder legislativo o al Poder ejecutivo, también le corresponde esa función. En esta función de ir profundizando en el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es necesario que a los Tribunales nadie les abra camino...» (*ibidem*).

(182) Acerca del significado de jurisdicción, de su unidad o pluralidad, ver la discusión del proyecto, Cortes Generales, Sesión Plenaria núm. 191, de 21 de marzo de 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, págs. 8768, 8775-6, 8777, y Sesión de la Comisión de Justicia e Interior, de 4 de marzo de 1985, núm. 272, *Diario de Sesiones*, págs. 8432 y 8433.

(183) Obsérvese: artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

Artículo 163 de la Constitución: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley...».

Artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

»2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme».

buirle un sentido diverso: a) si tomamos en cuenta las expresiones de la Exposición de Motivos, según las cuales «sólo procederá el planteamiento» si no cabe acomodación; b) decir lo que es obvio, huelga, y obvio es afirmar que hay que interpretar antes que llegar a la duda (lo que sobra en una Ley, más si es orgánica, y, sobre todo, en un Título Preliminar).

Es cierto que las expresiones del señor Ministro de Justicia, según las cuales los Jueces y Tribunales no tienen que esperar a que se les abra camino para defender derechos y libertades, son, en principio, significativas. Así, son pocas las dudas que pueden surgir ante una norma disconforme y conculcadora de derechos y libertades y, al menos, el significado primario de éstos (184).

Por ejemplo, el artículo 1.584 del Código Civil (185) es claramente opuesto a varias normas y principios constitucionales; y una Audiencia no puede excusarse en el precepto, menos aún lamentarse de su existencia, pero como quiera que el legislador no lo ha derogado, la Sala lo aplica por mucho que le duela, frustrando así la Constitución.

Pero no es menos cierto que la proyección de derechos y libertades *no tiene límite* constitucional, pudiendo darse el caso de que la jurisdic-

(184) De otro lado, se ha dicho por el legislador que «... Ciertamente, la Constitución, en su artículo 9.º, apartado 1, ya dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento; pero de la misma manera que estamos trasladando otros preceptos de Ley, por qué y qué motivo hay para no trasladar éste, que es piedra angular de cómo ha de interpretarse no solamente esta Ley, sino todo el ordenamiento legislativo del país» (Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, II Legislatura, sesión de 4 de marzo de 1985, núm. 272, *Diario de Sesiones*, pág. 8436).

«... el Juez constitucional es, a mi juicio, el que, consciente de que sus facultades emanan del pueblo soberano, se siente sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, obligado a remover los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud de la libertad y de la igualdad y vinculado siempre por los derechos y libertades constitucionalmente consagrados, que, además, se encuentran bajo su tutela. Creo que tal modelo de Juez constitucional es el que recoge el dictamen, porque éste, señorías, consagra, en efecto, la vinculación de Jueces y Tribunales respecto de la Constitución, instituye a Jueces y Magistrados en la obligación de aplicar las normas jurídicas de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, y según la interpretación que de ellos haga el Tribunal Constitucional, les señala que la infracción de precepto constitucional será siempre suficiente para fundamentar el recurso de casación, cuando éste proceda, naturalmente; les insta a un esfuerzo interpretativo para acomodar siempre las normas al ordenamiento constitucional; les prohíbe aplicar los reglamentos o disposiciones no legislativos contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa; les obliga a aplicar los derechos fundamentales y las libertades públicas de acuerdo con su contenido constitucionalmente declarado, sin que nunca pueda el Juez restringir o menoscabar éste...» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria de 21 de marzo de 1985, núm. 191, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, página 8762, en palabras del señor Ministro de Justicia).

(185) Que lleva a DE LA VEGA, por aquel entonces, a la no aplicación por mor de equidad (DE LA VEGA, *op. cit.*, pág. 144).

ción ordinaria elaborase —por lo que luego se dirá— toda una jurisprudencia acerca de probables contenidos. Y que al tener oportunidad de intervenir posterior y separadamente el Tribunal Constitucional, se declarasen aquellos contenidos como más amplios o profundos. Esto sin olvidar que la Constitución no se limita a derechos y libertades fundamentales, sino que existen otros derechos no fundamentales, aunque igualmente declarados constitucionalmente, con respecto de los cuales puede ser más difícil la intervención del Tribunal Constitucional. Surge así el riesgo de una dualidad jurisprudencial —o, lo que es peor, de una jurisprudencia ordinaria más estrecha que la constitucional— asincrónica, con los inherentes perjuicios que de esta probabilidad se derivan. El artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —opino que calculado respecto de la legislación preconstitucional y las situaciones fallidas respecto de ella (186)— se convierte entonces en un valladar discriminatorio, infringiendo, como he dicho ya tantas veces, el artículo 14, respecto del 9, ambos de la Constitución.

Tampoco hay que olvidar la energía de la Constitución respecto de las manifestaciones externas de los poderes públicos —destacadamente cuando se producen por Ley—, que autoriza a los Jueces y Tribunales a reclamar entonces unas expresiones legislativas y unos alcances normativos, por ejemplo, más avanzados, en cuyo caso los Jueces y Tribunales enjuiciarían al legislador. Personalmente, no tengo reparos en que así fuese, pero no es el criterio del Tribunal Constitucional interpretando la Constitución (187).

(186) Pues para las situaciones posteriores la propia consideración de la jurisprudencia, que, aunque cambiante y no vinculante, no altera el principio de cosa juzgada, hace innecesario el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(187) Dado que la Constitución no sólo contiene derechos subjetivos. La precisión del diputado señor RUIZ GALLARDÓN (aunque él piense en derechos subjetivos, lo que la invalida) recoge el punto: «... Cuando nosotros pedíamos la supresión del apartado 4 del artículo 5.º, que posibilita el recurso de casación, argumentábamos diciendo: ¡Cuidado!, eso es muy peligroso tal y como viene redactado en el Proyecto de Ley, porque según este Proyecto de Ley 'En todos los casos...'. Decíamos que era muy peligroso porque evidentemente, en buena técnica procesal, el recurso de casación es procedente contra determinadas resoluciones de los Tribunales que tengan carácter de firme y que se dicten en determinado tipo de procedimiento, singularmente los procedimientos ordinarios. Contra ellos procede el recurso de casación, lo cual no quiere decir que estime, eso después lo dirá el Tribunal Supremo en su Sala correspondiente.

»Pues bien, si ustedes mantienen esta terminología, basta con que haya una infracción de precepto constitucional, sin discriminación ninguna de preceptos, para que se pueda formular ante el Tribunal Supremo recurso de casación. Y es ahí donde viene la distinción que ustedes hacen en el artículo 7.º y que yo preciso mucho más. En el artículo 7.º ustedes dicen que 'los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados y bajo la tutela

Y no tiene sentido facilitar, de un lado, el riesgo a la variedad jurisprudencial, que, por otro lado, quiere evitarse conscientemente (188).

efectiva de los mismos'. Y añaden en el número 2: 'En especial los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se aplicarán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan, en ningún caso, restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido'.

»Fijense, señorías, que ustedes piden la aplicación de los derechos que reconoce el artículo 53.2 por los Tribunales ordinarios de Justicia, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; requisito éste que, sin embargo, paradójicamente, no exigen para la formalización del recurso de casación al que antes me he referido. Entonces cabe la formalización de un recurso de casación por infracción de un precepto constitucional que, en todo caso, será siempre presentable, con el consiguiente (...) atasco de recursos de casación ante el Tribunal Supremo, de tal suerte que no añaden nada. Si hemos afirmado en un precepto que la Constitución es aplicable directamente precisamente y, según nuestra tesis, debe decirse que es aplicable directamente a través de las normas que desarrollan los derechos reconocidos en la Constitución o, como ustedes dicen, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado...; porque antes se había dicho: ... estos principios sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan. Tiene que ser así, señor GRANADOS, y si no se hace así se hace mal desde el punto de vista técnico, porque nuestra Constitución, cuando en el Título I habla de los derechos y libertades fundamentales, separa claramente dos tipos de derechos y libertades: unos que son exigibles siempre y por todos los ciudadanos y otros que son principios rectores que informan la política social y económica. A nadie se le puede ocurrir que un ciudadano pueda jurisdiccionalmente reclamar una vivienda digna, porque eso no está reconocido como derecho inmediato, privativo y personal del ciudadano, pero sí se le puede exigir al Juez que la interpretación de cualquier norma relativa a la vivienda se haga en función de ese principio constitucional que dice que todos los ciudadanos tienen que tener una vivienda digna. Entonces, es en este Título Preliminar del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial donde claramente tienen ustedes que distinguir los dos supuestos diferentes...» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 191, de 21 de marzo de 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, págs. 8779 y 8780). A lo que se respondió: «... que se habían recogido en dicho artículo 7.º tres supuestos que entendíamos que había que incluir: primero, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, que vinculan en su integridad y están garantizados bajo la tutela efectiva de los Tribunales; segundo, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución, que sienta los criterios de su aplicación, y tercero, todos los demás derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sobre el tratamiento que los Tribunales de Justicia han de dar en relación con esos derechos e intereses legítimos. Por consiguiente, se sienta el principio de que serán protegidos y en ningún caso puede producirse indefensión. Se establece en un párrafo adicional al número 3 que para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de entidades de carácter público, que no tenían personalidad jurídica en nuestro Derecho actual, y aquí se les está dotando de legitimación expresa para que puedan asumir la defensa de estos intereses colectivos. Se está refiriendo a corporaciones, a asociaciones y grupos que resulten afectados o que legalmente estuvieran habilitados para su defensa y promoción» (*ibidem*, págs. 8784-5).

(188) Diputado señor GRANADOS CALERO: «Permítannos que mantengamos aquí la cautela de que en tema de tanta trascendencia como es interpretar la Constitución, cuando se produce un recurso de casación que se innova, que sea de manera directa por simple infracción de un precepto constitucional; permítannos —digo—

No se olvide, además, la parquedad de la jurisdicción ordinaria, y en concreto y por lo que aquí interesa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sala 1.^a al interpretar la Constitución, fenómeno no ignorado por el legislador (189). En una trayectoria así, en que al Tribunal no le cabe *duda*, su certeza ya no lo es sobre la norma, sino sobre el alcance fijado a la misma por la propia interpretación.

Este enfoque enlaza directamente con el segundo punto:

B) *Relaciones de los Tribunales Constitucional y Supremo.*—¿Qué sentido y alcance tiene fundamentar la casación en infracción de precepto constitucional? Es claro que la Constitución se cumpla.

Tiene sentido, sobre todo, cuando una Ley cuya constitucionalidad no haya sido planteada por quienes están legitimados para ello, impone al particular defenderse contra la misma en la instancia. ¿No es, sin embargo, adecuado interpelar al Juez con la cuestión de inconstitucionalidad? (190). Lo que no capto es que se sustraiga al Tribunal Constitucional su exclusiva (art. 123.1, respecto del art. 161, ambos de la Constitución, y art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), que es lo que dice el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al remitir la competencia al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el Derecho aplicable... (191).

También tiene sentido la norma en aquellos casos en que el contenido constitucional de un derecho, libertad o el mismo articulado de la Constitución tienen una significación establecida por el Tribunal Constitucional, pues entonces la casación se limitaría a llevar las cosas a su debido cauce, en cumplimiento de una *jurisprudencia vinculante* (como veremos). E incluso cuando ante una Ley presumiblemente inconstitucional no impugnada por quienes deben, se use la casación como medio indirecto de

que dejemos a un solo órgano, el Tribunal Supremo, la decisión de interpretar la Constitución y no a diecisiete órganos» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 191, de 21 de marzo de 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, página 8792; ya antes, pág. 8784).

(189) Señor GRANADOS CALERO: «Estoy hablando, por poner un ejemplo muy reciente, de cómo una sala del Tribunal Supremo ha interpretado de manera harto pintoresca, naturalmente según el punto de vista de determinados lectores de esa tendencia, el principio de igualdad ante la Ley. Y eso, en cuanto al Tribunal Supremo...» (*ibidem*, pág. 8784).

(190) Artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(191) Como señaló el diputado señor ZUBIA ATXAERANDIO: «... Y solicitamos su supresión porque no entendemos las razones que puedan existir para que siempre y en todo caso se concrete la competencia para decidir el recurso en el Tribunal Supremo, de suerte que éste, de alguna manera, queda configurado como disputando su papel al Tribunal Constitucional, alterándose además con ello, y lo decimos con toda rotundidad, y a nuestro entender injustamente, el derecho que en principio le asiste al Juez ordinario» (*ibidem*, pág. 8772).

obtener un pronunciamiento de inconstitucionalidad (temor del Diputado señor ALZAGA), sencillamente porque el Tribunal está convencido de que la Ley no es conforme con la Norma Máxima. Pero no tiene sentido en todo caso en que el precepto no haya recibido su significado más adecuado. Y recordemos que buena parte de la Constitución no lo tiene en los hasta hoy existentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Ciertamente, entran aquí en consideración un conjunto de cuestiones, no ignoradas por el legislador al discutir el proyecto. Por ejemplo, la unidad o diversidad de jurisdicciones (192); por otro ejemplo, los problemas de acumulación (193), aunque no tanto respecto de los recursos de casación, sino respecto al Tribunal Constitucional, porque —ante una disparidad entre ambas jurisprudencias, la del Supremo sobre extremos en que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, pero orienta un mayor o mejor contenido, y la de aquél más tímido, por ejemplo—, entonces, se irá a la casación «con el recurso de amparo bajo el brazo» (194).

En todo caso, comoquiera que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial respeta, como no es para menos, el mandato constitucional de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (arts. 123 y 159 y siguientes de la Constitución, según se previene en el art. 53 de dicha Ley Orgánica), es claro que la intervención del Tribunal Supremo lo es al solo efecto de unificar la jurisprudencia. Lo que nos pone en contacto con el tercer punto.

C) *Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional.*—Es, sin duda, la precisión más exacta de la Ley Orgánica. Ciertamente, al tiempo de promulgarse la Constitución había que entender, por obvio, que los criterios hermenéuticos del Tribunal tendrían su eficacia, si bien la misma no sería otra que la de cualquier sentencia de un último Tribunal, esto es, la de imponerse por razones prácticas, pero no en el sentido de verse obligado un Tribunal inferior a acatar dicha regla hermenéutica como

(192) Ver nota 182.

(193) Diputado señor TRÍAS DE BES: «... En primer lugar puede suponer un grave problema de acumulación de recursos ante el Tribunal Supremo» (*ibidem*, página 8770). Diputado señor RUIZ GALLARDÓN: «... lo cual desgraciadamente produce, y mucho más después de la última reforma que hicimos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta legislatura, un incommensurable atasco de recursos en las salas del Tribunal Supremo...» (Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, sesión de 4 de marzo de 1985, II Legislatura, núm. 272, *Diario de Sesiones*, pág. 8435).

(194) Que, al parecer, es lo que se está haciendo.

normativa. La Ley Orgánica del Poder Judicial pone fin a esta situación (195).

Se explica con claridad el señor Ministro de Justicia cuando, luego de indicar que los Jueces y Tribunales ordinarios no tienen que esperar a que se les abra camino en la defensa de los derechos y libertades fundamentales, concreta: «... no es necesario esperar a la jurisprudencia constitucional, pero una vez que ésta, efectivamente, se haya pronunciado *pasa a convertirse en ordenamiento jurídico*, y esa jurisprudencia vincula a todos los poderes públicos y entre ellos, desde luego, al Poder judicial» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7634).

En efecto, no es, como pudo opinar el Diputado señor TRÍAS DE BES, que «... este párrafo 4 interpone entre los Jueces y la Constitución una vinculación a la doctrina del Tribunal Constitucional que es obvia, pero que no debería decirse en una Ley Orgánica. ¿Por qué? Porque sí debe hacerse respecto de la doctrina legal del Tribunal Supremo; pero si los Jueces y Tribunales están obligados a aplicar la Constitución, obviamente están obligados a aplicar la (*sic*) interpretación que de esa Constitución ha hecho el único órgano competente para interpretarla en virtud de su sentencia, de su jurisprudencia» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria de 21 de marzo de 1985, núm. 191, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 8770). Tal obligatoriedad no podría darse sin expreso mandato de la Ley, por ser la interpretación una actividad intelectual y por ello enteramente libre, con la sola sujeción a los criterios de la lógica y de las normas sobre hermenéutica, razón por la cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo nunca ha vinculado a los Jueces y Tribunales inferiores.

Por ello, es menester ver las relaciones del artículo 5.1 de la Ley Orgánica con el artículo 12 de la misma, que proclama la independencia judicial, advirtiendo que los órganos superiores no pueden corregir las decisiones de los inferiores sino cuando administren justicia en virtud del oportuno recurso, prohibiéndose las directrices sobre aplicación o interpretación del ordenamiento.

(195) DE ESTEBAN, *loc. cit.*, pág. 44, señala sensatamente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente de Derecho en tanto que intérprete de la Constitución al dar exacto sentido a los contenidos de la misma, refiriéndose a GARCÍA DE ENTERRÍA («La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al artículo 149 de la Constitución», *R.E.D.A.*, abril 1982, pág. 287) al señalar que «en el caso español parece evidente que la articulación final de sistema autonómico tendrá que ser también la responsabilidad última del Tribunal Constitucional...».

2. Significado del artículo 5 de la Ley Orgánica

La novedad del artículo 5 estriba en erigir a la jurisprudencia en fuente formal de Derecho, junto con la Ley, la costumbre y los principios generales. Pero no a toda jurisprudencia, sino exclusivamente a la jurisprudencia constitucional: porque la Constitución vincula a los Jueces y Tribunales, éstos la interpretarán y aplicarán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Queda así cerrada a la jurisprudencia ordinaria la pretensión de «crear» en tema constitucional, debiendo ajustarse a las pautas del Tribunal Constitucional.

Por el contrario, en la interpretación del resto del ordenamiento son libres (siempre que no reorienten su criterio interpretativo desligándolo de la Constitución). Esto, al menos, respecto de los preceptos ya interpretados por el Tribunal Constitucional. Porque respecto de los demás, claramente el Juez sigue en libertad de indagar su significado, si bien el artículo 7 de la Ley Orgánica les fija una directriz hermenéutica: sentirse vinculados por los derechos y libertades en toda su integridad, y respecto de los derechos enunciados en el artículo 53.2, deberán entenderlos conforme al contenido constitucionalmente declarado (196), sin restringirlos, menoscabarlos, ni, menos aún, inaplicarlos. Y si en función de interpretación, les surge duda sobre la constitucionalidad o no de la norma, procede plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

La intervención del Tribunal Supremo, competente en casación, no es, pues, para interpretar él la Constitución, como se dijo en la discusión parlamentaria (197), sino para aplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *infringida*, que al ser *parte del ordenamiento*, justifica interponer recurso de casación en sentencia (art. 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Se aclara entonces el significado del artículo 5.4 de la Ley Orgánica, al remitir al Tribunal Supremo la competencia exclusiva del recurso de casación, cualquiera que sea la materia y el Derecho aplicable. La razón de ser del precepto no es impedir interpretaciones distintas en materia constitucional, que sigue siendo función adscrita en exclusiva al Tribunal de este orden (art. 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni prevenir cautelas ante un innovador recurso de casación por el que el Tribunal Supremo interpreta la Constitución (que le sigue estando vedada), ni restringir competencias de los Tribunales Superiores de Justicia (que man-

(196) La expresión *se reconocerán* del artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue introducida por el Senado, en vez del original *se aplicarán*, del proyecto original (B.O.C.G., Serie A, de 22 de junio de 1985, núm. 118-IV, página 1148/286).

(197) *Vide supra*, nota 188.

tienen la que se les concede) (198), sino unificar, obvio, la jurisprudencia de los Tribunales de todo orden, en el entendido que puedan hacer de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el Tribunal Supremo no ve cambiada su función, que sigue siendo la tradicional.

Las dudas sobre otro significado, surgidas incluso en la discusión parlamentaria entre los propios defensores del proyecto, vienen reforzadas por la modificación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al dividir el que era único párrafo 2 en los dos actuales, 2 y 3 (199). Bajo aquella división sistemática quedaban claras las líneas generales del precepto:

1. La Constitución vincula, y vincula tal como la interpreta el Tri-

(198) *Vide supra*, notas 188 y 191.

(199) Artículo 5, Proyecto original: «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 y de conformidad con la interpretación de la Constitución que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

»2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

»Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

»3. En todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (*B.O.C.G.*, Serie A, núm. 118-I, de 19 de septiembre de 1984, páginas 1372-3).

Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «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.

»2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

»3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

»4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (*B.O.E.* núm. 157, de 2 de junio de 1985, págs. 20634-5; énfasis en las modificaciones, añadido).

bunal Constitucional, si se ha pronunciado, que pasa a ser parte del ordenamiento.

2. Si no hay pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ante la aplicación de una norma generadora de dudas acerca de su constitucionalidad, se planteará la cuestión al organismo competente, el Tribunal Constitucional.

3. Siempre que se pretenda una infracción al orden constitucional es invocable en casación, atendido el recurso por el Tribunal Supremo, quien apreciará o no la infracción del ordenamiento cuando se ha infringido la jurisprudencia que interpreta la Constitución.

Eran meridianas, pues, las palabras del señor Ministro de Justicia, al decir que el Proyecto «... constituye a los Jueces en garantes de la primacía de la Constitución y de las Leyes, y lo hace estableciendo ya desde el artículo 1.º, que no tienen más sometimiento que la Constitución y la Ley. Y añadiendo en el artículo 5.º que la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes *interpretarán y aplicarán* las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, y *de conformidad con la interpretación* que resulte de las resoluciones *del Tribunal Constitucional*» (200). Por eso puede afirmar el señor Ministro que «el Proyecto constituye a los Jueces en garantes del sistema democrático, que radica en el mantenimiento de la primacía de la constitución en la Ley cuando condiciona el cumplimiento de las cuestiones de constitucionalidad al hecho de que el Juez no pueda, por vía interpretativa, acomodar la Ley postconstitucional... Cuando abre paso, en todo caso, al recurso de casación...» (201), y puede afirmar que el Proyecto se construye en «una democracia judicializada» (202), adquiriendo sentido total el concepto ofrecido del Juez constitucional (203).

3. *Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Que la jurisprudencia constitucional sea erigida como fuente formal del Derecho explica, en parte, la motivación del recurso de casación por infracción de la jurisprudencia. Ahora bien, el carácter fontano de la jurisprudencia constitucional no es manifiesto ni declarado sino con la Ley Orgánica del Poder Judicial. ¿Cómo entender entonces la referencia a la

(200) Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7365, énfasis añadido.

(201) *Ibidem*.

(202) *Ibidem*.

(203) *Supra*, nota 184, párrafo último.

jurisprudencia, sin matiz alguno, de los artículos 1.692 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil? ¿Se erige a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en fuente del Derecho igualmente?

Creo que no. El artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desvincula absolutamente al Juez inferior de los pronunciamientos que pueda hacer el Tribunal Supremo, quien solamente queda facultado para corregir la interpretación del ordenamiento hecha por los órganos inferiores «en virtud de los recursos» establecidos. Lo cual presupone la total libertad del Juez respecto de las opiniones del Tribunal Supremo.

Hay, no obstante, una manifestación de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo, que no se aparta de la noción de jurisprudencia constitucional, y que sí tiene cabida en el artículo 1.692, 5.º: aquella jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, en cumplimiento «de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», señala el sentido que tiene la Constitución, coherente en lo absoluto con la elaboración jurisprudencial dada por el Tribunal Constitucional (204).

Ahora sí adquieren sentido pleno el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes (205), y por función de ello es dable

(204) Lo que queda pendiente de análisis, si mi tesis es cierta, es: ¿La doctrina legal desaparece de la casación, no siendo su infracción motivo de recurso, o habrá que entender que, permeando la Constitución al ordenamiento todo, la infracción de cualquier parte de éste implica la que aquélla (art. 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de manera tal que toda sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto imperativamente reconocedora del ordenamiento constitucional, es base de interposición del recurso?, criterio que no ampara, ciertamente, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (o no tendría éste sentido alguno). Tal idea de una especie de *panconstitucionalismo* no es un absurdo. Como ha escrito DE ESTEBAN, «... el principio de constitucionalidad se consolida igualmente merced al criterio de interpretación de todas las normas, con independencia de su rango y del momento de su promulgación, en conformidad con la Constitución. Lo cual es lógico si, como ya hemos demostrado, la Constitución posee una clara supremacía en el ordenamiento jurídico del Estado. Tal interpretación de las normas, en lo que se refiere a los diversos agentes jurídicos encargados de aplicarlas, obliga no sólo a mantener su aplicación en consonancia con los diversos artículos de la Constitución de que derivan su alcance, sino también de acuerdo con los valores superiores que la Constitución proclama en su Preámbulo y en el artículo 1.º y en otros que se puedan deducir del resto del articulado. No cabe duda, pues, como ha puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, que 'en este sentido habrá que entender en adelante que la indicación del artículo 3.1 de nuestro Código Civil, que ordena interpretar las normas "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto" llama, en primer lugar, para depurar ese contexto, a la norma constitucional'» (*loc. cit.*, pág. 43, con referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, págs. 97 y ss. y 102).

(205) 1.707, párrafo primero; 1.710, regla 2.ª; 1.718, párrafo primero, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículos 5.4, 7, 12 y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

afirmar que también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se convierte en fuente formal de Derecho para los organismos inferiores, en tanto en cuanto «transmite» el sentido constitucional elaborado por el Tribunal Constitucional. Y es ahora que adquieren sentido las precauciones del legislador ante un recurso que innova y que debe sopesarse con prudencia, porque se trata de que también las sentencias del Tribunal Supremo que «expanden» o «generalizan» —permítaseme la expresión— la jurisprudencia constitucional, en cuanto conformes con ésta, son ordenamiento jurídico, y por ello, no seguir las implica infracción, que justifica interponer recurso de casación.

Puede argumentarse que la reforma de la legislación rituaría es anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto es verdad por las fechas de entrada en vigor, pero no tanto como plan organizado de reforma del procedimiento, pudiendo decirse que la Ley Orgánica y la de reforma urgente (y tan *urgente*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son sino dos brazos de un mismo cuerpo.

Sólo así tiene significado el artículo 5.3, que impone al Juez la «obligación» de interpretar una norma como paso previo a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, reclamo que no se le exige, naturalmente, en sus demás actuaciones como intérprete (art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Y se explica igualmente la trascendencia del artículo 5 de la Ley Orgánica como *eje* de la reforma: «... el nervio de esta reforma que se contiene en el artículo 5 —que es la obligación que se establece de que los Jueces apliquen directamente la Constitución y no solamente el resto de las Leyes del ordenamiento legislativo— (...) y (el) artículo 5.º, que, repito, es una de las piezas angulares de esta reforma —particularmente, no tengo empacho en decirlo, es lo que más me gusta de la reforma—...» (206).

En el fondo hay una razón eminentemente práctica, que explica la orientación de la reforma: dejar al Tribunal Constitucional libre de atender recursos reiterativos de lo mismo sobre lo que el Alto Organismo se haya pronunciado previamente; disponibilidad que le permite atender en los recursos que tengan por objeto la interpretación de preceptos constitucionales cuyo sentido y alcance esté aún sin precisión jurisprudencial

(206) Señor GRANADOS CALERO, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, página 7399.

o con el tiempo deban ser reorientados en su significación (207). Aparte el acto político, es claro.

Y es en esta función vivificadora y constantemente actualizadora de la Constitución —previamente, es obvio, «agotado» su sentido y alcance iniciales— que se explica elevar su jurisprudencia a fuente de Derecho.

VI. SISTEMA DE FUENTES Y LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Cuando España carecía de sistema constitucional, escribía DE LA VEGA BENAYAS que «si el órgano judicial supremo de un país tiene la función de vigilar la uniformidad interpretativa de las normas aplicadas por los Jueces y Tribunales, para evitar los excesos o defectos en el entendimiento de la Ley (defensa del *ius constitutionis*), se habla de la función *política* —en sentido lato— del Tribunal de Casación o Supremo. Pero si al lado de ellos las Leyes procesales —como ocurre en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil— le encomiendan la tarea más delicada de elaborar una doctrina (aunque se llame *legal*) que en la práctica ha de tener la misma fuerza que la Ley, es decir, la casación de la sentencia que la infrinja, es claro que se puede hablar ya no sólo..., sino de una elaboración normativa por el Tribunal Supremo con eficacia general y vinculante, no sólo para los litigantes, sino como precedente. Que el Tribunal... pueda variar su doctrina por realismo y necesidad, por la naturaleza de

(207) Dice LUCAS VERDÚ: «... La Constitución no se explicita totalmente por el texto escrito y articulado, por el instrumento constitucional, aunque las decisiones básicas, como es natural, se encuentran en éste...» (*Interpretación*, cit., loc. cit., página 20). Y con relación a la enumeración de derechos y libertades escribe: «A primera vista parecería que en esta larga y prolija tabla de derechos se encuentran todos los actuales y posibles derechos y libertades. Con otras palabras, ¿han conseguido los constituyentes agotar su número... Su intento es ilusorio, porque el progreso cultural, económico, social y tecnológico puede suscitar pretensiones jurídicas fundamentales que merecen acogerse a la Constitución. Hace unos años no se pensó en el derecho a disfrutar y el deber de preservar el medio ambiente (artículo 45). Tampoco se imaginó que la garantía del honor y de la intimidad personal y familiar requeriría la limitación de la informática (art. 18.4). No se contempló entonces, en el nivel constitucional, la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2) ni el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. La experiencia constitucional manifiesta un sucesivo aunque lento enriquecimiento de los derechos y libertades básicos, así que los intentos de fijar una tabla de los mismos completa y cerrada es una ilusión y además una inconveniencia. Es posible que se imponga más adelante el derecho de los padres a elegir el sexo de sus hijos, el derecho a disponer del propio semen, el derecho a la fecundación artificial. Dada la dificultad de la reforma de la Constitución (arts. 166-169), sería arduo introducir estos u otros posibles derechos y libertades en el nivel constitucional» (*ibidem*, págs. 28-29). No tan arduo, vía artículos 9, 10, 15, 27, etc.

su propia función de decisor de casos, es circunstancia que no altera en nada la característica de la nueva normatividad explícita, como no altera la naturaleza legal el hecho de su derogación» (208), lo que, por el recurso a los principios generales del Derecho, le lleva a reconocer el carácter fontano de la jurisprudencia, si bien admitiendo que no se trata de considerarla como fuente formal, sino real e institucional, y rechaza el criterio de LALAGUNA, y con él tantos otros, que niegan tal posibilidad porque nunca se ha invocado en casación un principio no acompañado del texto legal que se dice infringido, para concluir tal probabilidad aunque todavía no se haya presentado como un hecho en los Tribunales (209).

El argumento de LALAGUNA (210), que todo principio debe mantener un contacto con la norma escrita para ser operativo, puede servir para dejar satisfecha a la doctrina tradicional española. Ahora bien, ¿no pueden darse principios escritos que no tengan significado alguno? Entonces, ¿qué diferencia atribuir a un principio no escrito que también tiene en absoluto ningún significado? Porque en ambos casos su vaguedad y generalidad *reclaman* la precisión. El texto escrito puede dar precisión a un principio no formulado así; pero también el texto escrito puede dejar sin esa precisión al principio en el texto recogido. En ambos casos, y es lo que importa, con el solo principio no hacemos absolutamente nada. Y si el Derecho está dado para la vida, esto es, requiere ser útil, aquel principio, en esa fase o estadio, por ser inútil, no sería jurídico. La igualdad del género humano es un principio conocido desde hace muchísimo tiempo; cabe considerarlo como un principio no formulado. Y recogido en una Constitución o texto fundamental puede cumplir la misma función que no estando recogido: ser vivificado al delimitarse su alcance o ser un artículo de lujo, porque ni como principio ni como norma recogida en su texto se hace del mismo aplicabilidad alguna. El principio de igualdad de los hombres ante la Ley, por ejemplo, es norma básica del ordenamiento constitucional norteamericano..., aunque no aparece en parte alguna de su Constitución. Se recoge en la fórmula literaria de la Declaración de Independencia, que no es parte de la Constitución norteamericana. Sin embargo, a pesar de su desconexión con un texto normativo y vinculante, ha informado las mejores líneas directrices de aquella jurisprudencia anglosajona. Numerosas Constituciones de otros países incluyen la igualdad como puerta de su articulado, pero esa igualdad no es producto de recibo y no aparece recogida, invocada, cuanto menos aplicada por los respecti-

(208) DE LA VEGA, *op. cit.*, págs. 97-98.

(209) *Ibidem*, *passim* págs. 98-100. Lo que le lleva a afirmar el carácter abierto de nuestro sistema jurídico (pág. 100).

(210) *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.

vos Tribunales. No estriba, pues, en el modo de presentarse el principio, sino en la voluntad política de instrumentarlo, que sea o no operativo.

Es precisamente la labor de convertir el principio en norma de conducta (esto es, significar de sus probables sentidos el estimado normal) lo que convierte al órgano que asuma la función en órgano material que crea la fuente formal de Derecho, la norma. Que tal actividad la suele desempeñar en nuestro medio un poder (cuando no cámara) legislativo es cierto. Pero no hay razón alguna, salvo la inercia histórica, que no autorice a designar en otro órgano dicha función (211).

En nuestra tradición histórica, como en la del continente europeo en general, la función de normar se ha atribuido a un legislativo, cuando no al propio ejecutivo (autócrata, monarca absoluto, etc.), en parte por herencia del Derecho romano justiniano, es decir, como expresión del poder político concentrado en el *poder*, frente al poder del pueblo (real o nominal, es ahora lo de menos). Pero hecha excepción del peso de esta tradición, no hay otro argumento para favorecer tal fenómeno. Y sí aquella tradición explica entonces que nuestros sistemas de Derecho hayan sido de aquéllos, que se centran en el Derecho privado, pues el Derecho público, el político por excelencia, ha solido quedar fuera del Derecho y remitido a la voluntad dirigente. No fue, ni podía serlo, distinto con el advenimiento de la codificación, expresión del criterio burgués que identificó, además, sus intereses históricos con la razón natural. Lo dice, en otro contexto, LUCAS VERDÚ (212), al escribir, explicando la relevancia de nuestro Código Civil, que «el motivo es la tradición formada en la época de la codificación moderna inspirada en la ideología predominante, que consideraba al Derecho privado el núcleo esencial de la experiencia jurídica y veía al Código Civil como la Ley fundamental de una sociedad ordenada según los principios liberales».

Pues bien, la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin rechazar esa tradición, aportan la novedad de atribuir a los Tribunales, a algunos Tribunales, una función normativa, convirtiendo su jurisprudencia en fuente formal de Derecho. Porque es imperativo con el sistema elegido por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Porque como la consti-

(211) La Ley desenvuelve siempre un principio porque el principio reclama siempre la precisión normativa. «Frente a las normas que son consecuencia, aplicación o determinación respecto de una regulación concreta, los principios son su origen, su antecedente o la cantera de donde aquéllas toman sus materiales para construir el ordenamiento formulado» (DE LOS MOZOS: *Norma, principio y sistema*, cit., loc. cit., pág. 329).

(212) LUCAS VERDÚ, P., loc. cit., pág. 18, con referencia a TARELLO, Giovanni: *Le ideologie della codificazione dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Génova, 1969-71, y a CORRADINI, D.: *Garantismo e statalismo. Le codificazione del ottocento*, Milán, 1971.

tuyente no terminó la Constitución, introdujo ambigüedad constante en la misma, fue a asegurar para cada grupo participante su particular interés o perspectiva, es menester «terminarla», al tiempo que constantemente actualizarla. No creo un absurdo afirmar que numerosos preceptos de nuestra Norma Máxima nada dicen por sí mismos (pretendiendo decirlo todo), bien por su probable amplitud, bien por su oposición a otros preceptos de la misma Norma. Esto es, algún contenido amplio de la Constitución está solamente enunciado y es requerido traducirlo en normas. Unas veces, la traducción se hace mediante Leyes Orgánicas o Leyes (en sus diversas modalidades previstas). Otras veces, por designio de la Ley Orgánica del Poder Judicial en conexión con la Constitución misma, es concebida como función estricta y esencialmente judicial.

Atribuida, en efecto, tal función al Tribunal Constitucional, se explica que sus sentencias sean entonces vinculantes, pero no ya por el efecto práctico de agotarse en el Organismo la instancia, sino porque tales sentencias están investidas de la condición de norma de Derecho (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no adjudica derechos (aunque como consecuencia de sus pronunciamientos, sobre todo en trámites de amparo, la adjudicación sea consecuencia imperativa de la función hermenéutica). Cuando fija el sentido de un principio constitucional lo hace normativo, es decir, determina en su orientación qué sentido dar al principio, a diferencia de cuando interpreta una norma constitucional (v.gr., art. 162.1, *b*), de la Constitución acerca de qué es *interés legítimo* a efectos de la legitimación para interponer recurso de amparo), en que cumple la ordinaria función jurisprudencial.

Y al fijar el sentido de un principio constitucional también señala a los demás Tribunales cómo debe aplicarse en los casos que ante éstos surja el correspondiente principio. Con su interpretación, el Tribunal Constitucional aporta el *genérico supuesto de hecho* de que el principio adolece por definición; genérico supuesto de hecho que funciona como hipótesis general y abstracta respecto de las situaciones particulares en que han de entender los otros Jueces y Tribunales. Se aproxima bastante, aunque no se identifique, esa interpretación a la *Rule* anglosajona. Pero, sobre todo, se integra como norma en el resto del ordenamiento, siendo competencia del Tribunal Supremo casar la sentencia del Juez o Tribunal que infrinja esa norma jurisprudencialmente determinada, porque para ese Juez o Tribunal, así como para el Tribunal Supremo, dicha norma jurisprudencial le vincula total y absolutamente (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nuevamente).

Cuando DE LA VEGA defiende el carácter de norma material para la jurisprudencia se encarga de señalar: «repetimos, para terminar, que esta norma no es una horma ortopédica. Si la Jurisprudencia es fuente lo ha de ser en su condición propia: dinámica, progresiva y cambiante. Lo que parece una contradicción entre norma (seguridad jurídica) y cambio no es más que la realización institucional del Derecho judicial y en concreto de la Jurisprudencia: 'adapta las leyes a la realidad social de cada momento histórico', interpreta y aplica las normas jurídicas y, en su caso, obtiene del orden jurídico, con la utilización de criterios objetivos, la solución de nuevos problemas y casos. Este es el fundamento del mandato no imperativo de la Jurisprudencia. Institucionalmente, sería ilegal —de ser imperativo— porque atentaría contra la independencia del Juez. Pero éste, mientras el caso no postule otra nueva directriz (...), seguirá, por su autoridad propia, la regla que la Jurisprudencia ha fijado» (213).

Bien, algo ha cambiado con la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que por ello se rechace el argumento del prestigioso Magistrado.

La función de la Jurisprudencia constitucional, así, con mayúscula, adquiere carácter imperativo, sin que sea por ello ilegítima ni atentadora, no empece su obligatoriedad, para la independencia y libertad del Juez o Tribunal inferior en su actividad de intérprete. Porque todavía le corresponde a éste —y es su función natural— contrastar (esa «subsunción») la situación fáctica concreta con la hipótesis genérica de hechos que la sentencia del Tribunal aporta para hacer útil el principio; está sujeto, sí, pues su actividad no es arbitrio caprichoso, por la dialéctica de los hechos-norma, porque esa genérica hipótesis fáctica que la sentencia constitucional ofrece respecto del principio o valor constitucionalmente declarado (artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no le permite al Juez apartarse del *hecho básico genérico*; pero, naturalmente, le posibilita apreciar la relación entre éste y los hechos concretos del caso. Lo que no debe nunca es sustituir la relación hecho del caso y hecho básico genérico ínsito en la sentencia constitucional. Por eso es vinculante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no como sentencia que congela un significado, sino como vehículo traductor de los valores y principios: éstos *deben entenderse* conforme al sentido «que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional» (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que no inhabilita al Juez o Tribunal en su función. Y es que el Juez del caso concreto debe usar de esa interpretación constitucional del modo con que usa de la Ley. La Ley Orgánica no le aparta de la

(213) DE LA VEGA, *op. cit.*, pág. 103, con referencia a SILVA MELERO: *Discurso de apertura de los Tribunales 1974*, pág. 27.

aplicación de la Constitución, muy por el contrario, le incita, le invita y, finalmente, le obliga a ello. Cabe, obviamente, que el Juez capte en la jurisprudencia constitucional un sentido que no sea el propio, porque usa su libertad hermenéutica (art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sentido que, sin embargo, se impondrá como propio del ordenamiento por efecto de la casación (art. 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero no dándose tal circunstancia, también ese Juez o Tribunal contribuye a la constitucionalización del sistema, incluso proponiendo con su particular sentencia un sentido dinámico, progresista y cambiante, en apoyo de la línea y del esfuerzo del Tribunal Constitucional. Lo que no puede hacer es ir más allá o venir más acá del sentido posible dado al principio en la sentencia constitucional. Diríamos, parafraseando a CARDOZO, que los Jueces y Tribunales «de movimientos en grande están limitados a movimientos moleculares» (214). No se les impide incluso ir más allá: dado que la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, mientras que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado, puede hacerlo el órgano inferior; porque si su sentencia es correspondiente con los principios y preceptos constitucionales (y nunca incongruente con la línea que objetivamente considere que sería la propia del Tribunal Constitucional), nada le impide intervenir en la constitucionalización del ordenamiento jurídico: es su derecho y es su deber (arts. 5.3, 7 y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Valga decir que al Tribunal Constitucional le corresponde fijar la *estructura* del ordenamiento constitucionalizado y al resto de los órganos jurisdiccionales a proceder a erigir el edificio. Y allí donde falte una cruzía pueden intentar ponerla siempre que, naturalmente, se manifieste su coherencia con el resto del edificio, que dotará a éste de plenitud (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por eso, sentencia del Tribunal Constitucional y *Rule* anglosajona, aunque parecidas en alguna de sus funciones, corren por caminos distintos. La sentencia del Tribunal Constitucional no es, como la sentencia anglosajona, *res iudicata* al tiempo que *precedente*, por demás —se dice— abierta a las nuevas exigencias. Como ya he indicado en otro lugar (215), «es grave la contradicción aquí encerrada. La sentencia anglosajona parte de considerar el *common law* como previa costumbre de la tierra, que solamente se conoce mediante el fallo (lo que es un éxito de la concreción y un rechazo de aquella afirmación axiológica), lo cual supondría que ese

(214) CARDOZO BENJAMIN, N.: «Nature of judicial process», en *Selected Writings*, Ed. Mathew and Bander, 1947, reimpresión 1977.

(215) VÁZQUEZ BOTE: *Sentido inicial*, cit., loc. cit., pág. 475.

common law debiera ser seguido por el Juez, impidiéndole, por tanto, la labor de elaboración o construcción jurídica, quedando su tarea limitada a la aplicación (216). Pero al invocarse el precedente se reclama la inalterabilidad del fallo respecto de esa norma preexistente, lo que lleva a que el precedente sea una simple excusa y no fuente de Derecho de otra sentencia posterior, o a admitir un mecanicismo rígido, nunca conocido en el Derecho europeo continental. La conclusión imperativa sería que la *res iudicata* impide el precedente concebido como instrumento de conceptualización o construcción jurídica, conceptualización que sólo es posible en la fase de aplicación de la norma, que, no obstante, se rechaza por el jurista anglosajón. Es verdad que en POUND hay una intención conceptualista, pero no profundiza, limitándose a señalar grandes líneas generales. En LLEWELLYN y en FRANK desaparece todo intento de mínimo conceptualismo, al pretender identificar hecho y Derecho. Así, los *leading cases*, que son conceptualización que impele a renovar el sistema, quedan fuera del Derecho, aunque sean los que permiten averiguar el futuro fallo probable. Por lo demás, la identidad hermenéutica es total» (217).

(216) Naturalmente, no es así. «El precepto moderno del sistema continental ha de ser 'aplicable', es decir, precisado en su alcance y modo de operación por medio de criterios que un cuerpo de funcionarios ha de establecer, en forma comprobable, como dados o no dados. Ya aquí aparece la distancia que separa el concepto continental de 'norma' del angloamericano de *rule*: en ésta el Juez no es un funcionario a los efectos de una acción burocráticamente organizada. En la terminología de Max WEBER tendría las notas de una forma de soberanía tradicional, no las de una forma burocrática. Esto basta para explicar la razón de que para el pensamiento jurídico continental la diferencia entre principio y norma posea un alcance mucho mayor que, para la concepción del *common law*, la distancia entre *principle* y *rule* (ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, cit., pág. 66).

(217) Con la precisión que le caracteriza destaca BETTI: «... reconoce a este propósito ROSCOE POUND una esencial diferencia entre la técnica interpretativa de los códigos basados en el Derecho romano y la propia del Derecho anglosajón. Donde las máximas o criterios base (*grounds or guides*) de la decisión deben basarse en leyes escritas (*statutes*) o en decisiones judiciales anteriores (*reported*). Aquí el interpretar un precepto jurídico a aplicar se concibe, por una especie de mito antropomórfico, como un volver a encontrar el entendimiento en la *mens* (*finding out of the meaning*) de un 'legislador' que se supone y postula análogo a un JUSTINIANO (típica concepción decisionista, SCHMITT: *Ueber die drei Arten d. rechtswiss. Denkens*, 24-29). En este sistema una Ley escrita suministra únicamente reglas o máximas (*rules*), esto es, determinados tipos de situaciones de hecho, lo que no es parangonable a un artículo de un Código que pueda ser utilizado como punto de partida para argumentar la máxima de decisión. De esto deriva que en el sistema anglosajón, en defecto de Ley escrita, se debe hacer referencia al cuerpo de las decisiones, ya para encontrar una exactamente adaptada al caso, ya para hallar un principio a adoptar como punto de partida de la argumentación. Pero —y ello es característico de la concepción anglosajona— este proceso heurístico orientado a encontrar el Derecho en las decisiones precedentes no se califica como 'interpretación'. Ciertamente, ambos procesos son idénticos en el fondo: a) el proceso de recabar, mediante desarrollo analógico del texto de un código, el precepto

Hay, no obstante, cierto paralelismo entre el modo de actuación de un Alto Tribunal anglosajón y el de nuestro Tribunal Constitucional, luego de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y quizá no sea impertinente, salvadas las distancias técnico-jurídicas, pensar en la introducción dentro de nuestro sistema jurídico de una operatividad característica de un sistema de *common law*, representado en nuestro caso, *mutatis mutandis*, por la Constitución (218).

Pero hay también otro cambio más importante, derivado de la reorientación relativa del sistema jurídico ante la aparición de la Constitución, desplazando al Derecho privado como nervio esencial del sistema para ocupar su lugar el Derecho público. Pasa siempre que la preocupación por las personas y sus libertades toma importancia, porque esas personas y esas libertades peligran, así en el ámbito atribuible a los delitos (primacía del Derecho penal) como en el de la cotidiana lucha por el propio respeto (primacía del Derecho político). Jueces y Tribunales deben tomar parte en esa preocupación porque son personas, pero también garantes de un sistema que ofrece la probabilidad de que así se haga. Tienen sentido las palabras del señor Ministro de Justicia, cuando defendía el Proyecto de Ley como expresivo de sustentar una *democracia judicializada*, al indicar: «Pues bien, añado ahora que si la *praxis* demostrara que los Jueces no afrontan esa función de asumir la defensa del sistema democrático, desde luego yo sé que no ocurrirá, pero si ocurriera en algún caso

a aplicar, y b) el proceso de desarrollo analógico de un precepto del cuerpo de las decisiones precedentes. Pero los anglosajones rechazan la aplicación analógica de los textos legislativos (*statutory*), ya que los textos codificados (*codifying statutes*) no hacen a lo sumo más que declarar (esto es, interpretar los mismos textos, como podría hacer un texto refundido) criterios de decisión y vienen integrados (*eked out*) mediante referencias complementarias a las causas decididas o a los supuestos concretos. Y así parecen del todo distintos y separados: a) el proceso heurístico de recabar un principio de las decisiones jurisprudenciales dotadas de autoridad. Sólo allí donde una decisión o una jurisprudencia uniforme no hace otra cosa que fijar una regla o una máxima para un tipo definido de situaciones de hecho, el proceso lógico parece comparable a la técnica de encontrar una máxima de decisión en un texto escrito (*statute*). Esta diferencia de mentalidad entre nosotros y los anglosajones no hay que perderla de vista» (BETTI: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Madrid, 1959, págs. 125-126, nota 91 a la pág. 95).

(218) O quizá simplemente la propuesta de ZEILLER que indica PUIG BRUTAU ante el fenómeno de las cámaras legislativas del actual Estado capitalista (sin excluir al llamado Estado socialista) de su escaso interés por el Derecho: «La propuesta de ZEILLER tiene (el) carácter y consiste en dar una facultad de interpretación vinculante a un nuevo organismo administrativo judicial. La nueva institución debería impartir doctrina jurídica en abstracto y sus opiniones serían vinculantes una vez publicadas... Si una pretendida interpretación en realidad va a modificar un texto legal, esta modificación se haría sin posibilidad de la revisión parlamentaria, aunque es verdaderamente lo que ya sucede en cuestiones de Derecho civil» (PUIG BRUTAU: *Introducción*, cit., pág. 191).

no sería porque la Ley Orgánica del Poder Judicial, si se aprueba en los términos que contiene el Proyecto, no se lo permitiera» (219), al menos en el punto que aquí me ocupa.

Por consecuencia de todo lo dicho, creo que pueden sentarse las siguientes conclusiones:

a) El sistema de fuentes determinado en el artículo 1.1 del Código Civil, que es parte del ordenamiento constitucional por remitirse al mismo la Norma Máxima (art. 9.3 de la Constitución), enuncia una jerarquía de fuentes, Ley, costumbre, principios generales del Derecho, que ha sido modificada por imperativo de la Constitución misma.

b) Esa jerarquía de las fuentes queda establecida del siguiente modo:

1. Principios constitucionales informadores del entero ordenamiento jurídico, algunos de los cuales se contienen y manifiestan en la Constitución como enteramente abiertos.

2. Constitución Española.

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto formuladora del sentido de los principios constitucionales y de la propia Constitución.

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, conforme a las directrices que resulten de la interpretación constitucional de los preceptos y principios constitucionales, señale el sentido y significado de la Constitución y sus principios.

5. Ley constitucional.

6. Costumbre constitucional.

7. Principios generales del Derecho en función subsidiaria.

Las otras manifestaciones de la jurisprudencia siguen complementando el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar el ordenamiento jurídico.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(219) Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7366.