



Título: Capoeira

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 30

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL*

* El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación interdisciplinar titulado “*Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial*” (DER2010-19897-CO2-01. JURI), financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación (Dirección General de Investigación y Gestión del Plan Nacional I+D+I). El desarrollo de dicho proyecto de investigación, de cuyo equipo de investigación es miembro la Dra. Pilar Gutiérrez Santiago, está a cargo de las siguientes Entidades participantes: Universidad de León, Universidad de Oviedo, Universidad Pública de Navarra y Universidad del País Vasco (las cuatro en España), Universidad de Trento (Italia) y Universidad de Mar del Plata (Argentina).

Fecha de recepción: enero 17 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Pilar Gutiérrez Santiago **

RESUMEN

Tras enmarcar la llamada “constitucionalización” del Derecho Civil dentro del complejo y heterogéneo conjunto de factores determinantes de la evolución y renovación de esta rama del ordenamiento jurídico, en el presente artículo se analizan las principales manifestaciones de dicho fenómeno, con particular referencia al Derecho civil español. Así, de una parte, se comienza efectuando un recorrido por algunos de los contenidos e instituciones típicamente civiles que han pasado a alcanzar rango constitucional (la familia y el matrimonio, la propiedad privada y la herencia, la protección de los menores y de los consumidores, etc.). Seguidamente se exponen otros planos desde los que la Constitución ha irradiado su influencia sobre el Derecho Civil, centrándose la atención en los problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y en los derivados del desarrollo de la Constitución por el legislador civil (ya mediante leyes especiales, ya a través de la reforma del Código Civil); todo ello a la luz de la notoria incidencia sobre el régimen jurídico de la filiación del principio constitucional de libre investigación de la paternidad y del principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y del impacto del principio de no discriminación por razón de sexo en materia de nacionalidad y de sucesión en los títulos nobiliarios. Finalmente, y bajo la premisa de la doble vinculación de la función judicial a la Constitución y a la Ley, se da cuenta críticamente del uso (y en no pocas ocasiones, abuso) de la reinterpretación constitucional de las normas civiles que llevan a cabo los tribunales españoles.

Palabras clave: Derecho Civil, Constitución, instituciones civiles constitucionalizadas (familia, matrimonio, propiedad, protección de menores y de consumidores), eficacia derogatoria de la Constitución, desarrollo de la Constitución por el legislador civil, principios constitucionales, interpretación constitucional del Derecho Civil.

CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW

Abstract

This article analyzes the most important manifestations of constitutionalization in civil law, stressed in Spain civil law. Then, this will begin with the study of civil institutions that nowadays are in the Constitution (for example: family, marriage, private property, inheritance, protection of minors, consumers). Later, we will study some problems of civil law, like derogation of civil norms pre-constitutional, filiation, equality between marital and extramarital offspring and constitutional reiteration of civil norms, that are made by Spain judges.

Keywords: Civil law, Constitution, constitutionalization of civil institutions (family, marriage, property, protection of minors and consumers), derogatory efficacy of the Constitution, development of the Constitution by the legislative, constitutional principles, constitutional interpretation of civil law.

** Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de León en España.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Sumario:

1. Planteamiento general: la constitucionalización del Derecho Civil en el marco del debate sobre la <<crisis>> del Derecho Civil.
2. El rango constitucional de algunas instituciones típicamente civiles.
3. Otros planos de la proyección constitucional sobre el Derecho Civil: problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y de desarrollo de la Constitución por el legislador civil.
4. La interpretación constitucional de las normas civiles.

.....

1. Planteamiento general: la constitucionalización del Derecho Civil en el marco del debate sobre la <<crisis>> del Derecho Civil.

Han transcurrido ya varias décadas desde que se abriera en la doctrina científica un debate acerca de la <<crisis>> del Derecho privado en general, dentro del cual no pocos estudiosos han venido cuestionando, bajo ópticas y planteamientos diversos, la utilidad del Derecho Civil en particular. La idea de que éste ha entrado en decadencia, el fenómeno de su ocaso, su envejecimiento o, para los más pesimistas o alarmistas, el de su propia muerte, suena ya a tópico.

Ante los vertiginosos cambios que constantemente se producen en el mundo actual en todos los órdenes (social, político, económico...), honesto es reconocer el anquilosamiento de algunas figuras civiles clásicas (censos, enfiteusis, ciertos supuestos de accesión, la ocupación,...) incapaces de dar respuesta adecuada y atender a las nuevas necesidades sociales. Pero, en contrapartida, tampoco cabe desconocer el creciente desarrollo y pujanza de numerosos ámbitos y relaciones jurídicas con repercusión civil que tradicionalmente habían tenido escasa consideración (el llamado Derecho de consumo, la responsabilidad civil extracontractual, algunos aspectos del régimen jurídico de la vivienda o del Derecho urbanístico y medioambiental, etc.).

En verdad, el pretendido “declive” del Derecho Civil no es más que un fenómeno histórico de transición y evolución -la <<metamorfosis>> de que en general se ha hablado especialmente en la doctrina francesa¹-, consistente en la superación de los esquemas, hoy anacrónicos en gran medida, que fueron plasmados en los Códigos Civiles decimonónicos -alumbrados en una sociedad completamente distinta a la de hoy-, en la actualización y revisión de los institutos y principios jurídico-civiles clásicos como valores privados de organización social y en la construcción de otros nuevos que logren estar en consonancia con las circunstancias socio-económicas del tiempo presente y adaptarse a su acelerado ritmo de transformación, para así servir de cauce jurídico a las nuevas formas de vida de la persona y de la familia y a la nueva concepción patrimonial².

Dentro de ese proceso de renovación o reajuste de las figuras, instituciones y principios civiles para mantener toda su vitalidad, es lugar común la identificación de una serie de corrientes que vienen a perfilar la nueva cara del Derecho Civil: a saber, su patrimonialización³, su publicación o administrativización⁴, la descodificación de esa rama del Derecho⁵ y su internacionalización (ya a la luz del ideal de una Europa política y jurídicamente unida⁶ o, más allá, a través de la llamada

1 LACRUZ *et al.* (2006) p. 34.

2 Igual reconocimiento de la función social de la propiedad llevan a cabo con posterioridad, por ejemplo las SSTC 89/1994 de 17 marzo, 204/2004 de 18 noviembre y 112/2006 de 5 abril, así como las SSTS de 4 junio 2001 (Sala 3ª, RJ 2002/3119) y 20 diciembre 2005 (Sala 1ª, RJ 2006/288).

3 Vid. igualmente, por ejemplo las SSTC 116/1999 de 17 junio y 273/2005 de 27 octubre. El mismo criterio acoge el TS español, entre otras en las SS. de 17 enero 2003 (RJ 2003/5) y 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148).

4 ROCA I TRÍAS (1990) p. 1087.

5 ALONSO (1998) pp. 25-26.

En contra de esa opinión, ya por esas mismas fechas DE VERDA (2001) pp. 64-67, aun sin prejuzgar su concreto grado de protección, postulaba la inclusión de la familia homosexual en el ámbito de la protección constitucional del art. 39.

6 Ante la evidente existencia en el ordenamiento civil español de numerosas leyes anteriores a la Constitución, no parece inoportuno apuntar que cuando los jueces y tribunales ordinarios, y en particular el Tribunal Supremo, aprecian su inconstitucionalidad sobrevenida puede plantearse algún problema, especialmente cuando esa hipotética inconstitucionalidad es manifiestamente *opinable*. Para ilustrar tal problema –así como las consecuencias paradójicas que, a veces, se derivan del distinto ámbito de competencia entre el TC y el TS- contamos con la archiconocida STC 126/1997 de 3 julio, sobre las *sucesiones nobiliarias*. Ante la duda de si la *preferencia del varón sobre la mujer* que en dicha materia establecía la legislación preconstitucional era o no contraria al *principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo* del art. 14 CE, el TC se inclinó por rechazar la inconstitucionalidad de la misma (si bien con tres votos discrepantes). Sin embargo, frente a esa Sentencia del TC que consideró tal normativa conforme a la Constitución, resulta que *la Sala Primera del Tribunal Supremo, apreciando su inconstitucionalidad sobrevenida, había venido manteniendo hasta ese momento la tesis contraria*. Pues bien, como observa BERCOVITZ (1998) pp. 16-18, *la parte perjudicada por estas resoluciones del TS carecía de toda vía de acceso al Tribunal Constitucional para discutir esa inconstitucionalidad sobrevenida*, carecía de un recurso de amparo basado en una interpretación

globalización de las relaciones privadas). A esos múltiples factores a los que se suele atribuir que el Derecho Civil, conservando su contenido mínimo fundamental, se haya visto obligado a evolucionar, ha de sumarse también el fenómeno de su “constitucionalización”⁷, la repercusión que en su ámbito han tenido las Constituciones. Aunque a nadie se oculta que, lejos de operar en solitario, esas diversas señas de identidad o tendencias que hemos apuntado se hallan entrelazadas y reclaman en rigor un análisis coordinado de su eventual interacción, la brevedad que la ocasión exige obliga a que este trabajo se limite a reflexionar sobre la denominada “constitucionalización” del Derecho Civil y, en particular, dada la obvia amplitud del tema y la multiplicidad de sus posibles contenidos, a ofrecer una exposición del estado de la cuestión tomando como referencia la incidencia que sobre el Derecho Civil español –o, menos pretenciosamente, sobre algunas de sus principales instituciones- desplegó el hito marcado por la promulgación de la Constitución española de 1978⁸ y sigue comportando tras sus más de treinta años de vigencia; pinceladas acerca del renovado planteamiento constitucional de nuestra disciplina en España que, no obstante, serían extrapolables, *mutatis mutandi*, a otros muchos ordenamientos jurídicos⁹.

Como punto de arranque para mostrar la necesidad de repensar *constitucionalmente* el Derecho Civil enmarcándolo en la *legalidad constitucional*¹⁰, es oportuno comenzar recordando -como hace LACRUZ desde una primera aproximación muy general- que “*la Constitución es una ley directamente aplicable en muchos casos; representa asimismo un principio superior a tener en cuenta en la interpretación de las otras leyes; y entraña también, en no pocos de sus preceptos, un mandato al legislador*”¹¹. Puesto en cualquiera de esos aspectos ha de ser tenida en cuenta

incorrecta y en la consiguiente aplicación errónea del art. 14 CE (pues no existe recurso de amparo frente a la aplicación indebida, por excesiva, de los artículos de la Constitución protegidos por aquél). “Tan es así –advierte el citado autor- que el control realizado en este caso por el TC, con respecto a la interpretación y aplicación correctas del art. 14 CE, no habría sido posible si la Audiencia Provincial de Madrid no hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad, impidiendo así que el Tribunal Supremo pudiera seguir manteniendo la mencionada doctrina”. Con todo, y para esta concreta materia, no puede eludirse que con posterioridad fue dictada la Ley 33/2006, de 30 octubre, sobre *igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, que, en consonancia con el mejor criterio previamente sostenido por el TS, vino a desautorizar en cambio el resultado derivado de la citada STC 126/1997.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA (1996) pp. 619-620.

8 ARAGÓN (1997) p. 199.

9 BERCOVITZ (2000) p. 1364.

10 Por remisión *in totum* a la doctrina sentada en dicha Sentencia, nuevamente en la de 16 febrero 2006 (RTC 2006/52) el TC volvió a reiterar la inconstitucionalidad del art. 133.1 CC (aunque también aquí se formularon dos votos particulares en contra).

11 Vid. también en esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA (1990) pp. 275-276.

por el civilista, y de ellos iremos dando cuenta a lo largo de las siguientes páginas, resulta de todo punto perceptible que el respeto debido a las directrices y principios constitucionales y a los mandatos jurídicos contenidos en el texto supremo del ordenamiento obligan a redefinir y reinterpretar el fundamento y extensión de las reglas, técnicas y nociones que componen el tejido normativo del Derecho Civil, no siendo así de extrañar que se haya llegado a acuñar la tan manida expresión <<*Derecho Civil constitucional*>>¹² para traducir esa recepción por el Derecho Civil de la multiplicidad de consecuencias jurídicas derivadas de los postulados consagrados en la Constitución.

2. El rango constitucional de algunas instituciones típicamente civiles.

Junto con un contenido netamente político (organización del Estado, Parlamento, Gobierno, Tribunal Constitucional, etc.), la Constitución española proclama una serie de principios generales y de valores superiores, informadores de todo el ordenamiento jurídico (y, por tanto, también del Derecho Civil), tales como la libertad, justicia e igualdad (arts. 1.1 y 9.2), la legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas y seguridad jurídica (art. 9.3), etc. Amén de la extensa proyección constitucional en el campo civil de ese haz de principios y valores inscritos en la norma suprema, también la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás –todo ello declarado como fundamento del orden político y de la paz social por el art. 10.1 CE– imprimen profundamente su huella en el Derecho Civil, sobre todo en aquellos de sus sectores más personalistas¹³. Además, la Constitución contiene algunas normas que, si bien trascienden

12 En España, vid. en especial ARCE (1991).

13 Vid. BARBER (2004) p. 40; y COLINA (2006) pp. 217-250.

Uno de los numerosos ámbitos civiles en los que subyace con claridad la necesaria garantía de *la dignidad de la persona* (art. 10.1 CE) lo ofrece la normativa sobre extracción y trasplante de órganos, en cuyo vigente Reglamento aprobado por RD 2070/1999 se dispone que “en todo caso, la utilización de órganos humanos deberá respetar los derechos fundamentales de la persona” (art. 4.2). Una mención particular merece también la *donación de embriones y fetos humanos*, que, según declaró la STC 212/1996 a fin de declarar constitucional la hoy derogada Ley 42/1988 reguladora de esa materia, *no implica patrimonialización de la persona ni es contraria al respeto a su dignidad que consagra el art. 10 CE* (como tampoco lo es la donación de órganos de la Ley de trasplantes de 1979), porque precisamente en la donación considerada se excluye cualquier causa remuneratoria y, además, sólo se admite respecto de embriones o fetos muertos, o en todo caso no viables (como igualmente prevé el art. 28 de la vigente Ley 14/2007 de Investigación Biomédica). Asimismo en materia de *reproducción humana asistida*, la STC 116/1999 declaró constitucional la Ley 35/1988 (hoy derogada por la Ley 14/2006 reguladora de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana) al considerar que *no era contraria a la dignidad de la persona del art. 10 CE* (ni atentatoria contra el derecho a la vida del art. 15). Por citar un ejemplo más, repárese en que también en la dignidad de la persona (en su vertiente

en su alcance el ámbito estrictamente civil, es en éste donde se halla focalizado su desarrollo: piénsese, por ejemplo, en las líneas rectoras de la nacionalidad del art. 11 CE –concretadas luego en los arts. 17 a 26 del Código Civil-, o en la mayoría de edad de la persona (art. 12 CE) que es en el art. 315 de aquel mismo cuerpo legal donde aparece fijada. Con todo, lo que interesa aquí especialmente poner en evidencia es que en la Constitución *están presentes algunas materias cuyo contenido corresponde al atribuido tradicionalmente al Derecho civil*¹⁴: cuestiones típicamente civiles como los *derechos de la personalidad*¹⁵ –derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15¹⁶) o derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18)¹⁷, la *propiedad privada* y la *herencia* (art. 33), el *matrimonio* (art. 32) o la *filiación* (art. 39.2 y 3), pasando por el derecho de asociación (art. 22) y el de fundación (art. 34), hasta la protección constitucional de la *familia*, los *menores* o los *consumidores* (art. 39.1 y 4 y art. 51 CE).

del derecho a morir dignamente) –así como en el derecho a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen (art. 18 CE)- hunde sus raíces la regulación del llamado “*testamento vital*” (o documento de “Instrucciones previas” o “Voluntades anticipadas”) que, si inicialmente cuajó en numerosas leyes autonómicas, fue admitido a nivel estatal en la Ley 41/2002 reguladora de la Autonomía del Paciente (arts. 11 y ss.).

- 14 Como constatación de esa idea en un horizonte jurídico más amplio, cabe recordar que, en el seno de la proyectada y fallida <<Constitución europea>> -no obstante su beneplácito español por LO 1/2005-, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 diciembre 2000 vino a confirmar el *reconocimiento de las figuras civiles ya consagradas en nuestra Constitución*. En la referida Carta -cuyo Preámbulo destaca que “*la persona se sitúa en el centro de su actuación*”- se recogen en un texto único, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, incluyéndose entre ellos *el derecho a contraer matrimonio, el de fundar una familia, el derecho de propiedad, el de protección de datos personales, la integración de los discapacitados, los derechos del menor, o la protección de los consumidores*, entre otros. Configurada inicialmente dicha Carta como documento con un mero valor programático (en cuanto quedó fuera del Tratado de Niza) y ante el indicado fracaso de la Constitución Europea, fue el vigente Tratado de Lisboa –suscrito por los Estados de la UE el 13 diciembre 2007 y en vigor desde el 1 diciembre 2009- el que por fin vino a integrarla (si bien como un texto aparte de los Tratados, pero con su mismo valor jurídico, ex art. 6 TUE) en el sistema jurídico de la Unión.
- 15 Al margen de las polémicas acerca de la naturaleza del derecho de autor –siendo opinión dominante la de que no es propiamente un derecho de la personalidad (STS 9 diciembre 1985 [RJ 1985/6320])-, interesa aquí apuntar únicamente el respaldo constitucional de la propiedad intelectual, que en España se localiza en sede de libertad de expresión en el art. 20.1 CE, particularmente en el aptdo. b) cuando protege el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”.
- 16 Al hilo de este precepto, interesa destacar que la histórica STC 181/2000, al resolver sendas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas contra la entonces vigente Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor (hoy TR aprobado por RDLeg. 8/2004), vino a reconocer, por primera vez en el ordenamiento español, *la dimensión constitucional del instituto de la responsabilidad civil extracontractual* al amparo de los arts. 10 y 15 CE.
- 17 Sobre el sólido apoyo recibido por los derechos de la personalidad a raíz de la CE, vid. RUIZ-RICO RUIZ *et al.* (2010), pp. 9-28.

Teniendo en cuenta el carácter normativo de la Constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta, pues, innegable y alcanza, de forma más o menos intensa, a muchos de sus conceptos e instituciones jurídicas¹⁸. O expresado en otros términos, a la vista del elenco anteriormente mostrado –en el que se refleja que no pocos de los preceptos recogidos en la Constitución son normas de Derecho privado– cabe afirmar que *algunas figuras, reglas y derechos civiles tradicionales han sido constitucionalizados*¹⁹, han obtenido dignidad y garantía de nivel constitucional, pasando a constituir así un límite infranqueable para el legislador ordinario. Aunque sería demasiado prolijo tratar de detallar todos y cada uno de los numerosos temas pertinentes al Derecho civil que han ascendido a la Constitución y en esa medida han cambiado de cualidad, sí interesa abundar algo más en esta idea concretándola en las instituciones civiles cardinales.

- a). Muestra palmaria del cambio de sentido e incluso de contenido que para alguna de ellas ha venido a suponer el texto constitucional lo es el derecho de *propiedad*²⁰, delimitado hoy por la denominada *función social* inherente al mismo que se halla consagrada en el art. 33.2 CE –y que el mismo precepto

18 Un somero apunte histórico. Desde los primeros albores de la Codificación se había puesto el acento en el valor constitucional de los Códigos (DE CASTRO, 1935, pp. 33 y ss.), que llegaban a ser considerados como la <<Constitución del Derecho privado>> (BARROSO, 2008, p. 39). Mientras las Constituciones garantizaban la libertad política y los derechos del ciudadano en sus relaciones con el poder público y “estaban lejos de provocar o programar modificaciones del Derecho Privado” (HESSE, 1995, p. 35), los Códigos Civiles llevaban a gala el propósito de asegurar los derechos del individuo en sus relaciones privadas y eran configurados como verdaderos “estatutos de los particulares”. De ese modo, la concepción liberal subyacente en la idea codificadora, reflejada en los Códigos fundamentalmente a través del derecho de propiedad y de la autonomía privada, quedaba de esta suerte *constitucionalizada* (LASARTE, 1990, pp. 1120-1121; LÓPEZ, 1990, pp. 1164-1165).

A partir del momento en que las Constituciones modernas dejan de ser únicamente Cartas Políticas y comienzan a albergar jurídicamente las nuevas estructuras sociales e ideológicas, así como a consagrar derechos del individuo que hasta entonces sólo habían sido plasmados en los textos codificados, se comienza a percibir la *pérdida del significado constitucional* antes atribuido a los mismos y viene así a hablarse de una “desconstitucionalización” del Código Civil (TORRALBA, 1975, pp. 256-257). La formulación de los criterios básicos de ordenación de la convivencia y de los valores que constituyen el fundamento del ordenamiento es una función, no ya de los Códigos Civiles, sino de las Constituciones; son éstas las que ahora establecen las categorías y principios fundamentales que estructuran, inspiran y rigen el sistema jurídico.

19 A modo de paréntesis, acaso sea oportuno advertir que *el impacto de la Constitución* –sobre todo a través de su eficacia normativa– *en el campo de las relaciones privadas no debe verse en absoluto como una injerencia intolerable del Derecho constitucional en un ámbito que le es extraño, ni debe interpretarse como una lamentable pérdida de terreno por el Derecho civil*. Aun partiendo de que las relaciones entre Derecho civil y Derecho constitucional, aún en estos días, siguen siendo difusas y controvertidas, MERINO (2009) pp. 43, 45, 55-56, 60 considera –siguiendo en este punto a KUMM (2006) p. 360– que “el temor de los civilistas de que el Derecho constitucional, usando las categorías de la disciplina del Derecho público, pueda introducirse en los dominios del Derecho Privado bordea el absurdo”.

20 Vid. en particular, DÍEZ-PICAZO (1991) pp. 1257-1270; REY (1994).

declara que también vendrá a delimitar el derecho a la herencia²¹-. Sirva a tal fin la transcripción de uno de los pronunciamientos de la célebre STC de 26 marzo 1987 (RTC 1987/37), donde se afirma que “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como *un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir*. Por ello, la fijación del <<contenido esencial>> de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la <<función social>>, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social –concluye el TC- definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”²².

En definitiva, pues, la Constitución, al tiempo que reconoce al propietario una mínima esfera de poder a través de la garantía que supone la idea de contenido esencial de su art. 53, viene a conjugar los principios individualistas más clásicos con los valores de un Estado Social, reconocido en el art. 1²³. Así, de una parte, la concepción liberal y absoluta de propiedad plasmada en el art. 348 CC se ha decolorado y, a través de la merma de la omnipotencia del dueño con el aumento de límites a sus facultades, ha pasado a ser sustituida por una continua modalización del contenido de ese derecho, de acuerdo con su función social. De otra parte, además, son leyes especiales –y no el Código Civil- las que han venido a delimitarlo en atención al objeto sobre el que recae: ese espíritu social ha conducido así a una disgregación del tradicionalmente unitario estatuto de la propiedad, de forma que, ahora, no se habla tanto de propiedad (en cuanto

21 Vid. al respecto, LÓPEZ (1994) pp. 29-62

22 Igual reconocimiento de la función social de la propiedad llevan a cabo con posterioridad, por ejemplo las SSTC 89/1994 de 17 marzo, 204/2004 de 18 noviembre y 112/2006 de 5 abril, así como las SSTS de 4 junio 2001 (Sala 3ª, RJ 2002/3119) y 20 diciembre 2005 (Sala 1ª, RJ 2006/288).

23 Aun conservando la propiedad su consideración como derecho subjetivo privado, no puede desconocerse –como advierte ROCA GUILLAMÓN (1990) p. 1767- su relación con el art. 128.1 CE, cuando establece que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”, y con otras declaraciones constitucionales del mismo signo, entre las que cabe mencionar, por ejemplo, la del art. 47.2 –“la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”- o la del art. 45 cuando se refiere en general a la “solidaridad colectiva”.

derecho uniforme) como de «*propiedades*» (urbana, agraria, de los montes, las aguas, las minas, etc.)²⁴.

- b). También las clásicas instituciones civiles de la *familia* y del *matrimonio* han sido expresamente contempladas en la Constitución española (arts. 39.1 y 32, respectivamente). A la hora de perfilar el concepto jurídico de familia, nuestro Tribunal Constitucional ha apostado decididamente por otorgarle un sentido amplio, comprensivo tanto de la familia matrimonial como de la que trae causa de la unión de hecho. Tal fue su orientación desde época bien temprana; y así, por ejemplo, ya en la STC de 11 diciembre 1992 (RTC 1992/222) podía leerse que “*nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39.1), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia...; protección que responde a imperativos ligados al carácter <<social>> de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, a la realidad efectiva de los diversos modos de convivencia... como corresponde a una sociedad plural*”²⁵. Haciéndose eco

24 Al hilo de esta alusión a esas llamadas propiedades especiales –que, en tanto materias de competencia compartida entre el Derecho Civil y el administrativo, conectan asimismo con el fenómeno conocido como *publicación* del Derecho Civil-, viene a colación recordar algún aspecto de la incidencia que la Constitución española ha desplegado sobre las mismas a través de la declaración por su art. 132.2 del carácter de bienes de dominio público que tienen los recursos naturales. Así, a título de ejemplo, la *demanialidad de todas las aguas continentales* (STC 247/2007) ha supuesto que los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad de las aguas (arts. 407 a 425) hayan quedado derogados en lo referente a la regulación que establecían de las aguas de dominio privado; ello sin perjuicio de que, incluso tras dictarse la Ley de Aguas de 1985 –hoy integrada en el TR aprobado por RDLeg. 1/2001-, se reconociese, por un lado, la coexistencia con el dominio público hidráulico de algunos casos residuales de aguas privadas (ciertas charcas, lagunas y cauces ocasionales de aguas pluviales), y, por otro lado, se arbitrara un sistema transitorio que vino a permitir la conservación opcional y voluntaria de ciertos derechos privados, adquiridos bajo la legislación anterior, fundamentalmente a los titulares de aguas privadas subterráneas y procedentes de manantiales (STC 227/1988).

También la adscripción de los *recursos minerales* al dominio público –lo que resulta en España de la declaración general del citado art. 132.2 CE (que vino así a constitucionalizar la demanialidad de las minas ya reconocida por la aún vigente Ley de Minas de 1973)- ha conducido a la pérdida de toda virtualidad normativa de los arts. 426 y 427 del CC español en materia de propiedad minera: en rigor, no existe un derecho de propiedad privada sobre las minas y todos los yacimientos y recursos geológicos, ya se hallen en terrenos públicos ya de propiedad privada, pertenecen al Estado como *bienes de dominio público* (sin perjuicio de que la titularidad de su aprovechamiento e investigación pueda cederse en exclusiva a particulares mediante la correspondiente autorización o concesión).

Vid. lo que con mayor amplitud sobre esas cuestiones (propiedad de aguas y de minas) ya escribí en otro lugar: GUTIÉRREZ SANTIAGO (2009a) pp. 571-599.

25 Vid. igualmente, por ejemplo las SSTC 116/1999 de 17 junio y 273/2005 de 27 octubre. El mismo criterio acoge el TS español, entre otras en las SS. de 17 enero 2003 (RJ 2003/5) y 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148).

de esa interpretación constitucional de la familia (ya matrimonial, ya de hecho), la doctrina ampliamente mayoritaria –aunque no unánime²⁶–, considera que, en rigor, “no hay un solo modelo constitucional de familia, único acreedor de la protección del art. 39 CE: no existe la familia, sino <<familias>>”²⁷; si bien algún autor ha reputado excluidas de ese concepto a las parejas *homosexuales* por entender que éstas “son situaciones *parafamiliares*, pero *no familiares*” que “podrán ser tuteladas al amparo de otros criterios constitucionales -libertad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, etc.-, pero no como constitutivas de una familia”²⁸.

Frente a las vivas polémicas respecto de esta última cuestión, huelga indicar que la misma ha quedado zanjada tras el reconocimiento legal, por obra de la Ley 13/2005 de 1 de julio²⁹, del matrimonio de homosexuales, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones que el heterosexual³⁰. Dicha Ley fue objeto de enconados debates acerca de su encaje en el tenor literal y la finalidad del art. 32 CE³¹ –hasta el punto de haber sido cuestionada constitucionalmente ante

26 En sentido discrepante, vid. señaladamente DE LOS MOZOS (2000a) pp. 1235-1244; y CORRAL (2000) p. 3361, para quien “la Constitución no considera realmente familia en sentido jurídico a una unión de hecho”.

27 ROCA I TRÍAS (1990) p. 1087.

28 ALONSO (1998) pp. 25-26.

En contra de esa opinión, ya por esas mismas fechas DE VERDA (2001) pp. 64-67, aun sin prejuzgar su concreto grado de protección, postulaba la inclusión de la familia homosexual en el ámbito de la protección constitucional del art. 39.

29 De forma complementaria, la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 julio 2005 (JUR 2005/184678) se ocupó de aclarar en qué medida los extranjeros podrían acogerse a la citada Ley 13/2005, incluso cuando se tratase de nacionales de países que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo. Vid. al respecto, CALVO y CARRASCOSA (2006).

30 Como justificación de la profunda reforma que dicha Ley acomete, su Exposición de Motivos trae a colación “la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 febrero 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”.

31 Y es que a tenor de su párr. 1, “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”.

Añade a lo anterior el párr. 2 del art. 32 CE que “*la Ley regulará ... las causas de separación y disolución y sus efectos*”. Y recordamos aquí dicha norma para poner de relieve que, aunque con mucha menor virulencia, también se ha suscitado alguna duda de constitucionalidad en torno a la Ley 15/2005, de 8 julio, que instauró el llamado “divorcio express” y, dejando sin contenido los arts. 82 y 87 CC, *suprimió las causas de separación y de divorcio*. Con todo, la doctrina mayoritaria ha entendido que la Ley 15/2005 “no es inconstitucional no sólo porque el art. 32.2 CE no impone un elenco de causas sino porque además no puede decirse que la nueva regulación omita la mención de causas de separación o de divorcio; lo que realmente establece es una sola causa: la voluntad de uno de los cónyuges, lo que implícitamente no es otra cosa que la ausencia de *affectio maritalis*, circunstancia que en la práctica jurídica ya se venía aceptando sin discusión alguna” (SERRANO, 2005, pp. 108-110).

el TC³²- y despertó el máximo interés de la doctrina³³ y de la opinión pública en general. Pero, a la postre, y sin pasar por la previa reforma constitucional que autorizados juristas estimaban necesaria³⁴, vino a modificar el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y añadió al art. 44 un segundo párrafo a tenor del cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Sin perjuicio de lo anterior, y corroborado especialmente con la admisibilidad del llamado “matrimonio gay”, el Tribunal Constitucional español parece inclinarse por considerar que, si bien las parejas de hecho tienen cabida dentro del concepto de familia del art. 39.1 CE, son algo *distinto del matrimonio*, de modo que el legislador ordinario puede establecer *diferencias de trato jurídico* entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, sin que ello vulnere el principio de igualdad del art. 14 CE (SSTC de 17 septiembre 2001 [RTC 2001/180], 13 febrero 2006 [RTC 2006/33] y 16 abril 2007 [RTC 2007/69]³⁵). Aunque el tema no era totalmente nuevo, fue en la archiconocida Sentencia 184/1990, de 15 noviembre, donde el TC dejó sentada esa doctrina, que marcaría también la línea seguida por la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo³⁶. Particularmente interesante es la STS de 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148)³⁷ –dictada poco después de las importantes reformas del Código Civil español operadas en 2005 en materia de matrimonio y divorcio-, donde se afirma con contundencia que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio; que hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias; y que, por tanto, *debe “huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplica-*

32 El Auto del TC de 16 enero 2008 (RTC 2008/12) acordó, aunque con tres votos discrepantes, inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de 1ª Instancia en relación con el nuevo art. 44.2º CC tras su reforma por la Ley 13/2005, por su posible contradicción con los arts. 14, 16 y 32 CE. Vid. al respecto NAVARRO (2005).

33 Vid. sobre el tema, con opiniones bien diversas acerca de la constitucionalidad de dicha Ley, GARCÍA RUBIO (2005) pp. 3 y ss.; GAVIDIA (2007); LALAGUNA (2005) pp. 9-22; PÉREZ CÁNOVAS (2007) pp. 33-42; DE CUEVILLAS (2009) pp. 53-86.

34 Vid. por todos, BERCOVITZ (2004), (2003) pp. 65-67.

35 Vid. igualmente las SSTC 77/1991 de 11 abril, 222/1992 de 11 diciembre, 47/1993 de 8 febrero, o 66/1994 de 28 febrero; y los AATC 77/2004 de 9 marzo, 393/2004 de 19 octubre y de 10 mayo 2005 (JUR 2005/150362).

36 Vid. por ejemplo las SSTS de 30 octubre 2008 (RJ 2009/404), 19 octubre 2006 (RJ 2006/8976), 26 enero 2006 (RJ 2006/417) y 5 diciembre 2005 (RJ 2005/10185).

37 Esta Sentencia –que contó con dos votos particulares- ha sido comentada por RUBIO (2005).

ción comporta inevitablemente una penalización de la ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico –termina diciendo el TS- que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Sin entrar aquí en los distintos matices que se establecen según la materia (pensiones de viudedad³⁸, pensión compensatoria y régimen económico³⁹, etc.), la referida improcedencia de la plena equiparación jurídica de la unión de hecho con el matrimonio no es óbice para que el legislador español haya optado, en algunos aspectos concretos, por igualar el tratamiento jurídico de las parejas estables al que reciben los cónyuges: ejemplo destacado de ello lo constituye el en su momento innovador art. 16.2 de la vigente Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, que extendió el beneficio de la subrogación arrendaticia en favor del conviviente *more uxorio* del inquilino fallecido, con independencia de su orientación sexual.

- c) Aunque acaso la trascendencia de la Constitución sobre el Derecho Civil haya tenido su mayor calado en los campos del Derecho de familia y sucesorio, tampoco puede eludirse su incidencia sobre el Derecho patrimonial, donde, si ya antes nos referimos al derecho de propiedad como ejemplo por excelencia, es momento ahora de comentar algunas manifestaciones destacadas de la proyección constitucional en sede de *Derecho contractual*. A diferencia de algunas Constituciones (como, por caso, la peruana, en la que se reconoce y protege explícita y específicamente *la autonomía contractual*⁴⁰), la Constitución española -y, a decir verdad, la mayoría de los ordenamientos constitucionales- no contiene norma concreta al respecto, y sólo cabría, a lo sumo, hallar ese reconocimiento, ya como derivación del derecho a la libertad individual de los arts. 1.1 y 9.2 CE (dentro del cual se incluiría la autonomía de la voluntad y, como paradigma de ella, la libertad contractual)⁴¹, ya indirectamente –en tanto la autonomía contractual se valore como herramienta al servicio de la iniciativa económica privada⁴²- en el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que estatuye el art. 38 CE.

38 Cfr. al respecto, la STC 69/2997 de 16 abril y la S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (La Ley, nº.7344, 17-2-2010).

39 Vid. al respecto, por ejemplo las SSTs de 18 febrero 1993 (RJ 1993/1246) y 20 octubre 1994 (RJ 1994/7492).

40 Sobre ese reconocimiento en su art. 2.14 del derecho a contratar, vid. MERINO (2009) pp. 71-77.

41 En este sentido, vid. BIANCA (1998) p. 31.

42 En este sentido, vid. BENEDETTI (1990) p. 582.

Sin perjuicio de ese tímido respaldo constitucional, la autonomía contractual se erige en pilar básico del sistema civil codificado (arts. 1089, 1255, 1258 CC) sobre los ejes de la absoluta libertad de contratación y la plena igualdad de los contratantes. Y aunque ya el Código Civil, aun dentro de su concepción liberal del contrato, puso ciertas cortapisas al juego de la autonomía de la voluntad contractual –la ley, la moral, el orden público, los usos y la buena fe (arts. 1255 y 1258 CC)⁴³-, la Constitución vino a vincular los frenos y límites a esa autonomía a los principios del Estado Social, disponiendo la convivencia y compatibilidad de la libertad y la iniciativa económica privada con la iniciativa pública en la actividad económica, de manera que la autonomía contractual habría de ceder, en ciertos casos, al interés general o ante necesidades sociales o económicas colectivas (*ex* arts. 128 y 131 CE)⁴⁴.

Si esa suerte de “función social” del contrato puede encontrar reflejo en la intervención del Estado en las condiciones generales de ciertos contratos, en el nacimiento de los contratos de adhesión y los contratos normados o en la imposición de reglas imperativas en determinados convenios y actividades planificadas⁴⁵, interesa hacer una alusión particular a los *contratos de consumo* para ilustrar la dimensión de esa dicotomía o tensión entre interés social y autonomía contractual. Entre los principios rectores de la política social y económica, el art. 51 de la Constitución española consagra el principio de *protección de los consumidores y usuarios*⁴⁶, que vino en su día a ser desarrollado por el legislador ordinario a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 julio), complementada por numerosísimas leyes especiales –no pocas veces con origen en Directivas europeas-, hasta el punto de llegar a conformar un nuevo sector del Derecho –el llamado Derecho del Consumo- que, aunque por lo general no sea reputado como una rama autónoma o un auténtico Derecho privado especial, introduce

43 A juicio de DE LA VEGA (1984) p. 898, esos límites clásicos a la autonomía contractual vienen a ser ratificados por la Constitución Española en cuanto reconoce *la justicia y la igualdad* como valores superiores del ordenamiento jurídico y, sobre todo, a la vista del art. 10 CE cuando dispone que “*el respeto a la ley y a los derechos de los demás* son fundamento del orden político y de la paz social”; todo lo cual legitima –en aras del ensamblaje que el legislador ha de procurar entre la libertad, por un lado, y la justicia y la igualdad, por otro- las condiciones generales de la contratación, los contratos normados, los de adhesión, etc.

44 También en el entorno europeo, los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (PECL) “responden a la actual instrumentalización del Derecho privado en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía, de acuerdo con una concepción social del contrato, y ello se traduce en un incremento considerable de las normas de carácter imperativo en detrimento de las meramente facultativas” (DÍEZ-PICAZO *et al.*, 2002).

45 Así lo pone de relieve DE LA VEGA (1984) p. 894. Vid. también al respecto, DI MAJO (1995) pp. 5 y ss.

46 En defensa de su consideración como un principio general del Derecho, informador del ordenamiento jurídico español, vid. MENÉNDEZ (1991) pp. 1901-1917.

relevantes modulaciones en las disposiciones generales que disciplinan la contratación privada. Al margen de que, en un intento de sistematización y ordenación de la heterogénea y dispersa legislación consumerista, la citada LGDCU haya sido formalmente derogada a través de su integración en el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (aprobado por R.D.Legis. 1/1007, de 16 noviembre), lo que importa subrayar es que -bajo el signo proteccionista del consumidor en cuanto parte contractual débil, en cuanto sujeto vulnerable y en situación de inferioridad frente a quien ostenta una posición de preeminencia- esta normativa viene a quebrar –muy señaladamente, por ejemplo, con el régimen de las cláusulas contractuales abusivas no negociadas individualmente o no consentidas expresamente por el consumidor (arts. 80 a 91 TR 1/2007)- algunos de los principales postulados de la configuración tradicional del contrato como manifestación suprema de la autonomía de la voluntad: si el contrato de consumo no se sustenta sobre una relación entre iguales, libremente asumida y concluida a través de sendas declaraciones de oferta y aceptación, de ahí que, para evitar “abusos de poder contractual” en ese campo, se dé entrada al principio *pro consumatore* en forma de *tutela reforzada al contratante débil* y se llegue así a corregir o limitar legalmente dicho principio de autonomía privada, evocando el interés social como –a veces discutible- parámetro de legitimación⁴⁷.

- d) Si la proyección de la Constitución sobre el Derecho de contratos (en particular, a través del principio de protección de los consumidores) ha tratado de auspiciarse en los esquemas del Estado Social, con mayor claridad se advierte este reflejo –y la incidencia directa del art. 9.2 CE⁴⁸- en la espe-

47 En efecto, son no pocas las críticas doctrinales al *desmantelamiento de los esquemas contractuales generales del Código Civil* a que conduce el afán “paternalista” del Derecho de consumo: vid. entre otros, BUSTOS (1998) pp. 1095-1101; DE LOS MOZOS (2000b) pp. 193 y ss.

48 Dirigido a garantizar la igualdad material (SSTC 3/1983 y 60/1984), el art. 9.2 CE atribuye a los poderes públicos la tarea de “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y la de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*”. En la medida que este mandato constitucional vincula al legislador, inicialmente habría que convenir el sustento que a su amparo encuentra la legislación civil –a la que descriptivamente podría caracterizarse como <<la Ley del más débil>>- dictada en aras a la tutela especial de aquellas categorías de personas (menores, discapacitados, etc.) necesitadas de la misma. Sin embargo, tampoco cabe eludir las dificultades que conlleva su concreción, en cuanto que la corrección de las desigualdades sociológicas mediante la protección de aquellos individuos y grupos en inferioridad de condiciones supone permitir la existencia en el Ordenamiento jurídico de discriminaciones favorables y no siempre es fácil determinar *cuáles son los grupos* que han de ser discriminados favorablemente y *en qué aspectos*.

Ejemplo de esa problemática lo ofrece la batería de instrumentos jurídicos –penales, administrativos y, también, de *Derecho Civil*- arbitrados legalmente en España, tanto a nivel estatal como autonómico, para erradicar los malos tratos a *las mujeres* en el entorno familiar. Si bien es cierto que algunas de esas medidas

cial tutela constitucional otorgada a los *menores* (así como también a los discapacitados, *ex art. 49 CE*⁴⁹).

Comúnmente caracterizado como el principio *favor minoris*, la Constitución española (art. 39.3 y 4) lo consagra entre los principios rectores de la política social y económica y, plasmado ya en la Ley 21/1987 por la que se reformó la adopción y otras formas de protección de menores para acomodarlas a la norma suprema, el interés superior del menor se halla hoy reconocido expresamente en los arts. 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y su primacía sobre otros intereses ha sido reiteradamente puesta de relieve por el propio Tribunal Constitucional (SS. de 4 abril 2005 [RTC 75/2005], 31 enero 2008 [RTC 2008/22] y 29 junio 2009 [RTC 2009/163])⁵⁰. Traspasando lo que sería una directriz con mero valor programático, y calificado por no pocos

no dejan de ser discutibles, tanto en la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica como en la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se parte de la premisa de que es obligación de los poderes públicos “*la protección y tutela de los grupos sociales necesitados de especial atención, entre los que, indudablemente, está incluida la mujer víctima de malos tratos*”; idea que, no obstante las sucesivas reformas del Código Civil que ya desde el año 75 trataron de poner fin a las discriminaciones de la mujer por razón de sexo, también viene a reflejarse en la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, ley que, dictada al amparo del principio de igualdad del art. 14 CE y del art. 9.2, emplaza a los poderes públicos a adoptar acciones positivas para que esa igualdad sea real en todos los ámbitos.

49 El mandato constitucional de protección a este colectivo (art. 49 CE, complementado por el art. 47 en materia de derecho a la vivienda) ha encontrado amplio desarrollo legal en España: entre otras muchas, en las Leyes 13/1982, 15/1995 y 39/2006, o en el RD 1494/2007, a lo que se suma la ratificación por el Estado español en el año 2008 de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Además de esa legislación general, también en el campo específico del Derecho Civil es posible hallar claras especialidades normativas con una *finalidad tuitiva de los minusválidos*: a título de ejemplo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (art. 24) autoriza al arrendatario, sin necesidad del consentimiento del arrendador y bastando la previa notificación escrita, a realizar las obras necesarias para adaptar la vivienda a su condición de minusválido (o a la de su cónyuge, conviviente de hecho o familiares que con él convivan). Por su parte, la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, tras su reforma por las Leyes 8/1999 y 3/1990, facilita la adopción de acuerdos que tengan por objeto la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda, disponiendo el art. 17.1º, párr. 3 que basta el voto favorable de la mayoría de los propietarios, en lugar de la unanimidad, para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes destinados a suprimir barreras arquitectónicas. Cabría también recordar que la Ley 41/2003, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, incorporó al Derecho Civil diversas medidas para garantizar la satisfacción de las necesidades vitales de ese colectivo: fundamentalmente, favoreciendo la constitución de un patrimonio separado especialmente protegido y sujeto a reglas particulares de administración y supervisión, así como introduciendo varias reformas sucesorias entre las que destaca la concesión al legitimario con discapacidad de un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante.

50 Vid. igualmente SSTC 141/2000 de 29 mayo, 124/2002 de 20 mayo y 221/2002 de 25 noviembre; AATC 28/2001 de 1 febrero, y de 20 octubre 2008 (JUR 2008/357632).

autores como un principio general del Derecho⁵¹, el interés superior del menor se impone como principio vinculante que obliga a los poderes públicos a la realización material del mismo en la toma de la multiplicidad de decisiones que puedan afectar al niño (ejercicio, suspensión o privación de la patria potestad; mediación familiar; derecho de visita, custodia compartida u otras medidas en relación con los hijos acordadas en los procesos matrimoniales; declaración de desamparo, acogimiento y adopción⁵², y un largo etcétera).

Con todo, concebido el interés del menor como un concepto jurídico indeterminado -lo que, al permitir cierto margen de maniobra a la apreciación judicial, puede favorecer la discrecionalidad y generar cierta dosis de inseguridad a la hora de su concreción práctica-, y en la medida que ese interés del menor -prevalente, pero no absoluto- ha de cohonestarse también con otros intereses dignos de protección, no está de más constatar algunos excesos que se advierten en la praxis judicial, e incluso a nivel legislativo, en la aplicación o plasmación del mentado principio. Así, por mostrar algunos ejemplos de ello, conviene dejar claro, por un lado, que, frente a la confusión en que a veces incurren los tribunales españoles respecto a la declaración de desamparo de menores⁵³, no siempre cabe una *plena* identificación entre el interés del menor con *el bienestar económico* del mismo (ni con su mayor calidad de vida en general)⁵⁴. Por otra parte, y ante el expreso reconocimiento legal del derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en los procesos administrativos y judiciales que le atañen (art. 9 LO 1/1996), tampoco está de más recordar -aunque en principio pudiera parecer ocioso- que el interés del menor no tiene por qué coincidir necesariamente con *los deseos por él manifestados*, de manera que, ya sea su voluntad favorable o contraria a la concreta medida que afecte a su esfera personal, familiar o social, la opinión que emita no tendrá carácter vinculante y será un dato más a la hora de tomar la decisión más beneficiosa para el niño

51 Vid. en la doctrina española, RIVERO (2000), pp. 90 y ss.; y en la italiana, QUADRI (1999) pp. 80 y ss.

52 Sobre algunos problemas de relevancia constitucional planteados por el principio del interés superior del menor en su aplicación concreta en sede de adopción (art. 176.1 CC) y de acogimiento (arts. 172.4, 173 y 173 bis CC), me permito remitir a lo que ya he escrito al respecto en: GUTIÉRREZ SANTIAGO (2009b) pp. 318-358.

53 Vid. por ejemplo, las SS. AAPP de Asturias 9 abril 2001 (JUR 2001/163406) y Las Palmas 3 mayo 2004 (JUR 2004/184437).

54 Frente a esa confusión muestra su repulsa CARRASCO (2003); y asimismo la denuncian, por ejemplo las SS. AAPP de Las Palmas 21 abril 2003 (JUR 2003/239021) y Barcelona 11 octubre 2006 (JUR 2007/118321) y los Autos de la AP de Sevilla de 8 marzo 2001 (AC 2002/260) y de 3 febrero 2000 (AC 2000/56), donde se afirma que “el interés del menor no consiste en procurarle, <<encontrarle>> el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas”.

(tal como se ha encargado de puntualizar la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2001)⁵⁵.

Si de tachas al legislador se trata, basta con traer a colación las intensas críticas doctrinales que ha recibido la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor por venir a “otorgar” al niño, con pretensiones de originalidad cuando era algo totalmente redundante e innecesario, todo un elenco de derechos y libertades fundamentales (honor, intimidad y propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica y de expresión, derechos de participación, asociación y reunión, etc.), ya reconocidos al menor -como a toda persona *per se* (ya sea niño, joven, maduro o anciano)- por ejemplo en la LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, o en la propia Constitución –hasta el extremo de llegar a recordar el art. 3 de la grandilocuente LO 1/1996 que “*los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución...*”⁵⁶.

Amén de la poco modélica técnica legislativa empleada por la Ley de Protección Jurídica del Menor para fundar en el principio *favor minoris* el marco jurídico de atención a la infancia, interesa finalizar este apartado poniendo en evidencia cómo en ocasiones el legislador, más allá de la forma, acaso pudiera haber pecado de exceso a la hora de traducir normativamente alguna pretendida manifestación de dicho principio: aunque la cuestión no deja de ser delicada, y hasta con incidencia en el campo penal, creo que una muestra de ello puede ofrecer la reforma del art. 154 CC que, en materia de relaciones paterno filiales, llevó a cabo la Ley 54/2007 de Adopción internacional, y que, en aras a la protección del interés del menor⁵⁷ (concretado aquí como <<*favor filii*>>) y olvidando que cuando se habla

55 Entre otras decisiones judiciales adoptadas en sentido contrario a la voluntad, apetencias y anhelos personales manifestados por el menor al que se dio audiencia, cabe citar, por ejemplo, las SS. AAPP de Madrid 3 marzo 1998 (AC 1998/449), Barcelona 3 mayo 1999 (AC 1999/982) y Toledo de 11 noviembre 1999 (AC 1999/2407). También el Auto de la AP de Sevilla de 3 febrero 2000 (AC 2000/56) -ulteriormente anulado por la STC 221/2002- afirmaba que “*es obvio que el interés de la menor, de cualquier menor, no pasa necesariamente por hacerlo coincidir con sus deseos, por aplicación de elementales principios pedagógicos...; es precisamente la inmadurez intelectual del menor la que obliga a sus progenitores a encauzar y reconducir sus aparentes deseos en el marco de un proceso educativo al que vienen obligados en el ejercicio de sus derechos-deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad*”.

56 Probablemente la crítica más furibunda al carácter reiterativo del Cap. II del Tít. I (arts. 3 a 9) de la LO 1/1996 (<<De los derechos de los menores>>) sea la de GULLÓN (1996) pp. 1690-1693. También suscribe objeciones similares acerca del carácter innecesario y repetitivo de esa enumeración de derechos que el menor ya ostenta en cuanto persona por imperativo de nuestra Carta Magna, por ejemplo VARELA (1997) p. 262.

57 Cierto es que la Ley 54/2007 justifica la supresión del derecho de corrección de padres y tutores que anteriormente preveía el Código Civil español en los requerimientos realizados por el Comité de Derechos del Niño, que había mostrado su preocupación por la posibilidad de que dicha facultad de corrección pudiera

de intereses siempre hay mucho que hablar, vino a *suprimir* –al menos, del texto legal- *la facultad de los padres de corregir* “razonable y moderadamente” a sus hijos menores y a reducir así las posibilidades de actuación de aquéllos a impetrar en todo caso “el auxilio de la autoridad judicial” frente a cualquier actitud rebelde de los hijos sujetos a su patria potestad⁵⁸.

Basten, por ahora, los ejemplos analizados –propiedad, familia, matrimonio, contratos de consumo y protección del menor- como muestra notoria de la repercusión directa de la Constitución española sobre los contenidos civiles tradicionales. Pero continuemos exponiendo, a la luz que ofrecen algunas otras materias civiles en que la proyección constitucional se ha revelado también muy fecunda (filiación, nacionalidad y vecindad civil, etc.), otros planos desde los que el texto constitucional ha irradiado su influencia sobre el Derecho Civil; planos que, anticipamos, se sitúan todos ellos en la constitucionalización que ese Derecho ha experimentado en su misma *aplicación por los jueces y tribunales*, cuya función queda vinculada a la Constitución (art. 9.1 CE y art. 5.1 LO 6/1985, del Poder Judicial).

3. Otros planos de la proyección constitucional sobre el Derecho Civil: problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y de desarrollo de la Constitución por el legislador civil.

Como norma jurídica que es, la Constitución se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa y a ella está subordinado el resto de las fuentes del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE⁵⁹), lo cual obliga a que cualquier otra norma, y entre ellas las de Derecho Civil, deba ser fiel a sus mandatos y acomodarse tanto a las reglas concretas como a los principios constitucionales⁶⁰. Así, por una parte, y de acuerdo con su

contravenir el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 (ratificada por España en 1990).

58 Muestra de lo polémico de esa reforma es la opinión de HURTADO (2009) pp. 1-9 quien, tras preguntarse si “¿pueden ahora los padres castigar a su hijo sin salir un fin de semana, sin que estemos hablando de una detención ilegal? o si ¿pueden en determinadas situaciones de desobediencia del menor, darle un cachete, o una bofetada?”, llega a la conclusión de que “el derecho de corrección, si bien actualmente no aparece expresamente regulado en el CC, sí que se puede considerar como una *manifestación del deber de educar* de los padres y tutores frente a sus hijos y pupilos”.

59 Así lo reafirma el inciso primero del art. 5.1 LOPJ cuando establece que “*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico*”.

60 De ese modo –como escribiera PERLINGIERI (1979) pp. 129 y ss., (1983) p. 1-, “*los valores y principios constitucionales asumen así una función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho civil*”. Vid. también LUCHAIRE (1982) pp. 245 y ss.

Disposición Derogatoria 3^a, *la Constitución derogó todas aquellas disposiciones anteriores que se oponían a lo establecido en la misma*⁶¹; doctrina de la que muy pronto el Tribunal Constitucional español llegó a hacerse eco⁶².

En el momento presente, transcurridas más de tres décadas desde la entrada en vigor de la Constitución española, casi huelga advertir que el tema de la delimitación de su efecto derogatorio de las Leyes preconstitucionales -derogación apreciable por el juez ordinario⁶³- se ha ido convirtiendo progresivamente en residual y ha sido prácticamente desplazado por el oportuno control de constitucionalidad de la ley. Pero, con todo, no faltan ejemplos relativamente recientes en que se ha estimado judicialmente que debían entenderse derogadas disposiciones civiles anteriores a 1978 por su oposición a lo establecido en la Constitución⁶⁴. Así, la STS de 21 septiembre 1999 (RJ 1999/6944) consideró que la *posibilidad de ocultar la maternidad*, admitida en la Ley y el Reglamento del Registro Civil, era contraria al art. 39.2 CE –donde se reconoce el *principio de libre investigación de la paternidad*–, erosionaba gravemente el art. 10, que consagra la *dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, y asimismo vulneraba el *principio constitucional de igualdad* del art. 14 y hasta el art. 24.1 CE en cuanto proscribía la indefensión. Sostuvo aquí el TS que “en la actualidad, y *tras la vigencia de la Constitución de 1978*, entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado *derogada* por su manifiesta oposición a lo en aquella establecido”. De ahí que el Alto Tribunal estimara que *el art. 47.1 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de*

61 Vid. ampliamente GARCÍA DE ENTERRÍA (1981a) pp. 95-158.

62 Así, entre otras, en las SSTC 4/1981 de 2 febrero, 11/1981 de 8 de abril, 17/1981 de 1 de junio, y 34/1981 de 10 noviembre.

63 Tal como ha declarado el propio TC, una posible confrontación entre la Constitución y las leyes ordinarias previas se traduce en un problema de selección de la norma aplicable e interpretación de la misma, cuya resolución compete a *los jueces y tribunales* ordinarios, habiendo de ceñirse el control de este Tribunal Constitucional a los cánones de la irrazonabilidad, la arbitrariedad o el error patente (SSTC 238/1998 y 144/2003; ATC 245/2000).

64 Uno de esos ejemplos, no remoto en el tiempo, lo ofrece la STS de 4 mayo 1998 (RJ 1998/3464). En ella –y nuevamente en la de 20 abril 1999 (RJ 1999/2589)- se entendió derogado el precepto de la Ley Hipotecaria (de 1946) donde se preveía un *procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria*, al considerar que esa norma preconstitucional (el art. 129.2 LH) era incompatible con la *reserva constitucional atribuida a los Jueces de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117 CE). Lo curioso es que, tras la estimación de esa derogación, el legislador (postconstitucional) viniera posteriormente a restablecer y autorizar dicho procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca a través de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, cuya Disp. Final 9^a.4 modificó y dio nueva redacción al citado art. 129 LH, ofreciendo así una cobertura legal a los preceptos del Reglamento Hipotecario que lo desarrollaban. De ese modo, admitido de nuevo ese tipo de ejecución –ahora por una ley postconstitucional–, su posible tacha de inconstitucionalidad pasaba a corresponder al Tribunal Constitucional y ya no a la jurisdicción ordinaria. Vid. al respecto, la STC 6 julio 2006 (RTC 2006/224).

1957 estaba derogado por inconstitucionalidad sobrevenida -en el particular que permitía hacer depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad- y, en consecuencia, *también habían de considerarse inaplicables, por derogación de su cobertura legal, los arts. 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil de 1958.*

Por constituir uno de los supuestos más cercanos a nuestros días de declaración judicial de derogación sobrevenida de una ley civil preconstitucional opuesta a la Constitución, merece también mencionarse la STS de 14 septiembre 2009 (RJ 2009/4445), en relación con *la vecindad civil*. Esta Sentencia, tras hacerse eco de la doctrina sentada en la STC de 14 febrero 2002 (RTC 2002/39) en materia de *nacionalidad*⁶⁵, recuerda que el art. 14.4 CC, redactado de acuerdo con el Decreto de 31 de mayo de 1974 -y que hubo de esperar a ser reformado hasta la Ley 11/1990-, disponía que “*la mujer casada seguirá la condición del marido*”. Se trataba, pues, de una norma preconstitucional que contenía una *flagrante discriminación por razón de sexo*, dado que imponía a la mujer una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido le iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no. En consecuencia –concluye el TS al amparo de la Disposición Derogatoria 3ª CE⁶⁶-, “no cabe duda de que la norma contenida en *el art. 14.4 CC quedó derogada por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución en 1978, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los arts. 14 y 32.1 CE*, puesto que impedía a la

65 En esta STC 39/2002 se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado acerca del ajuste a la Constitución del art. 9.2 CC que, hasta su reforma por la Ley 11/1990, establecía, como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable al régimen económico de un matrimonio con distinta nacionalidad, *la nacionalidad del marido al tiempo de la celebración del matrimonio*, de acuerdo con la redacción dada al precepto por el Decreto 1836/1974 y mantenida por la Ley 21/1987. El TC declaró la inconstitucionalidad y la derogación sobrevenida de dicha versión del art. 9.2 CC por ser *contraria al principio de igualdad en el matrimonio y considerar el sexo como criterio de discriminación jurídica*, oponiéndose, por tanto, a los arts. 14 y 32 CE.

Tal como por extenso desarrolla DELGADO (2003) pp. 208-210 en relación con el precedente asunto, se trata de uno de los ejemplos en que *una cuestión de inconstitucionalidad tiene como objeto una norma ya derogada*. Y es que debe entenderse que, no obstante su expresa declaración de inconstitucionalidad y nulidad por el TC en el año 2002, el citado art. 9.2 CC *había sido ya derogado por la propia Constitución de 1978* (Disp. Derog. 3ª) y también fue derogado de nuevo, expresamente, años después por la Ley 11/1990.

66 A la luz de esta norma derogatoria, el TS recuerda que, por virtud de “*la vinculación que produce la Constitución que, como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos*”, *el juez ordinario puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de la norma anterior a la Constitución y declarar su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, absteniéndose de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aunque también puede optar por ella y deferir la cuestión a la jurisdicción constitucional.*

mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido”⁶⁷.

Cambiando ligeramente de tercio, interesa ahora recordar que la Constitución, en cuanto norma jurídica de *eficacia directa*⁶⁸, goza de plena eficacia en las relaciones *inter privatos*, no limitándose a vincular solamente a los poderes públicos. Y así, por ejemplo, la aplicación inmediata del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE (en su vertiente de no discriminación por razón de nacimiento) llevó al Tribunal Constitucional, ya en su S. de 20 diciembre 1982 (RTC 1982/80), a anular una Sentencia del Supremo (de 8 abril 1982 [RJ 1982/1941]) relativa a los derechos sucesorios de un *hijo no matrimonial*, declarando a tal efecto que *los*

67 Ante la evidente existencia en el ordenamiento civil español de numerosas leyes anteriores a la Constitución, no parece inoportuno apuntar que cuando los jueces y tribunales ordinarios, y en particular el Tribunal Supremo, aprecian su inconstitucionalidad sobrevenida puede plantearse algún problema, especialmente cuando esa hipotética inconstitucionalidad es manifiestamente *opinable*. Para ilustrar tal problema –así como las consecuencias paradójicas que, a veces, se derivan del distinto ámbito de competencia entre el TC y el TS– contamos con la archiconocida STC 126/1997 de 3 julio, sobre las *sucesiones nobiliarias*. Ante la duda de si la *preferencia del varón sobre la mujer* que en dicha materia establecía la legislación preconstitucional era o no contraria al *principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo* del art. 14 CE, el TC se inclinó por rechazar la inconstitucionalidad de la misma (si bien con tres votos discrepantes). Sin embargo, frente a esa Sentencia del TC que consideró tal normativa conforme a la Constitución, resulta que *la Sala Primera del Tribunal Supremo, apreciando su inconstitucionalidad sobrevenida, había venido manteniendo hasta ese momento la tesis contraria*. Pues bien, como observa BERCOVITZ (1998) pp. 16-18, *la parte perjudicada por estas resoluciones del TS carecía de toda vía de acceso al Tribunal Constitucional para discutir esa inconstitucionalidad sobrevenida*, carecía de un recurso de amparo basado en una interpretación incorrecta y en la consiguiente aplicación errónea del art. 14 CE (pues no existe recurso de amparo frente a la aplicación indebida, por excesiva, de los artículos de la Constitución protegidos por aquél). “Tan es así –advierte el citado autor– que el control realizado en este caso por el TC, con respecto a la interpretación y aplicación correctas del art. 14 CE, no habría sido posible si la Audiencia Provincial de Madrid no hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad, impidiendo así que el Tribunal Supremo pudiera seguir manteniendo la mencionada doctrina”. Con todo, y para esta concreta materia, no puede eludirse que con posterioridad fue dictada la Ley 33/2006, de 30 octubre, sobre *igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, que, en consonancia con el mejor criterio previamente sostenido por el TS, vino a desautorizar en cambio el resultado derivado de la citada STC 126/1997.

68 Como señaló la STC 16/1982, “conviene no olvidar nunca que la Constitución, *lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal*, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados están sujetos a ella”.

La propia LOPJ recuerda expresamente en su Exposición de Motivos (IV) que “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 directa e inmediata... Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra*”. Vid. sobre el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA (1981a) pp. 95-158.

*preceptos constitucionales son de aplicación directa sin necesidad de que sean desarrollados legislativamente*⁶⁹.

Cierto que no cabe hacer en este punto mayores reproches al legislador ordinario, que en general fue bastante ágil en adaptar a la Constitución española las principales normas civiles: en ocasiones mediante la técnica de *leyes especiales* –por lo que no faltan quienes⁷⁰ reputan que la Constitución constituye una de las causas más profundas de lo que ha dado en llamarse <<descodificación>> del Derecho Civil⁷¹y

69 Más exactamente, afirmó el TC que “decisiones reiteradas de este Tribunal han declarado el indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 CE, no puede caber duda a propósito de la *vinculatoriedad inmediata* (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del Capítulo 2º del Título 1º, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos»,... sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde la entrada en vigor de la Constitución”.

70 Vid. señaladamente DÍEZ-PICAZO (1992) pp. 480-481.

71 No cabe olvidar tampoco que, junto al fenómeno de la proliferación de leyes especiales para acometer la plasmación de los postulados constitucionales en numerosas materias civiles –sirvan de ejemplo la LGDCU de 1984 (hoy integrada en el TR 1/2007), dictada en desarrollo del principio de protección de los consumidores del art. 51 CE, o la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, derechos consagrados por el art. 18.1 CE-, la pérdida de centralidad del Código Civil, concretamente en el terreno de las fuentes, ha venido a ser también justificada en el detonante que supuso la Constitución al pasar a ocupar el puesto de honor tradicionalmente reservado al Código en dicho terreno. En efecto, la Constitución comienza por afectar al sentido del Código Civil como Derecho común, ya que *los principios que actualmente inspiran nuestro ordenamiento jurídico -en especial, los constitucionales- son radicalmente distintos a los que influyeron en la redacción de aquél* (GARCÍA CANALES, 1989, pp. 265-287). La influencia de la Constitución se extiende al entendimiento de todo el Título Preliminar del Código Civil y, de modo particular, al de su art. 1, con especial incidencia en el plano de *los principios generales del Derecho*, hoy los propios del orden constitucional democrático creado. En tanto que, como señala el art. 1.4 CC, el valor de tales principios no se limita a ser fuente subsidiaria del Derecho en defecto de ley (o costumbre), sino que además informan el ordenamiento jurídico –por lo que deben guiar su interpretación-, de ese modo –y en palabras de PERLINGIERI (1983) pp. 1 y ss.- el recurso a los principios generales del Derecho constituye, por un lado, una vía para aplicar normas constitucionales en las relaciones entre particulares; y por otro lado, el civilista, en su actividad hermenéutica, debe siempre acudir de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional. Vid. también al respecto, GORDILLO (1988) pp. 469-515.

Por otra parte, y si bien siguen presentes en el Código Civil los preceptos del Título preliminar -cuyo tradicional papel fundamental en la ordenación del sistema jurídico español ha llevado a calificarlos con el carácter de 'Constitución material'-, no puede eludirse su sometimiento jerárquico a la Constitución formal (FERNÁNDEZ-CARVAJAL, 1989, pp. 257-264). Y desde esa perspectiva, tal como ha puesto de relieve PERLINGIERI (1983) pp. 1 y ss., conceptos como *la buena fe, el abuso de derecho o el orden público* deben ser hoy entendidos y articulados a partir de lo dispuesto en la Constitución, constituyendo aquéllos una forma indirecta de aplicación de normas, valores y principios constitucionales.

Con todo, y a fin de reivindicar la relevancia del puesto que sigue ocupando el Código Civil, conviene también recordar la opinión de quienes, como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1998) p. 40, sostienen que *"la Constitución real hay que ir a buscarla en los Códigos Civiles, pues sólo en ellos se detecta la manera como se concretan, en el proyecto de vida común que la Constitución es, los valores sociales con vigencia efectiva"*.

ha llevado incluso al extremo de sostener que el par funcional Constitución-Leyes especiales vendría así a erigirse en el eje del ordenamiento relegando al Código Civil a una posición residual⁷²-. Sin embargo, en otros muchos casos, bien señalados y de enorme trascendencia, la adecuación del ordenamiento civil a las exigencias constitucionales se llevó a cabo a través de la *modificación del articulado del propio texto codificado*⁷³, produciéndose por esta vía la llamada «*constitucionalización del Código Civil*»⁷⁴.

De cualquier modo, aun en los supuestos en que el legislador civil procedió a dictar una norma de desarrollo de un precepto constitucional, o en que modificó normas preexistentes para adecuarlas a la Constitución, no siempre se han eliminado totalmente las dificultades para el intérprete (especialmente cuando tales reformas legales postconstitucionales respondían a un principio constitucional y no previeron su *eficacia retroactiva*). Prueba de ello lo constituyó la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial; concretamente en lo concerniente a lo establecido por su Disposición Transitoria 8^a, en cuanto a las sucesiones abiertas en el periodo comprendido *desde que entró en vigor la Constitución de 1978* –con la consiguiente proscripción de las discriminaciones por razón de filiación, *ex art. 14 CE-hasta que en 1981 fue dictada dicha Ley* reformando el Código Civil en tal sentido. A dilucidar la cuestión contribuyó la STS de 10 febrero 1986 (RJ 1986/513), en la que se rechazó la argumentación de la Audiencia consistente en entender que hay principios y derechos reconocidos en la Constitución que sólo pueden tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior, encontrándose entre ellos los relativos a la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación (art. 39 CE). El Tribunal Supremo, por el contrario, atendió a la

72 Tal es la opinión de IRTI (1979) p. 145, quien viene a replantear las relaciones Constitución-Código Civil-Leyes especiales, sobre la base de que estas últimas, al adaptar, concretar o desarrollar principios constitucionales, se encontrarían en un plano superior al Código al que, si se oponen, derogarían tácitamente por responder aquél a esquemas políticos y sociales preconstitucionales.

73 Como muestra de que el Código Civil en absoluto es un cuerpo impermeable a las directrices constitucionales, basta pensar en sus modificaciones en materia de nacionalidad, vecindad civil y sucesiones y, sobre todo, en sus profundas y sustanciales reformas en el Derecho de familia que, con gran urgencia, se acometieron en acomodo a los principios de igualdad de los cónyuges en el matrimonio y de no discriminación por razón de nacimiento (arts. 14, 32.1, 39.2 CE): en concreto, la llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 mayo, de *modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial*; y la operada por la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modificó a tal fin la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio –materia nuevamente reformada por la Ley 15/2005-.

74 De ella han hablado, entre otros, BONET (1989) pp. 177-182; o GIL (1989) p. 341, quien señala que precisamente en materias de tanto peso como las señaladas nuestro legislador optó por “*recodificar constitucionalizándolas*”.

eficacia directa e inmediata del art. 14 CE y, a semejanza de lo resuelto por la antes citada STC de 20 diciembre 1982, concluyó acertadamente que la Constitución, a través de su Disp. Derogatoria 3ª, había derogado los preceptos del Código Civil discriminatorios por razón de nacimiento, por lo que, desde ese preciso momento y sin esperar a la ulterior reforma legal de los mismos, los hijos extramatrimoniales debían tener iguales derechos sucesorios que los matrimoniales⁷⁵.

4. La interpretación constitucional de las normas civiles.

Tal como se ha puesto de relieve hasta aquí, la Constitución penetra en el Derecho Civil mediante su valor posicional supremo dentro de la jerarquía normativa y su eficacia directa; pero, además de por esas vías, lo hace asimismo a través de los mecanismos de interpretación e integración en la aplicación judicial de la norma civil⁷⁶. La Constitución actúa como el eje que informa la interpretación de todas las normas jurídicas y, en consecuencia, el Juez (o el jurista en general) ha de interpretar las normas e instituciones civiles desde el prisma constitucional, en tanto que aquélla forma parte -como ha apuntado GARCÍA DE ENTERRÍA- del <<contexto>> necesario al que se refiere el art. 3.1 del Código Civil⁷⁷. En esta misma línea, y acudiendo también expresamente “a la realidad social del tiempo corriente” como canon hermenéutico de las normas jurídicas, el propio Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de 17 marzo 1986 (RJ 1986/1474), se ha referido a la «reinterpretación» de la norma civil -concretamente, del art. 1973 CC en materia de *interrupción de la prescripción*- de acuerdo con el contenido de la Constitución (en particular, con el principio constitucional de tutela judicial efectiva del art. 24 CE).

75 El mismo criterio fue posteriormente ratificado por la STC 14 octubre 1987 (RTC 1987/155) que, a fin de desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado, advirtió que la Disp. Transitoria 8ª de la Ley de 13 mayo 1981, aun tomada en su tenor literal, no “se remite a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la *legislación anterior; expresión que... no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo ya la Constitución desde su misma entrada en vigor*”.

76 El art. 5.1 LOPJ, tras recordar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que vincula a todos los Jueces y Tribunales, declara que éstos “*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*”. A lo que añade el citado precepto en su punto 3 que “*procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”. Vid. al respecto, de forma específica para las leyes civiles, O'CALLAGHAN (1988) pp. 1-7.

77 GARCÍA DE ENTERRÍA (1981b) p. 332.

Ahora bien, el tema de la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la Constitución es sumamente delicado y requiere por ello ciertas precisiones de importancia. No está de más comenzar alertando sobre las dificultades que presenta conciliar en la práctica la doble vinculación de los Jueces a la Constitución y a la ley: el mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución puede llevar a que los Jueces se desliguen de la ley por entenderse más vinculados a la Constitución y, sin acudir al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, “inapliquen” por su cuenta y riesgo la ley y en su lugar apliquen no ya reglas, sino principios o valores constitucionales o incluso principios o valores que a veces ni siquiera están directamente expresados como tales en el texto constitucional. Concretando algo más, pretendo llamar la atención sobre algunos excesos en la interpretación del Derecho Civil conforme a la Constitución que pueden convertirse en caldo de cultivo de una suerte de “rebelión del juez contra la Ley”⁷⁸ y hacer tambalearse los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho que son esenciales para la salud de un Estado democrático de Derecho. Me refiero al peligro de que, en un mal entendimiento de la necesidad de <<constitucionalizar>> el Derecho civil, la función de reinterpretación de sus normas conduzca a que los jueces “sean los dueños del Derecho en lugar de sus servidores”⁷⁹.

En efecto, bien distinta de la obligada consideración de los principios constitucionales como criterios hermenéuticos fundamentales a la hora de interpretar toda norma jurídica (y entre ellas, las civiles), es la peligrosa tendencia judicial –no poco extendida en España– consistente en *retorcer el significado claro de un precepto y desatender así el mandato del legislador, escudándose el juez a tal fin en una interpretación <<correctora>>* (flexible, abierta, antiformalista, o calificada con adjetivos similares) *que pretende ampararse en lo que aquél tiene por constitucional*. Una manifestación palmaria de este tipo de “interpretación” en el campo civil la constituye, por poner un ejemplo de suma actualidad en la práctica, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con el art. 133 del Código Civil. Tras un detenido análisis, desde el prisma de la interpretación del Derecho, de los argumentos reiteradamente empleados por el TS ya desde 1987⁸⁰, advierte GARCÍA AMADO⁸¹ que, desde entonces, el Alto Tribunal español ha venido decidiendo en contradicción con la única interpretación racionalmente posible de dicho precepto. Bajo *el principio constitucional de verdad biológica y libre*

78 GARCÍA DE ENTERRÍA (1996) pp. 619-620.

79 ARAGÓN (1997) p. 199.

80 Entre muchas más, en las SSTs 5 noviembre 1987 (RJ 1987/8336), 29 abril 1994 (RJ 1994/2947), 19 mayo 1998 (RJ 1998/3797), 20 junio 2000 (RJ 2000/4427) o 2 octubre 2000 (RJ 2000/7038).

81 GARCÍA AMADO (2001) pp. 1-9.

investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), y otorgándole prevalencia absoluta, el TS ha eludido constantemente lo dispuesto en el art. 133 CC (en combinación con los arts. 131, 132 y 134), y ha enmendado al legislador al atribuir *legitimación activa para reclamar la declaración de filiación extramatrimonial*, no sólo al hijo, sino *también al padre*, aun sin que haya posesión de estado. La conclusión última de dicho autor viene así a corroborar la atinada idea que ya hubiera expresado BERCOVITZ al afirmar que la interpretación «correctora» impuesta por el Tribunal Supremo “*supone dejar prácticamente sin contenido el art. 133, párr. 1.º CC: equivale a una derogación del mismo basada en la primacía de la Constitución*”; jurisprudencia que “no se puede apoyar en una interpretación literal, ni sistemática, ni finalista, ni histórica”⁸². Es más, este civilista se ha manifestado en favor de la constitucionalidad del art. 133 CC, alegando sobre todo *lo infundado de su pretendida incompatibilidad con los arts. 14 y 39 de la Constitución*⁸³; opinión que expresó en su comentario a la STC de 16 octubre 2000 (RTC 2000/236), donde este Tribunal parecía insinuar que el legislador actúa dentro de su normal competencia y legitimidad cuando extiende o restringe derechos como el discutido. Así, al resolver el recurso de amparo interpuesto por un padre extramatrimonial que vio rechazada su legitimación activa por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el TC señaló que no había la discriminación que en el recurso se alegaba, y afirmó, refiriéndose al art. 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (coincidente en lo que aquí interesa con el art. 133 CC), que “el legislador ha ejercido su libertad de configuración normativa ... a la hora de proceder a la elección de quién está legitimado... para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial”. No obstante lo anterior, y en contra de lo que cabía esperar ante el precedente del anterior pronunciamiento, es preciso advertir aquí que, con posterioridad, y estimando la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la AP de Ciudad Real, la STC de 27 octubre 2005 (RTC 2005/273) –si bien contó con tres votos particulares- vino a “declarar inconstitucional el párrafo primero del art. 133 CC, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado”⁸⁴.

82 BERCOVITZ (2000) p. 1364.

83 Destaca BERCOVITZ (2000) pp. 1367-1368 que el mismo art. 39.2 CE nombra principios -especialmente, el de protección de los hijos- que pueden contrapesar el de veracidad biológica y justificar precisamente el diferente trato legislativo por el Código Civil a las distintas situaciones.

84 Por remisión in totum a la doctrina sentada en dicha Sentencia, nuevamente en la de 16 febrero 2006 (RTC 2006/52) el TC volvió a reiterar la inconstitucionalidad del art. 133.1 CC (aunque también aquí se formularon dos votos particulares en contra).

Haciendo abstracción de la referida “reinterpretación” constitucional del art. 133 CC que hasta su declaración de inconstitucionalidad venía realizando el TS español, y omitiendo otros ejemplos concretos de decisión judicial *extra legem* que se hace en nombre de lo que se dice que la Constitución pide –ejemplos de los que es también buena muestra, igualmente en sede de acciones de filiación, la jurisprudencia recaída sobre el art. 136.1º CC⁸⁵ antes de que fuera declarado inconstitucional por la STC de 26 mayo 2005 (RTC 2005/138)⁸⁶-, no puede sino simpatizarse con la opinión de profundo rechazo que acerca de esa forma de entender la interpretación del Derecho conforme a la Constitución y la propia función judicial vierte GARCÍA AMADO⁸⁷: observa críticamente dicho autor que, bajo el ropaje del llamado «*constitucionalismo*», “*se considera justificada la decisión contraria al claro tenor literal de los preceptos legales cuando la misma se fundamenta en la invocación de algún valor o principio constitucional*. Con esto se introduce subrepticamente una auténtica revolución en nuestros esquemas constitucionales que,... expresados en cosas tales como soberanía popular, representatividad, separación de poderes, etc., fuerzan a que *tenga preferencia el legislador democrático a la hora de concretar los principios y valores constitucionales* y a que el juez deba abstenerse de pasar la ley por el tamiz de su particular ideología o de su personal visión de lo que tales valores y principios constitucionales concretamente exigen... Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional (y nunca se planteará la cuestión de constitucionalidad) porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que a ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo. *Este usual*

85 De “jurisprudencia contra legem” ha hablado expresamente BERCOVITZ (2005) en relación con la interpretación por el TS del dies a quo del plazo de un año para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial previsto en el art. 136.1º CC.

86 A juicio de BERCOVITZ (2005), esta STC 138/2005 –que declara inconstitucional el art. 136 CC por entender contrario a las exigencias de la tutela judicial que el marido de la madre sufra la caducidad de la acción de impugnación antes de que pudiera ser sabedor de que no es el padre de la criatura- implica dar preferencia a los intereses de maridos y padres..., lo que se aleja del espíritu del legislador de 1981, preocupado en hacer prevalecer por exigencia constitucional los derechos de los hijos frente a los intereses de los padres e igualar la posición de las mujeres, particularmente la de las madres. Según concluye dicho autor, “el Fallo de la Sentencia ... supone en la práctica dejar abierto sine die el plazo de ejercicio de la acción de impugnación por el marido. Bastará que decida ejercer dicha acción en cualquier momento... De esta forma la estabilidad y protección de los hijos matrimoniales podrá quedar permanentemente cuestionada por el marido en cualquier situación de crisis matrimonial”. Sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 136.1 CC por la STC 138/2005 (reiterada en la STC 156/2005, de 9 junio), vid. asimismo QUICIOS (2005) pp. 294-309.

Interesa advertir que tanto estas SSTC 138/2005 y 156/2005 sobre el art. 136.1 CC, como las SSTC 273/2005 y 52/2006 sobre el 133.1 CC, estimaron que dichos preceptos eran inconstitucionales pero sin que en ninguno de los casos el TC declarase su nulidad. Remitida su reforma al legislador para acomodarlos a la interpretación constitucional propugnada, tal modificación legislativa sigue pendiente.

87 GARCÍA AMADO (2001) pp. 2 y 7, n.2.

proceder—concluye GARCÍAAMADO- desconoce el lugar legítimo que al legislador le pertenece en el entramado de la separación de poderes y no hace cuenta tampoco de que no es el juez ordinario el supremo intérprete de la Constitución ni, por tanto, el llamado a dirimir la constitucionalidad de la ley desde el correspondiente juicio comparativo de ésta con aquella”⁸⁸.

Con todo lo dicho, no se trata en absoluto de desautorizar a los Jueces y Tribunales, y menos al Tribunal Supremo, en el papel y protagonismo indiscutibles que les corresponde en orden a lograr la plena constitucionalización del Derecho Civil en concreto; y no en vano, ya en 1981 el propio TC (S. 1 junio 1981 [RTC 1981/17]) declaraba necesaria la colaboración del poder judicial, junto al legislador, en la tarea de depurar el Ordenamiento jurídico de toda norma contraria a la Constitución. Ahora bien, el cauce para ello está –tal como se ha ido exponiendo a lo largo de estas páginas-, bien en aplicar la Constitución en aquellos supuestos en que, como en materia de derechos fundamentales (art. 14 y Sección 1ª, Capít. 2º, Tít. I CE), sus normas sean directamente aplicables, como fuente inmediata de derechos (*ex art. 53.2 CE*); bien, desde un punto de vista negativo, en apreciar la derogación sobrevenida de toda Ley preconstitucional contraria a la Constitución, en promover ante el TC la cuestión de inconstitucionalidad cuando los jueces estimen que una Ley posterior a la Constitución es contraria a ella (art. 163 CE)⁸⁹, o en la directa inaplicación de los reglamentos y disposiciones infralegales postconstitucionales⁹⁰; o bien, finalmente, mediante la actividad judicial *interpretativa e integradora de la normativa aplicable*, acomodando a las reglas y principios constitucionales el sentido de cualesquiera normas civiles, pero siempre que no se aprecie la plena contradicción entre las mismas y la Constitución⁹¹, en cuyo caso –insistimos- la vía será la cuestión de inconstitucionalidad y no la decisión del

88 Vid. también en esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA (1990) pp. 275-276.

89 Como reiteradamente ha declarado el TC, “la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución” (SSTC 64/2003 y 100/2006; AATC 24/2003 y 466/2006).

90 Los tribunales pueden directamente inaplicar los reglamentos si estiman que son contrarios a la Constitución (art. 6 LOPJ); disposiciones infralegales contra las que cabe recurso, directo o indirecto, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 26 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), cuya resolución provoca efectos erga omnes, sin que afecte por sí a los actos ya generados bajo su amparo (art. 73). Vid. a título de ejemplo en el campo del Derecho Civil, las SSTs (Sala 3ª) de 22 mayo (RJ 2000/6275) y 12 diciembre 2000 (RJ 2001/552) y de 31 enero 2001 (RJ 2001/1083).

91 El propio TC ha proclamado que *la interpretación conforme a la Constitución* no puede ser una interpretación *contra legem* (STC 24/2004), a lo que añade la STC 138/2005 que aquella interpretación *tiene límites, sin que pueda “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos”* (SSTC 22/1985, 222/1992 y 341/1993) ni *“reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional”* (STC 11/1981).

conflicto *contra legem* bajo el escudo de una labor de interpretación (o reinterpretación constitucional) a la que seriamente no puede llamarse así y que no hace sino socavar larvadamente el sistema.

Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, M. (1989): “El fenómeno de la descodificación en el Derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto.
- ALONSO PÉREZ, M. (1998): “La Familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, en *Actualidad Civil*, nº.1, enero.
- AMBROISE-CASTEROT, C., AUVRET, P., BASSO, J. Y BERNARD, CH. (2009): *Les métamorphoses du droit* (Hommage à Jean-Marie Rainaud), París, Harmattan.
- ARAGÓN REYES, M. (1997): “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *La vinculación del juez a la Ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol.1.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. (1991): *El Derecho civil constitucional*, 1986, reimpresión 1991), Madrid, Civitas.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2004): “La Constitución y el Derecho Civil”, en REDUR (*Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*), nº.2 (<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/barber.pdf>).
- BARROSO, L.R. (2008): *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. (1990): “La función judicial y el Código Civil a través de un siglo”, en *Centenario del Código Civil*, I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- BENEDETTI, G. (1990): “Negozio giuridico e iniziativa economica privata”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.5.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,
- (1998): “Control de constitucionalidad”, en *Aranzadi Civil*, I.
- (2000): “Comentario a la Sentencia del TC de 16 octubre 2000 (Derecho a la igualdad en relación con la legitimación para reclamar la paternidad en caso de filiación extramatrimonial)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº.54.
- (2003): “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.17.
- (2004): “El matrimonio de los homosexuales”, en *Aranzadi Civil*, nº.15.

- (2005): “La investigación de la paternidad”, en *Aranzadi Civil*, nº.14.
- BIANCA, M. (1998): *Diritto Civile*, T.III (Il Contratto), Milán, Giuffré.
- BONET CORREA, J. (1989): “La constitucionalización del Código Civil (Hacia la consolidación de un ‘Corpus’ privado fundamental)”, en *Centenario del Código Civil*, dirigido por F. RICO PÉREZ, T.I, Madrid, Universidad Complutense.
- BUSTOS PUECHE, J.E., (1998): “Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa”, en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre.
- CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006): “Matrimonios entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español”, en *La Ley*, nº.6391, 2 enero.
- CARRASCO PERERA, Á. (2003): “Desamparados”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 583, junio.
- COLINA GAREA, R. (2006): “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº.10.
- CORRAL GIJÓN, M^a.C. (2000): “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 1^a: Configuración del fenómeno)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 662, noviembre-diciembre.
- DE CASTRO, F.,
- (1935): “El Derecho civil y la Constitución”, en *Revista de Derecho Privado*.
- (1984): *Derecho Civil de España*, reedición facsímil, 1984, 1991, Madrid, Civitas; 3 volúmenes, 1^a ed., 2008, Madrid, Thomson-Civitas.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I. (2009): “El matrimonio con protección constitucional: puntualizaciones a la Ley 13/2005”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº.1, enero-marzo.
- DE CUPIS, A.,
- (1982): “Sulla ‘depatrimonializzazione’ del Diritto Privato”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.2.
- (1986): “La crisi dei ‘valori’ del Diritto civile”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.1.
- DE LA VEGA BENAYAS, C. (1984): “Sobre el benéfico influjo de la Constitución en el Derecho Civil”, en *La Ley*, T.3.
- DE LOS MOZOS, J.L.,
- (2000a): “Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, en *La Ley*, nº.7.
- (2000b): “La autonomía privada: Notas para una relectura del Título de los Contratos en el Código Civil español”, en *Contratación Contemporánea. Teoría general y principios*, Santa Fe, Colombia, Palestra Editores-Edit. Temis.

- DE MARINO, R. (1986): “Introducción a la constitucionalización del Derecho Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2001): “Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978 (1)”, en *Actualidad Civil*, nº.2, enero.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., (2003): “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.17.
- DI MAJO GIAQUINTO, A. (1995): “Libertá contrattuale e dintorni”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, nº.1, marzo.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.,
- (1991): “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinado por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Vol.II, Madrid, Civitas.
- (1992): “Codificación, descodificación y recodificación”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998): *Sistema de Derecho Civil*, Vol.I (9ª ed. reimpresión 1998, 11ª ed. 2003, 2ª reimpresión 2005), Madrid, Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA I TRÍAS, E. y MORALES, A.M. (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R. (1989): “Nota sobre el Derecho Constitucional como nuevo ‘Derecho común’”, en *Homenaje al Profesor J. ROCA JUAN*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia.
- FONT GALÁN, J.I. (1990): “El derecho del consumidor entre Códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho civil y mercantil”, en AA.VV. *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2001): “¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)?”. Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil”, en *La Ley*, nº.5338, 26 junio (y en *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 337-369).
- GARCÍA AMIGO, A. (1997): *Derecho civil de España*, I, Parte General, Servicio de Publicaciones de Facultad la Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- GARCÍA CANALES, M. (1989): “Principios generales y principios constitucionales”, en *Homenaje al Profesor J. ROCA JUAN*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- GARCÍA CANTERO, G. (2000): “*Adoptio, semper reformanda est*”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.660.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.,

- (1981a): *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas.
- (1981b): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (1ª ed. 1981, 2ª ed. 1982, 3ª ed. 1988), Madrid, Civitas.
- (1996): “La democracia y el lugar de la Ley”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº.92, octubre-diciembre.
- GARCÍA RUBIO, M^a.P. (2005): “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en *La Ley*, nº.6359, 15 noviembre.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2007): “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio express”)”, en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, coordinado por J.V. GAVIDIA, Madrid, Marcial Pons.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1989): “Acotaciones para un concepto del Derecho Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1996): “Sobre la Ley 1/1996, de Protección del Menor”, en *La Ley*, T.1.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (1998): “De nuevo sobre las relaciones entre la Constitución y el Derecho Comunitario”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº.10.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.,
- (2009a): “Propiedades especiales: De las aguas. Comentario a los artículos 407 a 425 del Código Civil” y “Propiedades especiales: De los minerales. Comentario a los artículos 426 y 427 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª edición.
- (2009b): “Oposición del padre biológico al acogimiento preadoptivo de su hijo. Derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor (Sentencia del TC de 4 de abril de 2005)”, en *Familia y Sucesiones (Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil)*, dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Civitas. Aranzadi, S.A., Cizur Menor.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1987): “El concepto del Derecho Civil”, en “Conceptos jurídicos fundamentales”, *Obras completas*, T.1, Madrid, Espasa-Calpe.
- HESSE, K. (1995): *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Trad. de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Madrid, Civitas.
- HURTADO YELO, J.J. (2009): “Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº.788, diciembre.
- IRTI, N.,
- (1979): “Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.1.

- (1989): *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffré, 2ª ed. 1986, 3ª ed. 1989 (*La edad de la descodificación*, trad. de ROJO AJURIA, L., Barcelona, Bosch, 1992).
- (1990): *La cultura del Diritto Civile*, Turín, UTET.
- JORDANO BAREA, J.B. (1962): “Concepto y valor del Derecho Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, septiembre.
- KUMM, M. (2006): “Who is afraid of the total Constitución? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of Private Law”, en *German Law Journal*, nº.4.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2006): *Elementos de Derecho civil*, T.I, Parte General, Vol.1º (Introducción), 4ª ed. revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVARRÍA, J., Madrid, Dykinson.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (2005): “Estudio crítico de la reforma del Código Civil por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº.56.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1990): «El Derecho civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- LAUROBA LACASA, Mª.E. (2005): “Constitución y Derecho Civil: *un work in process* paradigmático”, en *La Constitución y el ordenamiento jurídico (25 años de incidencia de la Constitución española de 1978 en las diferentes disciplinas jurídicas)*, coordinado por CASTELLÁ ANDREU, J.M., Atelier-Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.,
- (1990): “Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación”, en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- (1994): “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.3.
- LUCHAIRE, F. (1982): “Les fondements constitutionnels du Droit Civil”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº.2.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1991): “La defensa del consumidor: un principio general del derecho”, en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinado por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Vol.II, Madrid, Civitas.
- MERINO ACUÑA, R.A. (2009): “La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado”, en *Derecho Civil Patrimonial y Derecho Constitucional*, Gaceta Jurídica, febrero (http://issuu.com/roger1/docs/autonom_a_contractual_y_constituci_n).

- NAVARRO VALLS, R. (2005): “La cuestión de inconstitucionalidad y los matrimonios gays”, en <http://www.iustell.com>, 22 julio.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1988): “Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho Civil”, en *Aranzadi Civil*, T.1.
- PASCUAL QUINTANA, J.M. (1968): “La encrucijada del Derecho Civil”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS*, I, Ediciones Universidad de Navarra.
- PÉREZ CÁNOVAS, N. (2007): “¿Es constitucional el matrimonio homosexual?”, en *Jueces para la democracia*, nº.58.
- PERLINGIERI, P.,
(1979): “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile”, en *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Nápoles, ESI, 1979 (y en *Rassegna di Diritto Civile*, 1980).
(1983): “Por un Derecho Civil constitucional español”, en *Anuario de Derecho Civil*, T.1.
(1984): *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, (1ª ed. 1984, 2ª ed. 1991), ESI, Nápoles.
- QUADRI, E. (1999): “L’interesse del minore nel sistema della legge civile”, en *Famiglia e Diritto*.
- QUICIOS MOLINA, S. (2005): “La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.19.
- REY MARTÍNEZ, F. (1994): *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Civitas.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000): *El interés del menor*, Madrid, Dykinson.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1990): “Codificación y crisis del Derecho Civil”, en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- ROCA I TRÍAS, E.,
(1990): “Familia, familias y derecho de familia”, en *Anuario de Derecho Civil*, T.IV.
(2005): “Constitució i Dret Civil”, en *La Constitución y el ordenamiento jurídico (25 años de incidencia de la Constitución española de 1978 en las diferentes disciplinas jurídicas)*, coordinado por CASTELLÁ ANDREU, J.M., Atelier-Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- ROMÁN GARCÍA, A.M. (2003): “Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho civil”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.I, Madrid, Thomson-Civitas.
- RUBIO TORRANO, E. (2005): “¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?”, en *Aranzadi Civil*, nº.19.

- RUIZ-RICO RUIZ, G., MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y PÉREZ SOLA, N. (2010): *Principios y derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RUIZ VADILLO, E. (1979): “La Constitución española y el Derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, LXIII, marzo.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á. (2004): “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho Comunitario en España”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.18.
- SAVATIER, R. (1964): *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, 3^a edición, París, Dalloz.
- SBISA, G. (1990): “Fattori di evoluzione del Diritto privato, scomposizione degli istituti e ricostruzione del sistema”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- SERRANO ALONSO, E. (2005): *El nuevo matrimonio civil (Estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil)*, Madrid, Edisofer.
- TORRALBA SORIANO, V. (1975): “El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre-octubre.
- VARELA GARCÍA, C. (1997): “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Actualidad Civil*, nº.12, Vol.1.