

DE CONFLICTU LEGUM DIVERSARUM:
EL PLURIVERSO JURÍDICO-POLÍTICO
ESPAÑOL

Discurso leído por el
EXCMO. SR. DR. D. JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE

EN EL ACTO DE SU TOMA DE POSESIÓN
COMO ACADÉMICO DE NÚMERO
EL DÍA 21 DE MAYO DE 2014

Y CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO
EXCMO. SR. DR. D. ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE
DE LA SECCIÓN DE DERECHO

MADRID
2014

Í N D I C E

	Pags.
Palabras previas	3
Introducción: El conflicto de leyes, consecuencia de la pluralidad legislativa.	6
I. Los conflictos internos de leyes en España hasta el Código civil.	10
II. Los conflictos internos de leyes en el originario Título Preliminar del Código civil.	14
III. El proyecto de una nueva configuración territorial: la II República Española.	20
1) Antecedentes.	20
2) Un concepto nuevo: el "Estado integral".	24
3) El Estatuto de Autonomía, consecuencia del voluntarismo regionalista	30
4) La configuración de los Estatutos autonómicos en el período republicano.	34
IV. Conflictos internos de leyes y Estado unitario: una visión retrospectiva.	36
V. Los Estatutos de Autonomía en la Constitución Española de 1978.	39
1) El <i>iter</i> preautonomista constitucional.	39
2) Un doble modelo estatutario: los artículos 146 y 147 de la Constitución.	41
3) Límite de competencias en los Estatutos autonómicos.	48
4) La territorialidad de las legislaciones autonómicas: regulación constitucional y autonómica.	54
VI. Instituciones reguladas por las Compilaciones de Derecho civil especial o foral.	59
1) País Vasco	60
2) Cataluña	62

3) Baleares	64
4) Galicia	65
5) Aragón	65
6) Navarra	66
7) Una institución consuetudinaria: el Fuero del Baylío	69
VII. Conflictos latentes de leyes entre el Código civil y los Derechos civiles especiales o forales: algunos ejemplos.	69
1) En materia de capacidad.	69
2) En materia de régimen económico matrimonial.	71
3) En materia de forma de los testamentos.	79
VIII. Territorios no forales y pluralidad legislativa.	84
IX. “Nacionalidades” y “Regiones” en la Constitución de 1978: su trascendencia en los conflictos internos de leyes.	88
1) Bases fundamentales.	88
2) Significado de la autonomía basada en las “Nacionalidades” y “Regiones”.	96
X. Configuración de los ámbitos de los Derechos civiles especiales o forales.	100
a) La pluralidad de ordenamientos civiles en la evolución histórica reciente.	101
b) Poder legislativo autonómico y Derecho civil especial o foral.	108
c) Ámbito territorial de las legislaciones civiles especiales o forales.	112
d) Ámbito material de las legislaciones civiles especiales o forales.	115
e) Ámbito personal de las legislaciones civiles especiales o forales.	120
XI. La conexión “vecindad civil” y su problemática.	121
XII. Palabras epilógicas.	137
Discurso de contestación del Académico de Número Excmo, Sr. Dr. D. Ángel Sánchez de la Torre.	139

PALABRAS PREVIAS

*...llamada que se funde en las estrellas
nave que espera ausente la mar gruesa
ese infalible ardor de cada rayo
junto a palabras que se desvanecen ...*

EXCELENTÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE
EXCELENTÍSIMOS SEÑORES ACADÉMICOS
SEÑORAS Y SEÑORES

Tengo el honor y la profunda satisfacción de encontrarme hoy aquí, muy emocionado, en esta calle Ancha de San Bernardo, en la sede de la Real Academia de Doctores de España, en este histórico edificio que sucedió a la antigua Casa del Noviciado de los jesuitas, y que desde el 10 de mayo de 1842, bajo el Gobierno del Regente Espartero, fue *alma mater* matritense, la Universidad Central, que por tantos años, hasta 1956, albergó la Facultad de Derecho, y de cuyo Paraninfo guardo gratísimos e imborrables recuerdos. Y estoy aquí gracias al afecto de varios queridos compañeros profesores todos de Universidad, los doctores Martínez-Calcerrada Gómez, Rocamora García-Valls, Sánchez de la Torre y Ull Pont, que seguramente engañados por algún extraño espejismo, promovieron mi candidatura a una plaza de Académico de Número, vacante en la sección tercera correspondiente a Derecho, y también de los numerosos compañeros académicos que tuvieron a bien apoyarla, sin ninguna duda, por generosidad y benevolencia ya que no encuentro en mí mérito alguno para recibir el tan alto honor de pertenecer desde ahora, como numerario, a esta ilustre Corporación. Vaya para todos ellos mi más vivo agradecimiento, y quede constancia de mi firme propósito de participar activamente en las tareas propias de la Academia, una contribución que, al conocer yo mis limitaciones, no será brillante, pero que sí estará plena de afán, en que esta Real Academia se siga manteniendo en la cúspide del saber porque ello redundará en beneficio no sólo de sus miembros sino también de los que no lo son porque, como es sabido, en definitiva el Derecho existe para el bienestar del ser humano presidido por esos tres principios fundamentales de vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo.

Y como la lectura de un discurso es requisito *sine qua non* para que real y jurídicamente se produzca la toma de posesión de la correspondiente plaza, voy a cumplirlo muy gustosamente hablándoles de un tema que proyecta la técnica del Derecho internacional privado en el plano intranacional, esto es, de los conflictos internos de

leyes en el espacio, los interterritoriales,¹ que se producen en nuestro país a consecuencia, como dijera Savigny, de la existencia de “Derechos territoriales contradictorios en el mismo Estado”, y que, no obstante ser conflictos, no existe unanimidad doctrinal en cuanto a considerarlos como una parte del Derecho internacional privado, aunque sí puede afirmarse que los autores más representativos del siglo XX admiten esa inclusión y que desde lejanos tiempos no han perdido ni un ápice de actualidad, por lo que a España respecta, al afectar todos los días al tráfico jurídico intranacional de miles de ciudadanos. Pero los conflictos internos de leyes, ya se consideren parte del Derecho internacional privado, o no, lo cierto es que, desde el citado Savigny hasta hoy, la comunidad científica mundial ha venido defendiendo generalmente la tesis de que entre el Derecho internacional privado y el Derecho interregional no existe una diferencia sustancial porque, en ambos casos, de lo que se trata es de localizar de manera apropiada la relación jurídica para situarla bajo el imperio de la ley que, atendiendo a la naturaleza de la citada relación, aparezca como la más conveniente, adecuada y justa para regularla, por lo que la regla tipo, la regla de conflicto, con su conexión localizadora, tiene la misma función en el Derecho internacional privado que en el Derecho interregional², que es la denominación que tradicionalmente ha recibido este sector en España.

¹ En España, históricamente, existieron también conflictos “interpersonales”, que son aquéllos que se producen por estar un grupo de nacionales sujetos a una legislación, en virtud fundamentalmente de sus creencias religiosas, mientras otro grupo está sujeto a una legislación distinta. El ejemplo más próximo lo tenemos, durante el régimen político instaurado tras la Guerra civil y hasta la vigencia de la Constitución de 1978, en que el Código civil obligaba a la celebración del matrimonio “de clase” canónico cuando al menos uno de los contrayentes profesaba la Religión católica, mientras que cuando se probase que ninguno de ellos la profesaba la “clase” de matrimonio era el civil, por lo que en el primer caso las normas aplicables eran las del Código de Derecho Canónico, mientras que en el segundo las reglas eran las del Código civil

² Del Derecho interregional en España, que hoy puede denominarse Derecho “interautonómico”, se ha venido ocupando desde antiguo la doctrina civilista en general, así cabe destacar algunos nombres como, a título de ejemplo, los de Castán Tobeñas, Ureña, Lacruz Berdejo, Martín Ballester, Albaladejo, etc., y también la doctrina foralista especializada, entre otros, Isabal y Fairén (Derecho aragonés), Sureda y Pascual González (Derecho balear), Broca y Borrell (Derecho catalán), Jado y Aretillo y Celaya Ibarra (Derecho vizcaíno), o Del Burgo, Razquín y De Pablo (Derecho navarro), pudiendo afirmarse que la bibliografía, sobre los más variados aspectos de Derecho material de los distintos sistemas jurídico-civiles especiales o forales compuesta por exposiciones generales, monografías, comentarios, estudios, ponencias, artículos de revista, etc., aparecida, especialmente a lo largo de todo el siglo XX y hasta hoy, es verdaderamente de una extensión abrumadora y de la que, en estas páginas, sólo puede citarse algún título aislado sobre aspectos puntualísimos.

Introducción.- El conflicto de leyes como consecuencia de la pluralidad legislativa.

La expresión latina con la que comienza el rótulo de este discurso es tributaria de la que figura en un libro publicado en Holanda, en 1684, del que fue autor el jurista Ulricus Huber³. Era la primera vez que en Europa aparecía una obra en la que se denominaba “conflicto de leyes” a una rama jurídica que, siglo y medio despu es, recibiría el nombre de “Derecho internacional privado”, manteniéndose hoy ambas denominaciones, la primera principalmente en el mundo anglosajón y la segunda en el continental, para contemplar el contenido de una misma rama jurídica. Ese “conflicto de leyes” aparece inexorablemente siempre que el juez tiene el deber de dictar sentencia y se encuentra con dos, o más ordenamientos jurídicos, conectados con el supuesto planteado porque sólo uno de ellos puede ser el que otorgue eficacia jurídica al derecho que se discute en el proceso. Esto es así porque desde el punto de vista del Estado del foro solamente uno de los ordenamientos en presencia puede ser el poseedor de la competencia legislativa para dirimir la discordia. El término “conflicto de leyes”, como su equivalente de “colisión de leyes” puede dar la impresión, a primera vista, de que existe una contraposición, que encierra la idea de que existe entre las leyes en presencia una regulación absolutamente divergente, opuesta e inconciliable, y ello puede efectivamente ser así, como también lo será, claro es, si la citada regulación presenta diferencias de matiz, más o menos acusadas. Pero también puede suceder que las leyes posean una regulación idéntica, lo que haría pensar que no existe conflicto entre ellas; pues bien, aun en este caso el juez se encontraría ante un “conflicto de leyes”, porque no puede eludir la elección de una de ellas para basar en la elegida su sentencia. La noción de “conflicto de leyes”, pues, no reside en la mayor o menor diferencia existente en el contenido de esas leyes sino que queda reducido para el juez a un dilema de elección de ley aplicable, que efectivamente sería tal si no

³ Ulricus Huber (1636-1694), uno de los principales representantes de la escuela estatutaria holandesa del siglo XVII, fue profesor en la Universidad de Franeker y juez en el Tribunal Supremo de la provincia de Frisia. En el tomo III, libro 1, título III, de sus *Praelectiones juris civilis* bajo la rúbrica *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* escribió, como dijera certeramente Armand Lain , diez páginas que han tenido más peso que diez volúmenes. Esa disertación volvió a aparecer en la segunda edición de su obra *De iure civitatis* (1684), así como en otros escritos suyos.

contase con un mandato del legislador, pero que desaparece para aquél desde el momento en que esa elección queda regulada por medio de la correspondiente norma conflictual. De ahí que si en muchos Estados la doctrina alude a esas reglas como “reglas de conflicto”, “reglas de colisión”, “reglas de conexión” o “normas de conflicto” como denominaciones más comunes, la doctrina inglesa las denomine “reglas de elección de ley”, o del derecho aplicable.

La rama del Derecho que se ocupa de los problemas de la elección y aplicación de una de esas leyes recibió, desde la sugerencia hecha por el norteamericano Story, en 1834, el nombre de Derecho internacional privado. Sin embargo, aunque se trate de una denominación comúnmente aceptada en casi todos los países, en el mundo anglosajón, y en ciertos autores no anglosajones, predomina la denominación de la función que esta rama tiene, es decir, la de resolver los “conflictos de leyes”. Si observamos el título de cualquier tratado, curso o manual de esta disciplina, de cualquier autor español, francés o italiano, disciplina que desde fines del siglo XIX es materia de estudio en la Licenciatura en Derecho en todas las Universidades prestigiosas del mundo, se verá que su rótulo es el de “Derecho internacional privado”, si, por el contrario esa obra se debe a un autor estadounidense el título, con toda seguridad, es el de “Conflicto de Leyes”. Un rótulo que nace en Europa con Huber y que prosperó en Estados Unidos de América, en tanto que el de “Derecho internacional privado” nació en ese país y poco después, a partir de 1843, se difundió por toda Europa.

Y si el Derecho internacional privado tiene como función resolver los conflictos de leyes, el término “internacional” conduce, sin duda, a pensar en conflictos entre leyes de Estados distintos, y así es. El juez del foro, según le indique la regla de conflicto de su ordenamiento tendrá que resolver conforme a su ley o conforme a un ordenamiento extranjero. Lo que significa, pues, que el juez del foro no aplica siempre exclusivamente, la ley de su Estado, la *lex fori*, sino que, cuando proceda, tendrá que aplicar, en las condiciones que establezca el tratado internacional, o el ordenamiento interno, según la fuente de la que proceda la regla de conflicto, una ley extranjera. Sin embargo, salta a la vista que en un mismo Estado con divergentes legislaciones civiles también se producirán “conflictos de leyes” que, obviamente, no son inter-

nacionales sino internos por lo que la denominación de “Derecho internacional privado”, en estos casos, no parece totalmente adecuada, porque ellos son “intranacionales” y en ellos nada hay de internacional.

Aun cuando pudiera pensarse que el origen próximo de los conflictos de leyes está en la aparición de los conflictos internacionales de leyes, lo cierto es que el origen del Derecho internacional privado es interno porque los conflictos que se producen ocurren dentro de un único y mismo Estado: el Sacro Imperio Romano Germánico en el que, a fines del siglo XII, surgen junto al Derecho común, en ciertas ciudades de la Italia del norte, una serie de ordenamientos jurídicos, los estatutos, que difieren entre sí con lo que inmediatamente se generan conflictos de leyes, pero no internacionales sino intranacionales, es decir, internos. Y he dicho origen próximo porque, nada hay nuevo bajo el sol, a esos conflictos de leyes les precedieron los que fueron conocidos y resueltos en Roma, como afirman algunos romanistas como Wenger y Schonbauer, pese a que allí la solución fuese material a través del *ius gentium*, y antes en la Grecia del Estado-ciudad donde ya se plantearon, como recuerda el profesor Maridakis, cuatro siglos antes de la Era cristiana, por tanto más de catorce siglos antes de que en la segunda mitad del siglo XI el magister Aldricus se preguntase en Italia qué ley aplicaría el juez cuando el caso tuviese contacto con varias. Tal vez por ello haya podido decirse por Grzybowski que el Derecho internacional privado, como sistema de reglas jurídicas, es una de las partes más antiguas del Derecho.

Al lado de los conflictos internacionales de leyes que se producen todos los días ante jueces de todos los Estados del mundo, se producen igualmente multitud de conflictos internos de leyes porque la mayoría de los Estados miembros de la Comunidad Internacional no poseen un derecho unificado, así ocurre en los Estados federales y también en Estados políticamente unitarios con diversidad de leyes aplicables en su territorio en función de su división en regiones, provincias, comarcas, localidades, etc., y de ahí los conflictos internos de leyes, ante los cuales el juez del foro ha de aplicar una de las leyes *covigentes* en su propio Estado. Precisamente la configuración político-administrativa del Estado da nombre a cada uno de esos conflictos inter-

nos: conflictos interfederales, conflictos interregionales, conflictos interprovinciales, etc. En España, habida cuenta de la existencia de diferentes regiones en las que ha venido siendo aplicable un Derecho civil particular, se ha hablado tradicionalmente de “conflictos interregionales”, de “Derecho interregional”.⁴ Sin embargo, hoy el Estado de las Autonomías permite una denominación acorde con la realidad actual, habiéndose propuesto por algunos las de “Derecho interterritorial”, “conflictos internos” o “no internacionales”,⁵ siendo a mi parecer más exacta la de “conflictos inter-autonómicos”, y no “intercomunitarios” que podría dar lugar a confusión al pensar que pudiera tratarse de conflictos entre Estados miembros de la Unión Europea.

La razón de la pluralidad de normas radica en la diversidad de grupos sociales y en que la noción de grupo social, generalmente contemplado como población de un Estado en contraposición a la población de otro, desborda precisamente esta noción, porque hay que entenderla como referida a cualquier grupo de personas que se sienten parte de ese grupo dentro del cual mantienen relaciones que precisan una regulación jurídica, y a su vez las mantienen con personas pertenecientes a otro grupo social dentro del propio Estado. Ello significa que un grupo social no se conecta únicamente con el ordenamiento jurídico de su Estado, sino que, si por un lado existe esa conexión estatal y relaciones jurídicas entre particulares pertenecientes a distintos Estados, esto es, el llamado tráfico jurídico privado externo, por otro existen relaciones entre los componentes de las comunidades parciales que constituyen la población del Estado, cada una de las cuales está sujeta al ordenamiento específico que rige en su territorio, en el Estado federado, en la región, en la provincia, en el municipio, en la localidad, etc.

4 Juan Alegre González: Reflexiones en torno al Derecho interregional privado español, en VV. AA.: Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. 1, Madrid, 1988, pp. 53-80.

5 Vid. Pedro Antonio Ferrer Sanchís: Cuestiones de Derecho internacional privado en la Constitución Española de 1978, en VV. AA.: “Lecturas sobre la Constitución Española” (coord. Tomás R. Fernández Rodríguez), UNED., t. II, Madrid, 1978, p. 333. Creo de justicia recordar que esta publicación, en dos tomos, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, regida entonces por el profesor Tomás Ramón Fernández Rodríguez, fue el primer comentario que vio la luz sobre la nueva Constitución, siendo presentada la obra en noviembre de ese año, es decir, un mes antes de la publicación del texto constitucional en el Boletín Oficial del Estado correspondiente al viernes 29 de diciembre de 1978 y, por ende, de su entrada en vigor.

I. Los conflictos internos de leyes en España hasta el Código civil.⁶

Esa pluralidad de grupos sociales es lo que ha motivado que España históricamente haya sido, y siga siendo, un Estado plurilegislativo que se conforma por la multitud de fueros municipales que los reyes en los diversos reinos peninsulares, desde el siglo XI,⁷ vinieron otorgando a distintos pueblos, con lo que no hubo apenas ciudad ni villa de importancia que no los tuviese, y que merced a tales fueros, que ordinariamente eran un Código que contenía el Derecho civil, el penal, el administrativo y el político, muchas ciudades eran, como observa Pi i Margall, “un verdadero Estado dentro del Estado”⁸. Una afirmación que, retro trayéndola siete siglos, es válida para las ciudades del Norte de Italia que, en virtud, del Tratado de Constanza, se dotaron de sus propios “estatutos”, como se ha dicho, generándose así los conflictos de estatutos y la necesidad de resolverlos. España cuenta desde antiguo con una extraordinaria riqueza normativa, comparable, si es que no la supera, a la que se revelara en la Francia del siglo XV, con la codificación de las costumbres vigentes en territorio galo ordenada por Carlos VII.

En España considerando esa diversidad tradicional jurídico-material que se da entre la variedad de Derechos hispánicos, aspecto este, por cierto, poco investigado, se puede afirmar, con el profesor Puente Egido, primero, que en esos sistemas existieron reglas de conflicto más o menos acabadas, en particular referidas a la determinación correspondiente de cada vecindad foral, y segundo, que desde la Casa de

6 Aunque el Tribunal Supremo, antes de 1978, utilizó alguna vez la expresión “código” para referirse a alguna de las Compilaciones de Derecho especial o foral, actualmente coexisten oficialmente en España tres cuerpos legales con el nombre de “código”: 1) Código civil publicado por el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, entrado en vigor el 1º de mayo de 1889, por la prórroga establecida en el Real Decreto de 11 de febrero de 1889, y con nueva edición, con las oportunas enmiendas y adiciones, ordenada por la Ley de 26 de mayo de 1889; 2) Código civil de Cataluña; 3) Código de Derecho Foral de Aragón. Teniendo en cuenta esto cuando en el texto se hace referencia al “Código civil”, salvo que se especifique que se trata de cualquiera de los otros dos, esta siempre es al primero de ellos, que hoy debería denominarse Código civil del Estado como, por cierto, ya figura en algunos trabajos doctrinales.

7 La formación y evolución del Derecho en la España cristiana medieval expuesta por los historiadores del Derecho español puede verse, por ejemplo, en José Antonio Escudero: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 1985, p. 311 y ss.

8 Francisco Pi i Margall: *Las nacionalidades* (1876), 2ª ed., en EDICUSA, Madrid, 1973, p. 270.

Austria y sobre todo con la llegada de la Casa de Borbón, la Corona intentó una unificación de esa pluralidad de ordenamientos jurídicos extendiendo la aplicación del Derecho de Castilla a regiones forales, pudiendo servir como ejemplos el que Felipe V por Real Decreto de 3 de abril de 1711 (contenido en la Novísima Recopilación, Libro 5, título 7, leyes 1 y 2) determinó para la Audiencia de Zaragoza que la Sala del Crimen juzgaría únicamente “según las costumbres y leyes de Castilla”, y también que en los “casos, contratos y dependencias en que S. M. intervenga con cualquiera de sus vasallos se han de juzgar por las leyes de Castilla”, y más tarde el que bastante antes de la promulgación del Código civil el Derecho de Castilla, siguiendo a Isaba,⁹ se había recibido en Aragón como Derecho supletorio en las relaciones civiles.

El Fuero Juzgo barruntó la técnica conflictual al señalar que los “mercadores *dultra portos*” debían ser juzgados según sus leyes, pero por sus jueces, con lo que se establecía una regla de incompetencia de los jueces aplicadores del Fuero, y obsérvese aquí que la regla parece tener una proyección *internacional*. En el siglo XIII el Código de las Siete Partidas sí estableció reglas conflictuales, concretamente en las Partidas 1^a, 3^a y 4^a en las que si bien estaba presente el criterio territorialista este no era absoluto, puesto que en ciertos supuestos declaraban que el juez debía aplicar una ley extraña a la *lex fori*, con lo que la personalidad del Derecho, entendida como extraterritorialidad del mismo, estaba presente. Desde el siglo XV hasta el XVII una escuela estatutaria española, en cierto modo, discutida quizás porque no gozaron sus autores de la relevancia que tuvieron los que formaron las escuelas en Europa desde el siglo XIV hasta el XVIII, estuvo, no obstante, presente ocupándose de los conflictos de leyes y, aun con todas las críticas que puedan formularse, constituye una página histórica en la historia del Derecho internacional e intranacional privado de España, con una larga lista de autores a la que pertenecieron, como más destacados, Maimó de Plagamans, Vidal de Cañellas, Tomás Mieres, Francisco Ferrer y Nogués, Segismundo Despujol, Acacio Antonio de Ripio, Jaime Cáncer, Rodericus Xuárez, Gregorio López, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias y Leyva, Pedro Agustín

⁹ José Puente Egido: *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo (1841-1977)*, Barcelona, 1981, p. 1175.

Morlá, Alfonso de Azevedo, Tomás Carleval, Peláez de Meres, Luis de Molina, Francisco Suárez, Domingo de Soto, Gonzalo García de Villadiego, Palacios Rubios, Dídaco Pérez de Salamanca, Menchaca, Mexía, Gometius León, Juan Bautista Villalobos, Juan Blas Navarro, Pedro Núñez de Avendaño, Burgos de Paz, Francisco Caldas y Castro, Gaspar Rodríguez, etc.¹⁰

Esas presuntas reglas de conflicto debieron existir en los diversos territorios regidos por fueros muy distintos entre sí; un panorama que llegó al siglo XIX pudiendo decir Pi i Margall que ni el poder central ni las provincias han podido acomodar los fueros al progreso de la ciencia, “se han estancado, por decirlo así, las legislaciones particulares, y sólo la general participa del movimiento jurídico de Europa”, por ello calificaba la situación, después de exponer las diferencias entre los principales fueros que quedaban vigentes, de un auténtico caos.¹¹ Un caos que pone de relieve años después Covián Junco, concretamente en 1926, cuando estaban redactándose los diferentes Apéndices forales al Código civil ante la pretensión catalana de mantener un *statu quo* “de todo punto insostenible, porque sus fueros constituyen un mosaico legislativo” lo que hacía inviable un Apéndice para cada pueblo o comarca¹². Un problema de no fácil solución, y sumamente complejo, con el cual sucesivos Gobiernos del siglo XIX no se atrevieron a enfrentarse en las Cortes. En el proyecto pimargalliano de Constitución federal, de 1873, en la facultad décimo quinta, del título V, quedaba reservada a los Poderes públicos de la Federación la de “Códigos generales”, con lo que los ordenamientos particulares serían competencia del correspondiente Estado federado de los diecisiete relacionados en el artículo 1º, exactamente el mismo número que el de Comunidades Autónomas existentes en España en la actualidad.¹³

10 Vid. Guillermo Augusto Tell y Lafont: *Notas sobre la teoría de los Estatutos en la antigua jurisprudencia catalana*, Barcelona, 1887; con reimpresión en la Revista Jurídica de Cataluña, 1954; también, Vicente Luis Simó Santonja: *Aportación al estudio de los estatutarios españoles*, Valencia, 1956, y José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, historia doctrinal y codificación, Madrid, 1992, pp. 360-376.

11 Francisco Pi i Margall: *op. cit.*, 319-329.

12 Víctor Covián Junco: *Prólogo*, a la edición del Código Civil de la “Revista de los Tribunales” (Casa Editorial de Góngora), 1926, p. 15, reproducido en ediciones posteriores.

13 Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco. A las que hay que añadir las dos Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Al margen de los diversos proyectos de Código civil, con pretensión de menor o mayor exhaustividad, como fue el proyecto de 1851, es en el último cuarto del siglo XIX cuando realmente el legislador se muestra decidido a ordenar ese caos. En el Proyecto de Ley de Bases, de 22 de octubre de 1881, la clave estaba en la Base decimoséptima, según la cual: “Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el reino se trasladarán al Código civil, en su esencia, las instituciones forales que por su índole puedan y deban sustituir, con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto, en las provincias aforadas se conservarán por ahora, y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia.

El Gobierno procurará, sin embargo, al redactar el Código general, establecer entre este y aquellas instituciones especiales la posible asimilación, para que las diferencias que resulten, subsistan tan sólo como excepción de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre instituciones similares y acercándose cuanto sea dable a la unidad legislativa.

En todo caso, los naturales de las provincias aforadas, y los que en ellas posean bienes inmuebles o derechos reales, podrán optar a su voluntad, entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino, en cuanto no perjudiquen a los derechos de tercero.

En consecuencia de lo dispuesto en los párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio”.¹⁴ En el Proyecto de Ley de Bases, de 12 de enero de 1885, una posible base establecía que habría que tener presente el “...facilitar el enlace y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales, en cuanto a las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia o vecindad en provincias de derecho diverso, inspirándose hasta

¹⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado. Legislatura de 1881-2, t. I, apéndice 5º al número 24, 22 de octubre de 1881.

donde sea prácticamente posible en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos”¹⁵.

Por fin, en la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, su Base segunda reproduce íntegramente lo escrito en el Proyecto de 1885 únicamente con dos variaciones: la expresión “sea prácticamente posible” se sustituye por la de “sea conveniente”, y el vocablo “estatutos” se reproduce con mayúscula “Estatutos”. Esta doctrina de los “estatutos” se concreta en la agrupación tripartita que de las leyes establecieron las distintas escuelas estatutarias desde Bártolo de Sassoferrato hasta el Código civil francés: estatuto *personal*, el conjunto de leyes que miran a la persona; estatuto *real*, las leyes que contemplan las cosas, y estatuto *formal*, las leyes que regulan la forma en que cristalizan los actos jurídicos, con las soluciones en cuanto a qué ley era aplicable en cada estatuto.

II. Los conflictos internos de leyes en el originario Título Preliminar del Código civil.

Por fin los artículos 12 a 15 del Código civil, en 1889, vinieron a regular la cuestión foral, cuyo régimen en las respectivas provincias y territorios españoles, es “según constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal, el establecido en dichas regiones que no haya sido derogado o modificado por leyes o disposiciones de carácter general obligatorio...”, como éste afirma en su Sentencia (Sala 1ª) de 8 de junio de 1904, en el caso *Gili c. Farriol y otros*.

El primitivo Título Preliminar dedicó al Derecho interregional los artículos 12 a 16, ambos inclusive; de ellos el 12 y el 15 tuvieron dos versiones,¹⁶ la primera en la publicación del Código civil ordenada por el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, y la segunda en virtud de la edición enmendada cuya publicación se ordena por la Ley

15 *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado. Legislatura de 1885. Apéndice único al número 54, 12 de enero de 1885.

16 Sobre las ediciones del Código civil vid. el excelente trabajo de Jerónimo López López-Carlos Melón Infante: *Prólogo y Estudio preliminar*, a la edición del Código civil a cargo del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1969.

de 26 de mayo de 1889. En la primera versión el artículo 12 decía: “Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4º, libro 1º. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales”; en la edición enmendada se reprodujo el texto pero con dos adiciones en el párrafo segundo diciéndose ahora: “... su actual régimen jurídico, *escrito o consuetudinario*, por la publicación de este Código...” y “tan sólo como *derecho* supletorio en defecto...”. La fórmula adoptada en el artículo 12 era la consecuencia del espíritu de transacción que informó la elaboración del Código entre los que eran partidarios de un Código único y los defensores de la subsistencia de las diversas legislaciones forales.

El artículo 13 decía: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”.

Por su parte el artículo 14 establecía que: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil”. Es decir, que el sistema conflictual era común para los conflictos internacionales de leyes y para los internos.

El artículo 15 se ocupaba de señalar a qué españoles les era aplicable el Código civil. En la primera versión decía: “Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada o intestada declarados en este Código, son aplicables: 1º A las personas nacidas en provincias o territorios de derecho común. 2º A los hijos de padre o madre que tengan la precedente condición, aunque hubiesen nacido en provincias o territorios donde sub-

sista el derecho foral. 3º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común. En este caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos la de su padre”. En la edición enmendada el texto del artículo 15 fue mucho más amplio y detallado, en cuanto al tiempo de residencia en un territorio para ganar vecindad civil en él, decía así: “Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada e intestada declarados en este Código, son aplicables: 1º A las personas nacidas en provincias o territorios de derecho común de padres sujetos al derecho foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil. 2º A los hijos de padre, y, no existiendo éste o siendo desconocido, de madre, perteneciente a provincias o territorios de derecho común, aunque hubieren nacido en provincias o territorios donde subsista el derecho foral. 3º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común. Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil. En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre. Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil”.

Por último el artículo 16 decía: “En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código”. Como concretó el artículo 1º del Real Decreto de 12 de junio de 1899, las referidas manifestaciones deberían formularse en el Registro civil del pueblo del declarante. Y ese ha sido el articulado que analizó, interpretó y aplicó el Tribunal Supremo en su juris-

prudencia a lo largo de ochenta y cinco años, o sea, hasta la publicación del nuevo Título Preliminar en 1974.¹⁷

La cita de ese plural régimen jurídico, con su correspondiente Derecho supletorio, revela la extraordinaria riqueza normativa existente en los Derechos hispánicos en el ámbito del Derecho civil. El artículo 6º de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, anunciaba la formación de Apéndices al Código civil sobre las instituciones forales, de los que únicamente se publicó el correspondiente al Derecho foral de Aragón, por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, aparecido en la “Gaceta de Madrid” del 2 de enero de 1926. En 78 artículos el Apéndice regulaba las siguientes materias: relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes; ausencia; tutela; servidumbres; testamentos y sus formas; herencia, institución de herederos, legítima, sustitución y desheredación; sucesión intestada; disposiciones comunes a herencias con o sin testamento; contratos sobre bienes concernientes al matrimonio; sociedad conyugal tácita; sociedad conyugal paccionada; viudedad; y, en fin, contratos especiales sobre ganadería.

Si se pasa ahora revista al orden de prelación de las fuentes legislativas en algunas provincias y territorios aforados, que no llegaron a tener el Apéndice foral anunciado, se comprobará que la afirmación en cuanto a la riqueza normativa no solamente es cierta sino que el término “extraordinaria” palidece ante el ingente volumen normativo. En 1889 al publicarse el Código civil el panorama, expuesto con todo detalle y precisión por el profesor De Castro y Bravo,¹⁸ y que aquí intento sintetizar, era el siguiente:

En *Baleares* rige como Derecho supletorio: 1º Las disposiciones posteriores al Código civil; 2º Código civil: Título preliminar y título IV del libro I y aquellas dis-

17 Esa jurisprudencia, en el ámbito del Derecho interregional, en José Puente Egido: *op. cit.*, pp. 1191-1493. Debo señalar, por ser de justicia, que una recopilación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resumida, en materia de Derecho internacional privado e “interprovincial” desde 1853 hasta 1936, fue llevada a cabo muchos años antes (probablemente circa 1947) por el profesor Mariano Aguilar Navarro en un precioso manuscrito que conservo en mi biblioteca particular y que ha sido recientemente publicado en su integridad, con presentación mfa, vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Una obra inédita sobre Derecho internacional privado del profesor Mariano Aguilar Navarro (1916-1992)*, en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 34, 2010, pp. 203-292.

18 Federico de Castro y Bravo: *Derecho civil de España, Parte General, I*, Madrid, 1955, pp. 289-299.

posiciones que han reemplazado al Decreto de Nueva Planta; 3º Leyes generales posteriores al Decreto de Felipe V, de 28 de noviembre de 1715, no derogadas por el Código civil; 4º Reales Pragmáticas, privilegios y buenos usos aplicados de antiguo en aquel territorio; 5º Código civil.

En *Cataluña*: Los números 1º y 2º son idénticos a Baleares; 3º Leyes de carácter general posteriores al Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716, no derogadas por el Código civil; 4º Derecho propio y especial de Cataluña integrado por el Derecho general escrito contenido en la compilación de 1704 (*Constitució y altres drets de Catalunya*), Derecho consuetudinario, Derecho local (Barcelona, Gerona, Tortosa y Valle de Arán), Derecho supletorio especial de Cataluña (canónico, romano y doctrina de los autores recibida por los Tribunales) y Derecho supletorio general (Código civil y principios generales del Derecho).

En *Navarra*: Los números 1º y 2º son idénticos a Baleares y Cataluña; 3º Leyes dadas en Cortes generales, aplicables, por tanto, a Navarra y no derogadas por el Código civil; 4º Leyes dictadas con posterioridad a las de la Novísima Recopilación de esta provincia; 5º La Novísima Recopilación de Elizondo, de año 1735; 6º El fuero general y los dos *Amejoramientos* del Fuero de 1330 y 1418; 7º La costumbre; 8º El Derecho romano; 9º El Código civil.

En *Vizcaya*, sólo en la *tierra llana* o de *infanzón*: Los números 1º y 2º son idénticos a Baleares, Cataluña y Navarra; 3º Leyes generales posteriores a la Ley de 25 de octubre de 1839; 4º La colección de Fueros titulada *Privilegios, franquicias y libertades de los caballeros hijosdalgo del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya*, de 1526; 5º Costumbre; 6º Código civil. Por lo que respecta a las villas y ciudades la ley es el Derecho civil común.

En cuanto al orden de prelación del Derecho antiguo castellano era el siguiente: 1º *Colección legislativa*, es decir, leyes posteriores a la Novísima Recopilación y su Suplemento; 2º *Novísima Recopilación* y su *Suplemento*, promulgados por Real Cédula de 15 de julio de 1805 y 15 de enero de 1808, respectivamente; 3º Leyes de la *Nueva Recopilación* de 14 de marzo de 1567, no derogadas ni insertas en la Novísima; 4º *Fuero Real* (1255), *Fuero Juzgo* (681) y *Fueros municipales* (León,

1020; Sepúlveda, 1076; Nájera, Cuenca, Sobrarbe y Jaca, Zaragoza, Logroño, Toledo, Molina, Zamora, Soria, etc.), siempre que fuesen usados y guardados; 5° *Las Partidas* (1256). *Las Leyes de Toro* (1505) y el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) no se mencionan por cuanto su normativa se halla trasladada a la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*.

Al finalizar la década de los cincuenta del pasado siglo Badenes Gasset ponía de relieve que las costumbres de carácter foral por su origen y materia, tienen diferentes características: en Cataluña “rige la doctrina canónica, por la primacía supletoria del Derecho canónico y la costumbre ha de ser: racional, legítimamente prescrita, repetida y probada”. En Navarra “parece habrá de tener los caracteres del Derecho romano españolizado,¹⁹ es decir, los exigidos por las Partidas”. Lo mismo “ha de decirse respecto de las costumbres *conservadas* en los territorios de Baleares y Galicia, en el momento de entrar en vigor el Código civil (art. 1976)”²⁰.

Finalizada la guerra civil desde el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés un grupo de juristas entusiastas logra que por Orden de 3 de agosto de 1944 se celebre

19 Del Derecho romano aplicable en Alemania se ocupó Friedrich Karl von Savigny, en su colosal y famosísima obra *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 vols., Berlín, 1840-1849, que fue traducida al castellano por los profesores de Derecho romano de la Institución Libre de Enseñanza Jacinto Messía y Manuel Poley, bajo el título de *Sistema del Derecho romano actual*, 6 vols., Madrid, 1879. Por lo que respecta a España el Derecho romano, como supletorio en Cataluña, aparece en numerosísimas sentencias, que son ya historia jurisprudencial, y en ocasiones se cita sin hacerse referencia al Derecho canónico, como en las Ss.T.S. de 11 de junio y 30 de diciembre de 1862, y en las de 3 y 13 de julio de 1946; y en cuanto a supletorio en Navarra “el Tribunal Supremo entendió como sinónimas las palabras de Derecho común y de Derecho romano...”, en su Sentencia de 17 de junio de 1865, vid. Federico de Castro y Bravo: *op. cit.*, pp. 295, nota 2, y 297, nota 2; vid. también, Oliver Sola: *Recepción del Derecho romano en el Derecho de Navarra*, Pamplona, 2002. La referencia genérica al Derecho romano plantea la pregunta de qué leyes o doctrinas del mismo son aplicables, y en este sentido es la jurisprudencia la que determina la regla o reglas aplicables de éste o de otros cuerpos legales, o no, así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1911 declara que son inaplicables en Cataluña las leyes y doctrinas del Derecho romano relativas al valor de las pruebas, pues en esta materia sólo rigen las disposiciones del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Sentencias de 23 y 29 de octubre de 1907, y 12 de noviembre de 1910, que señalan que las Decretales sonde preferente aplicación en Cataluña, al Derecho romano, o las Sentencias de 11 de marzo de 1876, 12 de diciembre de 1889, 29 de marzo y 26 de noviembre de 1892, y 13 de enero de 1909, según las cuales las Leyes de Partidas no rigen en Cataluña en concepto de tales ni como doctrina o derecho supletorio sobre materias regidas por su legislación especial. En cuanto a Mallorca las Sentencias del citado Tribunal, de 6 de junio de 1905 y 8 de mayo de 1925, afirman que en Mallorca está vigente el Derecho romano, como legislación foral supletoria, conforme a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Código civil (naturalmente se refiere al texto de éstos vigente en esas fechas).

20 Ramón Badenes Gasset: *Metodología del Derecho*, Barcelona, 1959, p. 303.

en Zaragoza un Congreso Nacional de Derecho Civil, que sesionó entre el 3 y el 9 de octubre de 1946, destinado a tratar la cuestión foral. En sus conclusiones se recogió la necesidad de un “Código general” y esa idea unificadora plasmó en el Decreto de 23 de mayo de 1947 que determina la preparación de un “Código civil general para toda España”, con una primera etapa destinada a “la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos Derechos hispánicos, en busca de aquellos principios comunes...etc.”. Y para ello se crean Comisiones para que se formulen Anteproyectos de Compilaciones de las instituciones forales o territoriales, que, según Orden de de 24 de junio de 1947, se constituyen en las regiones de Aragón, Cataluña, Navarra, Baleares, Galicia, y en las provincias de Álava y Vizcaya ²¹. Trabajos estos que son el preludio de las Compilaciones de Derecho civil especial o foral que sí llegan a entrar en vigor a partir de finales de la década de los cincuenta del pasado siglo, y de las que me ocuparé más adelante. Pero volvamos al momento en el que nos encontrábamos.

III. El proyecto de una nueva configuración territorial: la II República Española.

1) Antecedentes.

Es innegable la existencia de una estrecha relación entre los ordenamientos jurídicos parciales coexistentes en el Estado y la configuración político-administrativa del mismo. Tan es así que la conservación y vigencia de aquéllos está condicionada a la evolución política que España ha sufrido, en particular desde que en el siglo XIX atraviesa un período de liberalismo y de proceso constitucional con una fuerte tendencia hacia el unitarismo jurídico. Creo, pues, indispensable acudir, al tratar este aspecto, a la técnica interdisciplinar en la que aquí se interrelacionan Derecho civil y Derecho político o constitucional porque la configuración del primero depende de la solución que el segundo adopte. Por un lado el artículo 1º de la Constitución de

21 Federico de Castro y Bravo: *op. cit.*, p. 258.

Cádiz, de la que hace poco se ha celebrado su centenario, concibe a España como la reunión de la totalidad de los españoles; por otro, en el artículo 10 se precisan todos y cada uno de los territorios que componen España, sin más calificación que la de “territorios”, apareciendo así como elementos de carácter indefinido dentro de una realidad mera y exclusivamente territorial privados de toda personalidad jurídico-política, tanto si la tuvieron como si no en momentos pasados. La asunción de esta solución fue desigual y ello originó diversidad de enfrentamientos que, en ocasiones, presentaron especial gravedad con tintes de una verdadera guerra civil como ocurrió en Navarra. Ahí están como prueba las guerras carlistas. Son varios los factores que concurren en esta situación bélica, como los factores religioso, ideológico y propiamente foral, por lo que la valoración de las causas desencadenantes resulta un tanto compleja; un estado de guerra civil al que pone fin el “abrazo de Vergara” y el texto normativo que le sigue, la Ley de 25 de octubre de 1839 que proclamando la unidad de la monarquía española admite igualmente la conservación de los fueros. La situación, resuelta insatisfactoriamente, en particular en las provincias vascas (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) fue la causa del estallido de una nueva contienda bélica en la que se impone el Príncipe de la Paz, Baldomero Espartero con la Ley de 21 de noviembre de 1841, y que lleva a nuevos disturbios. Hay que esperar a que Cánovas del Castillo, por Ley de 21 de julio de 1876, unifique el ordenamiento jurídico con el resto de España en las tres citadas provincias vascas. Doce años más tarde la cuestión queda resuelta a satisfacción de las dos partes enfrentadas con la publicación el 28 de febrero de 1888 de los Concierdos Económicos. La tendencia hacia el unitarismo se fractura en el citado Proyecto pimargalliano de Constitución federal de 1873, que articula el Estado español como una federación, basado en una Nación española federal. El artículo 1º, se recuerda, proclama la composición de España por los diecisiete Estados federados que se enuncian; a su vez según el artículo 40 del Proyecto: “En la organización política de la Nación española todo lo individual es de la pura competencia del individuo; todo lo municipal es del Municipio; todo lo regional es del Estado, y todo lo nacional de la Federación”. Es así como desde este esquema se articulan las competencias legislativas correspondiendo a la Federación las atinentes a

los “Códigos generales”, y a los Estados federados el resto de cuestiones civiles. Los sentimientos regionalistas afloran, con más o menos fuerza, en las distintas regiones españolas. Algunos con cierta notoriedad, pues al lado de esos sentimientos ya tradicionales en algunas regiones como especialmente Cataluña, y también en Navarra y el País Vasco, en la región gallega hasta se constituyó una “Junta Superior de Gobierno de Galicia”, aunque no llegó a afirmarse. Es así como en el período de la I República Española se aúnan el pensamiento federalista y el sentimiento gallego, pensándose en una organización de un “Cantón Gallego”, todo lo cual pierde fuerza hasta que en el año 1883 se llega a redactar un Proyecto de Constitución del Estado Gallego que constituye el más directo precedente del Estatuto de Autonomía que se presenta en la II República Española. Una página histórica de la región gallega que expone Villares Paz en su *Historia de Galicia*.

En el sur de España, Andalucía abraza el regionalismo uniéndose a Cataluña y Galicia, a través de la Constitución Federalista de Andalucía, adoptada en Antequera en 1883, en la que se pedía una Andalucía soberana y al mismo tiempo facultades autonómicas para esa región española. El intento fracasó y fue el Centro Regionalista, que se fundó en 1918, el que continuó hasta la guerra civil desarrollando una tenaz campaña a favor de la obtención de un Estatuto de Autonomía, sin embargo, pese a ello, no fue posible establecer fuertes raíces como ocurriera relativamente en Galicia y con más solidez en Cataluña. La carencia de una burguesía urbana fue crucial para el fracaso del proceso industrializador andaluz en el siglo XIX, a lo largo de cuya centuria la región andaluza adoleció de falta de la citada burguesía cuyos intereses habrían colisionado con los intereses del Estado central, lo que habría producido un cierto sentimiento regionalista tendente a la defensa y protección de aquellos. Con todo, a lo largo del siglo XIX, en el que tanto influyó el romanticismo, el panorama político español no se identificaba con los regionalismos, que si bien estaban presentes por razones tanto históricas como tradicionales, se topaban con la fuerte tendencia centralista que dominaba sin duda alguna. Ello hizo que, como ha sostenido el historiador Tusell, “antes de la II República, la verdad es que los sentimientos regiona-

listas o nacionalistas no estuvieron, en un grado inmediato por lo menos, en situación de ser satisfechos por las autoridades gubernamentales”²².

Proclamada la II República Española su Constitución, de 9 de diciembre de 1931, adoptó una vía que se separaba de la uniformidad mantenida por la línea borbónica y del federalismo sentado en el Proyecto constitucional de 1873. Se trataba de un concepto nuevo, de imprecisa interpretación jurídica, en opinión del ilustre político profesor Nicolás Pérez Serrano, el de “Estado integral”, una fórmula original que derivaba de la diferenciación interna en España a lo largo de su historia. Como ha observado Vilar: “La Constitución fue creada sobre el modelo de la de Weimar, la más democrática de Europa. España fue proclamada “República de trabajadores” no sin producir sonrisas. El parlamentarismo puro triunfó con la Cámara única, Ministerios permanentes responsables y sufragio universal extendido a las mujeres y a los soldados... Las regiones podían pedir un Estatuto de Autonomía aunque la palabra federalismo no apareció por ninguna parte”²³.

No sin sorpresa se encontraron los constituyentes de la II República Española con hechos consumados que necesariamente tenían que tener presentes: la aprobación de dos Estatutos antes de la aprobación del texto de la Constitución: por un lado el Estatuto de Cataluña (el Estatuto de Nuria) y el Estatuto del País Vasco (Estatuto de Estella). Del primero, un político y jurista partidario del federalismo, González Casanova, opinaba que: “Es un ejemplo magnífico de realismo, ponderación, concreción y respeto hacia la futura Constitución española”. No obstante, la Ley de 15 de septiembre de 1932, por la que el Estatuto de Cataluña fue aprobado, contenía modificaciones de fondo. Por lo que respecta al Estatuto de Galicia, que fue sometido a plebiscito en junio de 1936, se presentó al Presidente de la República tres días antes del estallido de la guerra civil, el 15 de julio de 1936, pero a consecuencia de las circunstancias que vivía España ni se discutió en las Cortes ni fue objeto de publicación. En fin, el Estatuto para el País Vasco fue aprobado, cuando ya la guerra civil estaba

22 Xavier Tusell: *El problema regionalista desde una perspectiva histórica*, conferencia pronunciada, el 24 de octubre de 1977, en el Club Siglo XXI de Madrid.

23 Pierre Vilar: *Histoire d'Espagne*, París, 1975, p. 121.

asolando las tierras de España, por la Ley de 4 de octubre de 1936. Puede decirse, pues, que estas tres regiones fueron las únicas que, con diferente medida, llegaron a gozar, en cierta medida, de la autonomía que la Constitución de 1931 proclamó. Otras regiones españolas como fueron Andalucía, Aragón y Valencia, iniciaron el proceso autonómico que no llegó ni con mucho a los tres citados.

2) Un concepto nuevo: el “Estado integral”.

La Constitución de 1931 estableció, como marco jurídico para el espacio territorial de las regiones constitutivas del Estado, el “Estatuto”, vía adecuada para lograr la autonomía de cada una de ellas. Sin embargo, la situación era diferente para los demás ámbitos territoriales que también gozarían de autogobierno en aquellas materias reservadas a su competencia. De este modo los municipios lograban, en virtud del artículo 9º de la Ley de Leyes que proclamaba que: “Todos los Municipios de la República serán autónomos en las materias de su competencia...” una autonomía automática. Por su parte las provincias tendrían constitución propia en función de una ley estatal que fijaría el régimen, funciones y sistema de elección del órgano gestor para llevar a cabo sus fines tanto políticos como administrativos; una normativa que, conforme al precepto constitucional sería única para todas las provincias, salvo los archipiélagos de Canarias y Baleares que, en principio, seguían con su régimen propio pudiendo si así lo estimaban oportuno acceder al régimen general, y en este caso con la sola diferenciación del nombre y composición de sus órganos rectores.

Durante todo el proceso constitucional a lo largo del siglo XIX las fuerzas políticas progresistas reivindicaron con firmeza la autonomía para las provincias y para los municipios, reivindicación que naturalmente se amplificaba siempre que ellas lograban acceder al poder. Este movimiento se vio ampliado con la promulgación de la Constitución de 1931, que incorporaba un nuevo ente territorial que desbordaba al municipio y a la provincia: la “Región”. Pero si bien es cierto que de la Constitución de 1931 se desprende la idea de que si las Cortes Constituyentes se inclinaban a favor de la autonomía de la “Región”, y así tenía que ser porque recuérdese, como ya se ha

dicho, que algunas regiones tenían redactado su Estatuto de Autonomía antes del comienzo de las discusiones encaminadas a la elaboración de la Constitución, en cambio lo que no estaba tan claro es que la aplicación de la autonomía se extendiese a todas, ya que se establecía un sistema muy rígido que, además, quedaba sujeto al control último de su constitucionalidad por parte de las Cortes. Pero esto dicho, desde luego el “Estatuto de Autonomía” era el marco jurídico que se consideraba apropiado para la constitución de cada Región como un ente territorial y autónomo, dentro del Estado, al tiempo que era la norma básica de su organización político-administrativa. Naturalmente que esta autonomía era perfectamente compatible con la estructura de la República que se constituía, según el artículo 1º de la Norma Fundamental del Estado, como un “Estado integral”, fórmula de la que modernamente se ha dicho que es “el único producto que hemos conseguido exportar en el ámbito de la ciencia política desde los lejanos tiempos de la Constitución de Cádiz”²⁴.

La cuestión de la unidad del Estado no era un problema desconocido para quienes se sentaban en los escaños del palacio de la Carrera de San Jerónimo. Tenían ante sí toda una larga historia, como las guerras carlistas, el ensayo de una Constitución federal en 1873, a más de las persistentes reivindicaciones de autonomía municipal, intransigencias pseudoabsolutistas reales, los problemas forales, etc. El reto que ante sí tenían no era una cuestión menor, se trataba nada menos que de dar solución a todos estos problemas y al mismo tiempo conseguir un Estado fuerte, algo que parecía como indispensable para consolidar en España un régimen nuevo que carecía de tradición.

Ante esta realidad los constituyentes en 1931 toman la decisión de acudir a una vía media que es la del “Estado integral”. Se esfumaría así la uniformidad que venía impuesta por los “Borbones” mas sin llegar al federalismo planteado en 1873. Se buscó para el “Estado integral” un *tertium genus*, una situación ecléctica que llevase, dentro de lo posible, a una armonización. Con esa fórmula se intenta respetar la personalidad jurídica de aquellos que teniendo una diferenciación más arraigada no

24 Tomás Ramón Fernández Rodríguez: *Las autonomías regionales*, en Revista “Triunfo”, núm. 783, del 28 de enero de 1978.

dejan de reivindicarla, mas se contempla igualmente la posibilidad de que otros se acojan, si lo estiman conveniente, a un régimen común. No se intenta imponer moldes rígidos, sino que en virtud de esa fórmula novedosa, se presenta una estructura estatal respetuosa con la voluntad, tanto histórica como moderna en ese momento, de los distintos grupos de nacionales.

Sin embargo, la expresión de “Estado integral” adolece, sin duda, de ambigüedad. El vocablo “integral”, según el Diccionario de la Real Academia Española, se aplica a las partes que entran en la composición de un todo, a distinción de las partes que se llaman esenciales, sin las que no puede subsistir una cosa, y además en el Derecho constitucional español supone una novedad. Todo ello dio lugar a una amplia bibliografía nacional y extranjera en la que los politólogos intentaron calificar esa expresión, así mientras para los profesores Burdeau, Biscaretti o Posada significaba “Estado unitario descentralizado”, para Ambrosini, Pérez Serrano y Ferrando Badía significa “Estado regional”, sin que falten quienes le atribuyen un grado más próximo a lo “internacional” como fue el caso de Prelot y Lucatello, que lo ven como un “Estado federal”.

Pero la incorporación de este concepto en el texto constitucional se encontró con un problema imprevisto, y es que la II República Española no surgía de un referéndum en el que se hubiese planteado la disyuntiva Monarquía-República, ni por supuesto de una modificación por los cauces legalmente establecidos en la Constitución de 1876, vigente el 14 de abril de 1931, como tampoco es el resultado de una elecciones generales en las que se hubiese discutido la cuestión, sino de unas elecciones municipales, circunstancia que imposibilitó la constitución de un Gobierno que, conforme a las reglas de la democracia parlamentaria, representase con base suficientemente amplia la voluntad de los españoles. Como es sabido, se decidió nombrar un Gobierno Provisional que intentó llevar al Congreso una “Ponencia Constitucional” creándose al efecto una Comisión jurídica asesora que estuvo presidida por quien fuera un gran jurista Ángel Ossorio y Gallardo,²⁵ ponencia que no

25 Creo que la interesante figura del jurista Ángel Ossorio y Gallardo sigue siendo en la actualidad muy poco conocida. Era hijo del escritor y bibliófilo Manuel Ossorio y Bernard. Nacido en Madrid el 20 de junio de 1873, se licenció en Derecho en la Universidad Central, y entre 1930 y 1933 fue Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, siendo uno de los letrados de mayor renombre de la época y ejerció la

pudo constituirse a consecuencia de los desencuentros entre los diversos ministros. En este sentido quienes ocuparon la Presidencia de la República, Manuel Azaña y Niceto Alcalá-Zamora se expresaron muy claramente, mientras el primero reconocía que: “El Gobierno es un gobierno heterogéneo, de coalición”, el segundo afirmaba que: “Como la discrepancia en el seno de este Gobierno no es bizantina sino fundamental”, ello impedía la presentación de una ponencia sobre la que hubiese un acuerdo global en cuanto a adoptar una solución. Lógicamente esta situación fue objeto de duras críticas a un Gobierno que callaba en cuestión tan fundamental como es la de la propia articulación del Estado.²⁶

En el Pleno de la Cámara legislativa se produjeron las más variadas y encontradas posiciones que partían de un Anteproyecto que se apartaba tanto del unitarismo como de la concepción federal del Estado. Se quería lograr, como decía en la Cámara el profesor Luis Jiménez de Asúa, que presidía la Comisión Parlamentaria, el establecimiento de “un gran Estado integral, en el que son compatibles, junto a la gran

profesión de abogado a lo largo de más de cuarenta años. Fue defensor en sonados procesos de importantes políticos, como fueron los de Manuel Azaña y Lluís Companys, en 1934. Presidió la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde el 28 de mayo de 1928 fecha en que la Junta General le nombra presidente de la Corporación, siendo reelegido por la citada Junta el 17 de mayo de 1929, con posterioridad el 30 de junio de 1932 en Junta de Gobierno fue nombrado Académico de Número de conformidad con las Constituciones entonces vigentes. También ocupó la presidencia del Ateneo de Madrid. Ossorio Gallardo fue un democristiano formado en el liberalismo organicista católico, y su carrera política se desarrolló dentro del conservadurismo a lo largo del primer tercio del siglo XX. Entre 1907 y 1909 fue gobernador civil de Barcelona, y diputado a Cortes por Caspe (Zaragoza) durante más de veinte años. Fue fundador del partido maurista en 1913, y en 1917 fue nombrado ministro de Fomento. Contrario al régimen instaurado por Primo de Rivera en el período 1923-1930 su actividad política se vio interrumpida incluso con ingreso en prisión, a consecuencia de una carta particular que dirigió a Antonio Maura. En 1930 durante la dictadura del general Berenguer, se declaró partidario de la abdicación del rey Alfonso XIII y de la instauración de la República. En 1931 se reintegra a la vida pública formando parte de las Cortes Constituyentes ocupando, como antes se ha dicho, la presidencia de la Comisión jurídica asesora encargada de elaborar el anteproyecto de la nueva Constitución republicana. Después del 18 de julio de 1936, cuando ya había comenzado la guerra civil, ocupó el cargo de embajador de España en Bélgica, Francia y República Argentina. Terminada la contienda trasladó su residencia a Buenos Aires, y ante el Gobierno argentino desempeñó el cargo de ministro sin cartera del Gobierno republicano en el exilio, presidido entonces por José Giral. A comienzos de 1941 el general Enrique Peñaranda Castillo, a la sazón Presidente de la República de Bolivia, le encargó la redacción de un Anteproyecto de Código Civil que, con 1.810 artículos, quedó impreso en la imprenta López, de Buenos Aires, el 22 de octubre de 1943. Falleció en la capital argentina el 19 de mayo de 1946; vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Retrospectiva y modernidad del Derecho internacional privado boliviano: del siglo XIX al Proyecto de Ley de 2009*, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 21, 2013, pp. 443-469.

²⁶ José Luis Granja: *Autonomías en las Constituyentes de 1931*, en Revista “Sistema”, núm. 40 (enero de 1981), p. 81 y ss.

España, las regiones, y haciendo posible, en ese sistema integral, que cada una de las regiones reciba la autonomía que merece por su grado de cultura y de progreso”²⁷ .

¿Cómo se pronunciaron los grupos políticos a lo largo del debate parlamentario? He aquí en síntesis la posición que adoptó cada uno de los seis que integraban la Cámara.

a) El grupo *federalista*, estaba formado por un número de diputados no muy numeroso, y si bien recibieron el apoyo de vascos, catalanes y algunos radicales, rechazaron las palabras de Jiménez de Asúa en las que llegaba a afirmar la crisis del federalismo, y propusieron, sin éxito, la constitución de un Senado con carácter regional.

b) Los *regionalistas* y *nacionalistas* formaban un grupo con diversidad de tendencias pero, en el fondo, todas con la idea de salvaguardar los Estatutos de Autonomía. Ello supuso que, en ocasiones, apoyasen propuestas contrarias a grupos que defendían intereses afines. Dentro de ellos el sector más relevante lo conforman los catalanes de Izquierda Republicana que defendían en sus intervenciones dos ideas básicas: estructurar España sobre un modelo federalista, al tiempo que pretendían evitar que constitucionalmente se pusiese en cuestión o se bloquease el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ya aprobado. Ante la insistencia en sus ideas, Ortega y Gasset, líder de los *intelectuales*, redactó un discurso que nunca llegó a pronunciar y cuyo argumento fundamental merece la pena recordar. Escribía el ilustre catedrático de Metafísica de la Universidad Central que: “Desde que se ha abierto este Parlamento, señores catalanes, no ha habido asunto que más horas de debate consuma que el vuestro, que más atención, enojos y querellas y hasta peligros haya ocasionado a la política parlamentaria... los altercados parlamentarios de más efectiva gravedad fueron provocados por vuestra exigencia de embutir vuestro Estatuto particular en el cuerpo, genérico y para todos, de aquella ley fundamental, cuerpo que nos obligásteis a retorcer y deformar por vuestro empeño de que la Constitución Española fuera prefigura y matriz del Estatuto catalán. La hora más aguda y dramática que aquí hemos vivido, la más peligrosa para la República se debió a éste inmoderado afán

27 *Diario de Sesiones*, núm. 28, p. 644.

vuestro por no querer adaptaros a la política general de la República, sino exigir, sin claros títulos para ello, que la política republicana se adaptase a vosotros”²⁸. La posición de Ortega es posible que contuviese cierta dosis de dureza para con los diputados catalanes, porque si bien estos se opusieron a la primera redacción del Proyecto dada por la Comisión y, además, fue rechazado un voto particular que proponía una España convertida en un Estado federal que concediese amplias atribuciones a las Comunidades Autónomas, en cambio en los diputados catalanes siempre existió voluntad negociadora, de transacción, que no ponía impedimentos a que en un futuro las Cortes sometiesen el Estatuto catalán a una amplia y libre discusión y, por descontado, no pretendían imponer a otras regiones de España un, como dijo Companys, régimen que no apetiesen²⁹.

c) Los *intelectuales* que, como se ha dicho, tenían como líder indiscutible a Ortega y Gasset, y realizaron una importante labor en pro del advenimiento de la República, constitufan un peculiar y raro grupo que, sin embargo, fue crítico con la deriva política que siguió aquella República que ellos defendían Su jefe abogó por una organización del Estado constituida por un reducido número de grandes comarcas. Según ellos en la redacción que presentaba el texto de futura Constitución se podía advertir que el Estado central podría enfrentarse con dos o tres regiones, y ante esa posibilidad proponían una organización global del Estado con una estructura regional, así decía Ortega y Gasset que: “Si la Constitución crea desde luego una organización de España en regiones, ya no será la España una quien se encuentre frente a dos o tres regiones indóciles, sino que serán las regiones entre sí quienes se enfrenten, pudiendo de esta forma cernirse majestuoso sobre sus diferencias el Poder nacional, integral, estatal y único soberano”³⁰. El ilustre filósofo no consiguió ver aceptado su propósito por las grandes dificultades y obstáculos que el texto aprobado presentaba para acceder a esa autonomía regional en regiones donde la aspiración autonómica estuviese poco o nada arraigada, pero, dando un salto en el tiempo, cabría

28 José Ortega y Gasset: *Discursos inéditos*, en “Revista de Occidente”, núm. 140, noviembre de 1974, p. 164.

29 José Luis Granja: *op. cit.*, p. 92.

30 *Diario de Sesiones*, núm. 33, p. 774.

decir que posiblemente sus palabras hayan sido tenidas en cuenta, de alguna manera, por los redactores del Título VIII de la vigente Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, que determina la organización territorial del Estado.

d) El grupo de *derecha unitarista* tuvo en las Constituyentes de la II República muy poca fuerza, y las intervenciones de sus miembros fundamentalmente fueron críticas con la vía que seguía el Proyecto al entender que la solución que se adoptaba venía impuesta por la circunstancia de que el Estatuto de Cataluña ya había sido previamente aprobado.

e) El grupo de los *radicales* era la segunda fuerza parlamentaria con sus noventa diputados, y en su seno se produjeron posiciones encontradas ya que unos diputados apoyaron y otros atacaron las propuestas formuladas por el grupo socialista, así mientras algunos se mostraron partidarios del autonomismo, en cambio otros votaron a favor enmiendas federalistas.

f) En fin, el grupo *socialista*, que en las Constituyentes contaba con minoría mayoritaria, entre cuyos miembros se contaban los presidentes de las Cortes y de la Comisión Constitucional, y estaba apoyado por el partido de Manuel Azaña y por los radical-socialistas, se mostró partidario del “Estado integral” en vez del Estado federal, y su posición fue ciertamente determinante para la inclusión de esa expresión en el texto constitucional.

3) El Estatuto de Autonomía, consecuencia del voluntarismo regionalista.

Cuando se alude a autonomías territoriales es fundamental intentar que ellas no tiendan a un desbordamiento de la realidad social, con la finalidad de conformarla a unos determinados parámetros previamente fijados sobre la base de una aparente objetividad que puede ser puesta en tela de juicio. Elaborar, pues, una ley sobre la base de esta premisa que se aleja de la realidad es algo que no puede ser admitido pacíficamente, por tanto resulta de extraordinaria importancia elegir los criterios que van a ser los cimientos de un fin ideal que se pretende lograr, pero también sin forzar el que se adopten conductas de la colectividad que no se consideran deseables. En

medio de este panorama se ven inmersos los constituyentes de la II República cuando intentan diseñar el mapa regional para el nuevo Estado que pretenden erigir. Una enmienda presentada con la configuración apriorística de dicho mapa fue, lógicamente, rechazada, y en cuanto al criterio que adoptan los diputados es preciso ahondar en su articulación, oportunidad y fundamento.

En el artículo 1º, apartado 2, de la Constitución republicana ya aparecía una primera limitación. Su texto decía: “Los poderes de todos los órganos emanan del pueblo”. Se trata de un principio constitucional básico, del que se deriva que la constitución de un poder regional autónomo esté legitimado por el previo, o posterior, asentimiento popular, puesto que la soberanía reside en el pueblo. Y el artículo 2º garantizaba la no discriminación en cuanto al logro de un poder regional autónomo al determinar que: “Todos los españoles son iguales ante la ley”. Sobre estos principios fundamentales se fija en el texto constitucional el método de articulación de los Estatutos de Autonomía sobre la base de las cuatro pautas siguientes contenidas en los artículos 11 y 12, apartados a), b) y c): 1ª La voluntad de una provincia, o el acuerdo entre provincias limítrofes, con características históricas, culturales y económicas comunes, declarando su intención de organizarse en una Región autónoma; 2ª La propuesta de un texto de Estatuto, por la mayoría de los Ayuntamientos, o por lo menos de aquéllos cuyos Municipios reuniesen los dos tercios del censo electoral de la Región; 3ª Que el Estatuto fuese aceptado por los dos tercios del censo de electores inscritos en la Región; y 4ª Que el texto del Estatuto fuese, previo control de su constitucionalidad, aprobado por las Cortes. No obstante, y a pesar de que las regiones que lo así lo quisieran hubieren accedido a la autonomía, tras cumplir los severos requisitos que la Constitución imponía, tampoco podía afirmarse que ya estaba definitivamente configurado el mapa regional español puesto que conforme al artículo 22 cualquiera de las provincias que formen una región autónoma o parte de ella, podía renunciar al régimen alcanzado y volver a la situación de provincia directamente vinculada al poder central, posibilidad ésta que para que se hiciese realidad era preciso que el acuerdo fuese propuesto por la mayoría de sus Ayuntamientos, y aceptado al menos por los dos tercios de los electores inscritos en cada una de las provincias. Resulta

claro, pues, que la configuración territorial de España no quedaba fija e inamovible, pues dicho precepto hace inviable una estructura definitiva, estructura que quedaba a merced de múltiples avatares que podían en cualquier momento hacer variar la voluntad del pueblo soberano tal como lo denominó el artículo 1º de la Ley de Leyes. La Constitución de 1931 establecía una articulación territorial España sobre unas bases realmente innovadoras que, en definitiva, descansaba en la voluntad de una parte del pueblo español, es decir, de la población regional. Y la innovación resulta además doble porque tiene como norte el respeto al planteamiento realmente democrático, lo que hace que el poder central no pueda, sin obstáculo alguno, llevar a cabo injerencias de carácter jurídico, ni tampoco influir en la creación de una voluntad autonómica endeble, que podría haberse conseguido estableciendo topes porcentuales más bajos, basada en la voluntad de una minoría que no representa el sentir general y mayoritario.

Resulta, pues, que el sujeto constituyente de una Región son las provincias, los Ayuntamientos, el cuerpo electoral que figura en el censo de la Región y, al final, las Cortes. Sin embargo, la Constitución no resulta, como habría sido deseable, totalmente diáfana, puesto que al analizar la función de cada uno de estos entes aparecen inmediatamente ciertos problemas que no resuelve el texto constitucional. En efecto, si es cierto que las provincias son las que inician el proceso autonómico regional con el acuerdo de organización, no lo es menos que en ningún lado se indica cuáles son los órganos provinciales competentes para acordar el comienzo del proceso autonómico, y ello sin contar con que con la constitución de una Región autónoma, la provincia, como entidad territorial hasta ese momento, podría desaparecer, y precisamente esto fue lo que se planteó en la elaboración del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña. Cuando se alude a los Ayuntamientos también aparece cierto problema. Estos no tienen más competencias que la de proponer la aprobación del texto del Estatuto, y el artículo 12 a) de la Constitución lo que hace es evitar que unos ayuntamientos se impongan sobre otros, pero al admitir que la propuesta pueda partir de “la mayoría de los Ayuntamientos” queda abierta la posibilidad de que los pequeños impongan su voluntad a los grandes, y, por otra parte, al añadir “cuando menos aqué-

llos cuyos municipios comprendan las dos terceras partes del censo electoral de la región”, aunque parece pretender un equilibrio, lo que se está sin duda es primando la voluntad de los grandes sobre los pequeños. Y por lo que atañe a la cuestión de la aprobación popular del Estatuto, ésta se circunscribe a cuál sea la mayoría necesaria para que resulte aprobado, aspecto que tiene varias soluciones como pusieron de relieve las intervenciones parlamentarias de los diputados, así mientras el diputado señor Orozco pretendía establecer la mayoría sobre los votos emitidos, la propuesta del diputado señor Fernández Ossorio era la de fijarla sobre el censo electoral, y hasta incluso elevarla como propuso el diputado señor Castrillo.

La exigencia del artículo 12 b), en su redacción final, de los votos afirmativos de los dos tercios del censo electoral de la Región correspondiente no facilitaba, desde luego, la aprobación del Estatuto, ni siquiera en aquéllas regiones en las que el sentimiento autonómico estuviese más firmemente arraigado ya que conseguir un sesenta y siete por ciento de votos exigía un esfuerzo importante para llegar a un acuerdo entre todas las fuerzas políticas regionales, teniendo además en cuenta por un lado que el censo adolecía de irregularidades, y por otro la imprevisible abstención, bien porque el votante no ejercitase su derecho de sufragio, bien porque ejercitándolo el voto fuese en blanco, a lo que había que añadir la posibilidad de la existencia del voto nulo.

En fin, el proceso culminaba con la aprobación por las Cortes. Era la única vez en todo el proceso autonómico que hacía acto de presencia un órgano no regional. Pero la lacónica expresión de “que lo aprueben las Cortes” poco decía puesto que, y ello es indispensable por fundamental, para nada se establecía qué mayoría era la requerida para su aprobación, pudiendo entonces pensar que sería un trámite regido por el procedimiento ordinario y su aprobación tendría lugar por mayoría simple y no cualificada. Por lo demás, el último párrafo del artículo 12, como el señor García Valdecasas resaltó, acabó siendo en sí definitiva redacción un texto sumamente equívoco e incluso contradictorio que, al final, no decía absolutamente nada. En efecto, en el mismo se determina que los Estatutos los aprobará el Parlamento “siempre que se ajusten al presente título... sin perjuicio de... los artículos 15 y 16”, cuando resul-

ta que estos dos preceptos formaban parte del referido título. Item más, cuando el último párrafo del citado artículo 12 declara que los Estatutos serían aprobados cuando no contuviesen preceptos contrarios a la Constitución “en las materias no transferibles al poder regional” estaba reglando un imposible puesto que los Estatutos no podían en absoluto referirse a tales materias no transmisibles a la Región, puesto que serían nulos los artículos en que se trataran, ya que el artículo 14 establecía, por su parte, una plena exclusividad a favor del Estado y, por la misma razón, sería imposible que contuviesen cláusulas referidas a materias que el propio artículo reservaba a la legislación del Estado ³¹.

4) La configuración de los Estatutos autonómicos en el período republicano.

Como se ha dicho durante la II República Española fueron aprobados tres Estatutos autonómicos todos ellos de distinta factura, de los cuales el único que llegó a tener efectividad fue el Estatuto de Autonomía de Cataluña que dotó a dicha región catalana de un régimen de autogobierno conforme estaba previsto en la Constitución entonces vigente. Elaborado con anterioridad a la discusión constitucional, en junio de 1931, entre otras cuestiones ya incluía el derecho a la autodeterminación, la posibilidad de agregar otros territorios a las cuatro provincias catalanas, así como la oficialidad de la lengua catalana, como única en la Región, cuestiones éstas que, desde luego, eran incompatibles con el espíritu y con la letra de la Constitución, por lo que no fueron incluidas en el texto definitivo que se aprobó por Ley de 15 de septiembre de 1932, y fue publicado en la Gaceta el 21 siguiente. El texto establecía la condición política catalana al determinar su artículo 4 que eran catalanes los que lo fuesen por naturaleza y no hubiesen ganado vecindad administrativa fuera de la Región, así como los que adquiriesen esa vecindad en Cataluña. La Generalidad, en virtud del artículo 11, tenía competencia exclusiva sobre la legislación civil, salvo las competencias exclusivas que el artículo 15.1 de la Constitución atribuía al Estado, como eran la forma del matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las

31 Manuel B. García Álvarez: *La voluntad regional como origen de la autonomía política en la 2ª República*, en Revista “Sistema”, núm. 14, julio de 1976, pp. 73 y ss.

obligaciones contractuales y regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. La Generalidad, sobre la base de esta competencia, promulgó algunas leyes modificativas de ciertos aspectos de su Derecho civil foral o particular; así, la Ley de 8 de enero de 1934 modificó la mayoría de edad y la habilitación, la de 19 de julio del mismo año modificó la capacidad civil de la mujer y de los cónyuges y, en fin, la de 11 de julio de 1936 regulaba la sucesión intestada. El estallido de la guerra civil, de infausta memoria, dio al traste con el régimen autonómico y las leyes de 5 de abril de 1938 y 8 de septiembre de 1939, ésta con efecto retroactivo, emanadas del nuevo régimen político instaurado en España derogaron las que habían sido aprobadas por la Generalidad.

El País Vasco tuvo también su Estatuto de Autonomía, el segundo y último que llegó a publicarse durante el período republicano. Aprobado por Ley de 4 de octubre de 1936 se publicó en la Gaceta el siguiente día 7. Fijó también, en su artículo 1º *in fine* quiénes tenían la condición de vascos, que eran aquéllos que lo fueren por naturaleza y no hubiesen ganado vecindad administrativa fuera de la región autónoma, así como los ciudadanos españoles que adquiriesen dicha vecindad en el País Vasco. Una cuestión de matiz separa aquí el Estatuto catalán del Estatuto vasco, pues el primero decía que los catalanes lo serían “a los efectos del régimen autónomo de este Estatuto”, mientras que el segundo se refiere únicamente “a los efectos del ejercicio de los derechos políticos que reconoce este cuerpo legal”. Por lo demás, conforme al artículo 2º apartado b) 1º, el País Vasco tenía competencia sobre la legislación civil en general “incluso las materias reguladas actualmente por el Derecho foral, escrito o consuetudinario, y el Registro civil”, competencia que, dadas las circunstancias por las que atravesaba, no llegó a ejercer.

En fin, también Galicia participó en el proyecto autonómico, con un texto de Estatuto de Autonomía que fue sometido a plebiscito en la región en junio de 1936, y presentado el 15 de julio siguiente al Presidente de la República, pero la guerra civil, que comienza tres días después, impidió su posterior discusión y aprobación en las Cortes.

IV. Conflictos internos de leyes y Estado unitario: una visión retrospectiva.

Finalizada la contienda fratricida se vuelve a implantar una configuración del Estado en la que no tenía cabida ningún sistema, o régimen, de autonomía como el que había sido articulado en la fenecida Constitución republicana. El nuevo Estado nacional derogaba, por totalmente contrario a sus orientaciones, el régimen autonómico de Cataluña y configuraba un centralismo uniformador en el ámbito político, como así se reflejó en la legislación. El Estatuto de Cataluña quedaba privado de toda validez en virtud de la Ley de 5 de abril de 1938, disponiendo la de 8 de septiembre de 1939 que tal derogación tenía alcance retroactivo al disponer que “queden sin efecto, y por tanto dejen de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciendo en toda su unidad el derecho existente al promulgarse el Estatuto”, y aclarando la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1945, que dicha ley lo que disponía y ordenaba es que “dejaran de aplicarse todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, precepto de obligatoria observancia y que quedaría incumplido si se regulara el orden sucesorio por disposiciones y doctrinas cuya aplicación prohíbe”. Este tratamiento especial dado al Estatuto de Cataluña responde a que esa región autónoma fue la única en la que, por virtud de mismo, se promulgaron leyes en materia civil.

Y es durante el tercer cuarto del siglo XX, es decir en el período 1950-1975, cuando se dieron importantes pasos en la configuración, desarrollo y actualización tanto del Derecho interregional como del Derecho internacional privado español. Con independencia de la reforma de los artículos 17 a 26 del Código civil en materia de nacionalidad, la cuestión foral fue objeto de una gran atención con la elaboración de las Compilaciones de Derecho civil foral, y el Derecho internacional privado con un moderno sistema de reglas de conflicto incorporadas, en 1974, en el nuevo Título Preliminar del Código civil. Esa diversidad de Derechos civiles cointerregionales dentro del Estado español, producto de muy diversas vicisitudes de carácter histórico y político, hunde sus raíces en la, por tantas razones, profusa historia española, y el panorama

jurídico actual seguramente no se entienda sin una imprescindible pincelada histórica, que recuerde a muy grandes, pero gruesos, trazos los más relevantes acontecimientos, desde que España aparezca como Estado en los últimos años del siglo XV. En las centurias anteriores la Península ibérica no era sino un conglomerado de reinos que nacen bajo el manto de la Reconquista, desde la formación del pequeño reino de Asturias, y que logran su unificación con el matrimonio de los Reyes Católicos en 1479. Dos hechos posteriores como fueron la conquista de Granada, en 1492, y la incorporación de Navarra, entre 1512 y 1515, lograron la consolidación de la monarquía española. Sin embargo, los reyes no se titulan únicamente “Rey de España”, dada la plural estructura interna, sino que tras el título de “rey” se cita la totalidad de territorios comprendidos en la Corona, pues España se constituye, como tal, en virtud de la unión de las coronas de Aragón y Castilla que, entre ellas, presentaban una diferencia estructural y una pluralidad en su constitución. Así, Aragón estaba formado por cuatro territorios diferentes entre sí, tanto política como jurídicamente, que eran el Principado de Cataluña, el viejo Reino de Aragón, el Reino de Valencia y el Reino de Mallorca, que tenían una única circunstancia común: la de su vinculación a la Corona y al orden de sucesión. Este es el panorama que se prolonga hasta el acceso al trono de España del rey Felipe V quien, por los Decretos de Nueva Planta abolió el Derecho especial de Valencia, cuyo reino quedaba sujeto al Derecho de Castilla, así como los de Aragón, Cataluña y Baleares, aunque más tarde los de estos tres últimos fueron restablecidos. No obstante, puede decirse que quedaron petrificados al haberseles privado a estas regiones de sus órganos legislativos respectivos, lo que impidió su adaptación y evolución.

Por lo atinente a los reinos que se incorporaron a la Corona de Castilla estos, en cambio, perdieron su organización jurídico-política, si bien mantuvieron, sin base firme, el título de reino, así sucedió con el Principado de Asturias y el reino de León. Con esta situación la creación de Derecho está centralizada para Castilla, pero las provincias vascas y Navarra conservan un régimen excepcional. En 1200 Guipúzcoa se incorpora a Castilla pero sin desligarse de su paso histórico y sigue conservando sus propias instituciones jurídico-políticas. Por lo que se refiere a Álava, que había sido

tierra de frontera sobre la que se extiende el Derecho castellano, pese a mantener una organización interna diferente, también se incorpora ese mismo año a Castilla. Y en cuanto al Señorío de Vizcaya la incorporación se va produciendo gradualmente y se inicia por algunos de sus Condados, hasta que en el año 1370 entra a formar parte del reino de Castilla cuando se unen en una sola persona los títulos de Señor de Vizcaya y rey de Castilla, pero el citado Señorío continúa conservando su Derecho propio siendo el Derecho castellano subsidiario. En 1515 se incorporará el viejo reino de Navarra pero con la explícita reserva de que se respetará su Derecho propio así como sus órganos jurídico-políticos, como el Parlamento foral, pase foral, etc. La causa de que los Derechos propios de estos territorios subsista y no quede liquidado por los Decretos de Nueva Planta, se debe sencillamente a que ellos se posicionaron al lado de Felipe V durante la Guerra de Sucesión de España. Esta situación se mantiene estable, salvo ciertas vicisitudes de la cuestión foral Navarra, en Castilla y Aragón hasta el momento en que se inicia el proceso codificador a comienzos del siglo XIX, proceso en el que estuvo presente, hasta el momento mismo de aprobarse el Código civil, la permanente tensión entre los defensores de la unificación del Derecho civil para todo el Estado, contenida en un Código civil único, y los partidarios de mantener vigentes los diversos Derechos forales. Una polémica que no era exclusivamente española, bastando recordar la que en esa misma centuria capitanearon en Alemania Thibaut y Savigny, o en América. donde J. C. Carter logró impedir que se adoptase por el Estado de Nueva York el Código civil redactado por David Dudley Field ³².

Cuando ya se habían redactado en España varios proyectos de Código civil, parciales o totales como fue el caso del proyecto de 1851, y se aproximaba el momento de lograr un Código civil, el 2 de febrero de 1880, un Real Decreto añadió a la Comisión de Códigos los representantes de Cataluña, Galicia, Mallorca, Navarra y Vizcaya con el fin de que elaborasen memorias, que llegaron a publicarse aunque sin efectos prácticos, sobre “las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias y territorios donde hoy existen”, como después estableció literalmente el artículo 6º de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Se elaboraron traba-

32 Autor igualmente de un excelente *Draft outlines of an International Code*, New York, 1872, 463 pp.

jos preparatorios como el Proyecto de Código civil de Aragón, o el Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña, elaborado por la Academia de Derecho Público, aunque estos trabajos no tuvieron una respuesta oficial. Poco más tarde, el Real Decreto de 24 de abril de 1889 ordena crear comisiones especiales de juristas de las provincias de Aragón, Cataluña, Galicia, Mallorca, Navarra y Vizcaya, para que en el plazo de seis meses presentasen sus conclusiones al Gobierno, y otra norma como fue el Real Decreto del 15 de mayo siguiente agregaba tres vocales de Álava de la comisión de Vizcaya. Los proyectos fueron redactados y publicados pero, como se sabe, únicamente llegó a ser ley el Apéndice de Derecho civil foral de Aragón.

V. Los Estatutos de Autonomía en la Constitución Española de 1978.

1) El *iter* preautonomista constitucional.

El hecho de que ciertos territorios intentasen, antes de adoptarse la Constitución de 1978,³³ contar con una configuración territorial del Estado³⁴ fue algo que se repetía por cuanto con esa cuestión ya se encontraron, en 1931, las Cortes Constituyentes republicanas. Los territorios que de manera persistente plantearon y animaron reivindicaciones autonómicas lograron el reconocimiento de una consideración especial antes de iniciarse los debates constitucionales, con lo que estos se vieron, obviamente, condicionados a la realidad ya existente en ese momento. No obstante, y pese a ello, puede afirmarse que aunque esa presión no hubiese existido realmente la filosofía constitucional definitiva, y el mapa territorial no habrían sido muy diferentes del resultado final. Las instituciones que se mantuvieron desde el inicio del proceso de nueva configuración del Estado hasta el momento en que quedan adoptadas las

33 Vid. Alberto Arce Janáriz: *Constitución y derechos forales*, Madrid, 1987, y Joaquín Arce y Flórez-Valdés: *Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986; vid. también Mariano Yzquierdo Tolsada: *El Derecho civil ante los nuevos Estatutos de Autonomía*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 47, 2009, pp. 109-132.

34 Eliseo Aja Fernández: *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999, y Remedio Sánchez Freís: *El Estado de las autonomías antes y después de 2006*, en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm., 51, 2008, pp. 17-35.

Autonomías, fueron denominadas globalmente “entes autonómicos”, aunque cada una de las Comunidades o regiones adoptaron denominaciones concretas. Con esto se intentó satisfacer las aspiraciones regionalistas con anterioridad a la adopción y promulgación del texto constitucional, pero esa solución fue el centro de variadas críticas tanto desde el prisma político como desde el jurídico. Las primeras se ocuparon de denunciar el verdadero contenido de esas instituciones ya que realmente, salvo el nombre, carecían de una verdadera estructura. En el marco de los debates constitucionales se llegó a decir, desde el Partido Regionalista Aragonés, que los gobiernos preautonómicos de algunas regiones españolas eran quizá los únicos que no tienen Administración, por ello si ese iba a ser el papel de las Autonomías dentro de la Constitución, pronto se veía que ello sería como el cuarto vacío que guardaba el supuesto secreto de Barba Azul ³⁵. Hubo continuas acusaciones, de carácter político y jurídico, al Gobierno por entender las primeras que la concesión por éste de las preautonomías no tenía más finalidad que apaciguar el fuerte clamor en determinados territorios, pero no la de dotar de verdaderas competencias a los entes preautonómicos que quedaban revestidos de competencias meramente simbólicas. En cuanto a las acusaciones y críticas de perfil jurídico estas se dirigieron contra el método elegido para la constitución de los referidos entes, un método que si desde un punto de vista político podía considerarse justificable, no se apreciaba como tal desde la perspectiva jurídica. Ese método no era otro que el del Decreto-ley desarrollado posteriormente por sucesivos Decretos, y que era usado sin respetar los requisitos tasados establecidos para su utilización, pudiendo señalarse tres circunstancias que revelan su inadecuado uso. La primera es que la urgencia no tenía justificación: en efecto, la no atribución de competencias demuestra que así fue y, en especial, si se advierte que la transferencia de competencias a ciertos entes establecía que su ejercicio se circunscribía al transcurso de más de un mes; la segunda es que no hubo control por parte del Parlamento, lo que si bien era conforme con lo dispuesto en la Ley para la Reforma Política, en cambio no lo era utilizar una fuente jurídica por quienes abier-

35 Intervención del diputado señor Gómez de las Rocas, en el *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 61, p. 2097.

tamente la rechazaban como herramienta de un régimen que pretendía modificarse sustancialmente; en fin, la tercera es que fueron reguladas materias improcedentes para la clase norma utilizada, ya que no es justificable acudir, cualquiera que fuere la materia, por tanto incluidas hasta las más claramente constitucionales, al Decreto-ley. En consecuencia las preautonomías se crearon para dejar satisfechas a las corrientes y aspiraciones regionalistas, postergando a la discusión constitucional el fondo de la cuestión autonómica, debate que sirvió únicamente para condicionar el mismo en aspectos como los referentes a las vías por las que se llegaría a la autonomía y, a veces, para crear expectativas en ciertos colectivos territoriales del Estado. Unas esperanzas y deseos que después se verían incorporados en el Título VIII de la Constitución, de modo general, y concretamente en la consecución, por los diversos cauces previstos en dicho Título, del propio texto de Estatuto de Autonomía.

2) Un doble modelo estatutario: los artículos 146 y 147 de la Constitución.

El Estatuto de Autonomía³⁶ es la normativa jurídica por la cual se constituye el autogobierno de una Comunidad Autónoma, en virtud de la cual desarrolla su actividad el legítimo Gobierno de la misma, conforme a los parámetros establecidos por la Constitución, y ello aunque la regulación política, jurídica y administrativa de la Comunidad Autónoma, lo que es de una importancia extraordinaria, así como la conformación y límites de las propias competencias autonómicas, no aparezca claramente precisado en la Constitución respecto a su naturaleza jurídica. Pero esa determinación es preciso concretarla porque el Estatuto de Autonomía, y su posterior desarrollo, es el punto de partida para poder plantear dos aspectos fundamentales: en primer término, determinar cuál es su lugar en el sistema de fuentes de Derecho y, en segundo, para analizar los conflictos entre los diversos Estatutos, entre éstos y las leyes del Estado central y, entre las disposiciones que vienen a desarrollarlos y las leyes del Estado central que con ellos coexisten.

36 Vid. E. Aja *et al.*: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982; J. A. Alonso de Antonio: *El Estado autonómico y el principio de solidaridad*, Madrid, 1986, y J. Solozábal: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid, 1998.

El punto de partida, o la base, son los dos citados preceptos constitucionales. El artículo 146 determina que: “El proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley”. Por su parte el artículo 147 dice así: “1. Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico. 2. Los Estatutos de autonomía deberán contener: a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica; b) La delimitación de su territorio; c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias; d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. 3. La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica”, a los que habría que añadir el artículo 81. 1 de la Ley de Leyes que dice que: “Son leyes orgánicas... las que aprueben los Estatutos de Autonomía...”. Por consiguiente, no hay nada que arroje luz sobre cuál sea la auténtica naturaleza de este tipo normativo, cuestión sobre la que la doctrina no ha mantenido un criterio uniforme. Sin embargo, se produce una coincidencia si se observa la dimensión que presenta el Estatuto de Autonomía visto hacia su Comunidad Autónoma, y que lo define como su “norma institucional básica”, porque desde el artículo 147 de la Constitución, los Estatutos autonómicos son norma institucional básica de cada una de las Comunidades y por esa razón tienen, o deberían tener, detalladas todas las instituciones que habrían de constituirse en cada una de ellas, con la fijación de sus competencias, regulación organizativa y su nombre entre otras cuestiones. Estas características son las que permiten considerar al Estatuto de Autonomía como norma institucional básica, mas no de “constitución” aun cuando guarden ciertas analogías con las Constituciones de cada uno de los Estados pertenecientes a una Federación porque, como se ha afirmado acertadamen-

te por la doctrina administrativista, “el Estado que dibuja la Constitución es un Estado regional y no federal”³⁷.

Ahora bien, este uniforme criterio doctrinal deja paso a un fuerte debate cuando se contempla el otro aspecto de la cuestión, es decir, el relativo al emplazamiento del Estatuto de Autonomía en el esquema de las fuentes de producción estatal del Derecho. Al contemplar este problema existen negadores del carácter de ley orgánica de los Estatutos de Autonomía, fundamentalmente por cinco razones: 1) por la *iniciativa legislativa*, pues tanto para las leyes orgánicas como para las ordinarias corresponde la iniciativa al Gobierno, al Congreso y al Senado, en tanto que para los Estatutos autonómicos, esa iniciativa corresponde a una Asamblea que se compone de los miembros de la Diputación, o del organismo interinsular de las provincias afectadas, así como por los Diputados y Senadores elegidos en ellas, conforme determina el artículo 146 del texto constitucional, o bien por una Asamblea compuesta por la totalidad de los Diputados y Senadores elegidos en la circunscripción que desee acceder al autogobierno, que habría de ser convocada por el Gobierno y debería adoptar sus acuerdos por mayoría absoluta, según el artículo 151. 2. 1º de la Constitución; 2) por el *contenido* pues el relativo a los Estatutos autonómicos viene recogido en los artículos 147 y 152 del texto constitucional, amén de las adiciones que no contradigan al mismo, en tanto que el de las Leyes Orgánicas reside en las Cortes que disponen de discrecionalidad siempre, claro está, en los límites de la Constitución, que impone esta clase de normas en ciertos temas, según el citado artículo 81.1 de la misma; 3) por la *literalidad del artículo 81.1 de la Constitución*, porque en este precepto se determina que las leyes por las que se aprueben los Estatutos autonómicos tienen que ser obligatoriamente orgánicas, con lo que establece un punto de apoyo para poder diferenciar el texto estatutario del de la ley orgánica que aprueba aquél. Así, los actos que son sometidos a aprobación no quedan absorbidos por los actos que los aprueban, sino que conservan, frente a estos, una específica individualidad. Al igual que los Estatutos de las entidades menores, que son aprobados en virtud de

37 Así, Joaquín Tomás Villarroya: *Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas*, en VV. AA. “La Constitución española y las fuentes del Derecho”, Madrid, 1979, p. 146.

acuerdos del poder ejecutivo, conservan su propia sustantividad, los Estatutos autonómicos conservan la suya aun cuando estén sometidos al requisito de ratificación por el Estado, siguiendo los procedimientos de naturaleza legislativa; 4) por los *métodos de modificación y derogación*, pues para las leyes orgánicas el procedimiento es el de la votación sobre el conjunto por mayoría absoluta del Congreso, según el repetido artículo 81.2 del texto constitucional, mientras que para modificar un Estatuto autonómico tiene que seguirse el procedimiento que está determinado en el mismo, requiriéndose después el que la reforma sea aprobada, mediante una Ley Orgánica, por las Cortes Generales, conforme al artículo 147. 3 de la Constitución, o bien por el procedimiento que en ellos se prevea seguido de referéndum limitado a los electores de las circunscripciones que resulten afectadas, según el artículo 152.2 de la Constitución; 5), en fin, por el *procedimiento*, ya que las leyes orgánicas exigen una mayoría cualificada en la votación final sobre la totalidad del proyecto de Estatuto autonómico, y en ciertos Estatutos autonómicos se exige, en sus procedimientos, un referéndum regional, e incluso dos en determinados casos, conforme a los artículos 151.1 y 2-3º y 152. 2.

Toda esta argumentación es, para un sector de la doctrina administrativista, más que suficiente para no identificar al Estatuto autonómico como una Ley Orgánica, y aun cuando esta es sólida no resulta completa puesto que no resuelve el aspecto de la verdadera naturaleza de estas normas, ya que si resulta de interés saber qué no son y por qué no son, el mismo interés tiene el saber qué son en realidad, en el conjunto del ordenamiento jurídico. Sobre este último aspecto se han ensayado diferentes respuestas, para cierto sector doctrinal son leyes estatales, cuya naturaleza de tales, no resulta para nada afectada por las peculiaridades de carácter procedimental, en este sentido se ha llegado a decir que “el producto elaborado por las Asambleas regionales respectivas no es sino un “proyecto” de Estatuto, que ha de pasar por todas las vicisitudes propias del trámite parlamentario para alcanzar la perfección y ser tenido como ley”. Tales vicisitudes son precisamente las señaladas en la Constitución, así como en los respectivos Reglamentos del Congreso y del Senado, para la tramitación de las leyes orgánicas conforme a lo ordenado por el citado artículo 81.1 del texto constitu-

cional, por lo tanto la única voluntad que puede perfeccionar la norma es la de las Cortes Generales, las cuales pueden adoptar libremente el proyecto que haya sido elaborado por la asamblea regional constituida para el caso específicamente, así como modificarlo, o incluso desestimarlos.

De ello se deduce que los Estatutos autonómicos son leyes estatales y ello significa que únicamente el poder legislativo del Estado es quien puede otorgarles su definitiva eficacia, la cual en ningún caso les puede ser concedida por la única voluntad de las propias Comunidades Autónomas en las que después regirán, con independencia de que éstas sean las que estructuran su articulado, estructura que puede ser modificada o rechazada. La circunstancia de que por su especial significación en la estructura del Estado sean tramitadas por un procedimiento especial, en nada enerva el carácter de normas estatales de las normas estatutarias.³⁸ Y en la misma línea se consideran los Estatutos autonómicos como “normas con claro rango de ley, y más exactamente de ley orgánica según el artículo 81.1 de la Constitución y que constituyen parte del ordenamiento jurídico del Estado”³⁹, afirmación que no argumenta, aunque puede desprenderse de su contribución científica la idea de entender los Estatutos autonómicos como leyes orgánicas de un especial carácter, al incorporarlos en la pirámide legislativa como una categoría autónoma, aunque con el mismo nivel del resto de las leyes orgánicas, con base en lo que previene el mencionado artículo 81.1 del texto constitucional que las concibe en su especificidad. No obstante, el debate y discrepancias surgidas entre estas posiciones doctrinales, en el fondo hay algo que resulta verdad, primero, que los Estatutos autonómicos son un tipo de normas jurídicas cuya catalogación no resulta nada fácil en el esquema tipológico que actualmente presenta el ordenamiento jurídico español, y segundo, que la Constitución los admite inequívocamente, pero sin la precisión que sería deseable. La Ley de Leyes es una norma abierta, pluralista, multiforme y multívoca en la que caben todas las tenden-

38 Merecen mención dos importantes decisiones sobre la supletoriedad del Derecho estatal, se trata de las Ss. T. C. 118/1996, de 27 de junio (RTC 1996, 118), y la 61/1977, de 20 de marzo (RTC, 1997, 61). Respecto al Derecho del Estado como supletorio del Derecho autonómico, vid. VV. AA.: *La supletoriedad del Derecho estatal*, Madrid, 1999.

39 J. M. Martín Oviedo: *Tipología, jerarquía y producción de normas en la Constitución Española*, en VV. AA. “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 1300.

cias y, a mayor abundamiento en su normatividad no hay duda que se impone con un “superimperium” a todas las normas anteriores y posteriores a ella, y ese imperio abarca igualmente a toda la doctrina elaborada sobre esa normatividad. En consecuencia, si el propio texto constitucional prevé un tipo de norma que no puede clasificarse sin polémica en el esquema de prelación fijado *a priori*, resulta absolutamente necesario, sin posibilidad de soslayar la cuestión, la adecuación de ese esquema a las previsiones constitucionales, en vez de intentar introducir de manera artificial, y a la fuerza, los esquemas en los conceptos jurídicos preestablecidos por una normativa que, por la propia Constitución, ya estaba derogada.

La irrupción de los Estatutos autonómicos en el esquema de prelación de normas puede llevarse a cabo fundamentalmente por tres métodos, uno es el de acudir al Derecho histórico español, otro, al estudio del Derecho comparado y, en fin, un tercero que puede consistir en una creación doctrinal *ex novo*, el cual, aunque no muy seguro, ha sido un método que ha dejado profundas huellas en el campo de la investigación jurídica, siendo imprescindible fijar su función puesto que las variadas opiniones doctrinales no conducen a un acuerdo único. Debe admitirse, pues, un nuevo tipo de normas en las que tenga encaje el Estatuto autonómico, aunque ese tipo se limite únicamente a esta normativa, un tipo novedoso de normas que son claves en el mapa territorial del Estado de las Autonomías, diseñado por la Constitución de 1978, para lo que no es necesario recurrir a la creación doctrinal, e incluso ni siquiera a las enseñanzas del Derecho comparado, así la mayoría de la doctrina italiana define a los Estatutos como leyes de carácter regional, pero esto no es válido en nuestro ordenamiento jurídico. En nuestro acervo histórico-jurídico existe la fórmula de las leyes-pacto, o leyes paccionadas, que se ha utilizado comúnmente a lo largo de todo el siglo XIX y parte del XX, lo que puede servir de idea definitiva a los efectos de poder encajar los Estatutos autonómicos en el sistema normativo. Desde luego no se puede negar el carácter de ley a los Estatutos autonómicos, puesto que son un acto que se publica en el Boletín Oficial del Estado, que expresa un mandato normativo de los que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior, y una publicación ordenada por el Rey, conforme al artículo 62. a) de la Constitución, previa aprobación de los

mismos conforme al procedimiento en ella determinado. Esto es lo que hace que el Estatuto autonómico se halle en una vía media entre la ley ordinaria y la ley orgánica, por lo que es necesario incardinarse en otro tipo legal que puede ser el de la citada ley paccionada.⁴⁰ Sin embargo, esta fórmula no ha sido vista como acertada por algunos sectores de la doctrina administrativista, así el profesor García de Enterría, poco antes de promulgarse la Constitución, negaba que tengan el carácter de leyes paccionadas, y ello por variadas razones como son los Tratados internacionales proyectados en el ámbito interno, las leyes del Estado y de una entidad privada actuando bajo el ordenamiento interno y el caso de los Fueros de Navarra, ni invocando el Convenio de Vergara ni en la sucesión en ellos por parte de la Diputación Foral de Navarra, ni siquiera en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de acuerdo a la cual, en su Disposición final primera: “Para cualquier modificación o alteración de la vigencia total o parcial de esta Compilación, será necesario nuevo convenio previo con la Diputación Foral al efecto de ulterior formalización”, y ello por considerar, según el citado profesor, recientemente desaparecido, que “la extensión de las facultades de la Diputación Foral de Navarra, órgano puramente administrativo, al terreno legislativo civil es una novedad de gran bulto, sin paralelo en las demás regiones forales y que parece apuntar a una federalización..., federalizar el país, aunque sea parcialmente, otorgar poder legislativo a una Diputación (aun en colaboración con los demás órganos legislativos constitucionales) son contenidos excesivos para una ley ordinaria y parecen más bien propios de una reforma constitucional que no se ha formalizado por los cauces debidos y que parece bastante sencillo inferir que tampoco ha estado verdaderamente en la intención del legislador”⁴¹. Sin embargo, esta posición contraria a las leyes paccionadas quedó obsoleta más tarde por tres razones fundamentales: 1ª, porque las Comunidades Autónomas no son, como era la Diputación Foral de Navarra, que ahora también no lo es, órganos puramente admi-

40 Es, por ejemplo la posición de Juan Luis Castro Somoza en su estudio: *Las leyes de las Comunidades Autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y 1978*, en VV. AA.: “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 461 y ss., para quien la dualidad normas estatales-normas regionales no es válida para encuadrar, de una manera adecuada y precisa, esa nueva figura que es el Estatuto de Autonomía de las Comunidades Autónomas.

41 Eduardo García de Enterría: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1977, p. 96.

nistrativos, por lo cual sí es posible extender sus facultades al ámbito legislativo civil, y de hecho han sido asumidas en su Estatuto autonómico acudiendo a lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución ⁴²; 2^a, porque si otorgar poder legislativo es de excesivo contenido para una ley ordinaria, en cambio no lo es para la Constitución que, como Ley Suprema, así lo ha establecido con las Comunidades Autónomas; y 3^a, porque si no estaba en la intención del legislador otorgar competencia legislativa en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, esa intención sí ha estado en la *mens legislatoris* constitucional. Si esto es así, todo lleva a pensar que el concepto de ley paccionada parece el oportuno a los efectos de incardinar en él a los Estatutos autonómicos, puesto que éstos no son únicamente producto de la voluntad legislativa de los órganos institucionales del Estado central, y si bien en ellos reside, al final, el poder de aprobación de aquéllos, no es menos cierto que la iniciativa, la discusión y la presentación ante las Cortes Generales reposa en una Asamblea mixta donde no caben otros representantes, ya sean nacionales o provinciales, que los de la Comunidad Autónoma en cuestión a la que pretenda dotar de ese nuevo régimen jurídico constituido por el autogobierno.

3) Límite de competencias en los Estatutos autonómicos.

El artículo 147. 2 de la Constitución es la norma que determina el contenido señalando los mínimos. En cuanto a sus tres primeros subapartados, es decir, las letras a), b) y c) que hacen referencia a la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica, la delimitación de su territorio y denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas, respectivamente, tanto desde la perspectiva política como de la jurídica no presentan problemas, toda vez que se trata de materias que dependen de las respectivas Asambleas que son las que adoptan el texto de su Estatuto autonómico, conforme a las previsiones constitucionales, y gozan

42 Remedio Sánchez Ferriz: *Puntualizaciones sobre la expresión "allí donde existan" (art. 149.1.8 de la Constitución)*, en Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics, núm. 57, 2012, pp. 250-277, y María Paz Sánchez González: *Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución*, en Anuario de Derecho Civil, núm. 4, 1986, pp. 1121-1168.

de discrecionalidad prácticamente ilimitada aunque no total ya que pueden existir determinadas realidades que son imposibles de ignorar, como son la denominación regional, así, por ejemplo, Asturias podrá tener una denominación más específica, como Principado de Asturias, pero la región no puede ser denominada con otro nombre en el que no figure el término “Asturias”; en cuanto al territorio, siguiendo con el ejemplo puesto, Asturias no puede tener más límites territoriales que los de la provincia de Oviedo, y en cuanto a la capitalidad de la Comunidad, históricamente la ciudad de Cangas de Onís, para no salir del ejemplo, si bien ésta fue “corte en lejano siglo”, por emplear las palabras que Leopoldo Alas “Clarín” dedica a *Vetusta* en *La Regenta* (en la que retrata magistralmente la vida ovetense de su época), por tanto fue capital del Reino de Asturias, como después lo fue Oviedo, no podría seguramente Cangas de Onís, en el último cuarto del siglo XX, desplazar a Oviedo en la capitalidad provincial y comunitaria. No obstante, no se puede soslayar que en alguna región, como el País Vasco, existen pretensiones, por parte de ciertas fuerzas políticas, de un expansionismo territorial al reclamar, como parte de esa región, hoy constituida en Comunidad Autónoma, el territorio de otra región uniprovincial que es Navarra, también constituida en Comunidad Autónoma.

Desde la perspectiva jurídica el subapartado d) del mencionado artículo es el que presenta interés puesto que las competencias que tiene que asumir una Comunidad Autónoma quedan circunscritas a los límites que establece la Constitución. La doctrina administrativista y constitucionalista ha señalado tres métodos, a los efectos de la distribución de las competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado central, que son los siguientes: a) la estricta enumeración de las competencias correspondientes a cada uno de los niveles políticos; ahora bien, como esa enumeración no podrá nunca ser exhaustiva puesto que cabe la posibilidad de que aparezcan funciones nuevas que no están expresamente atribuidas, se hace imprescindible adoptar una norma genérica que, en el caso, o casos, sin previsión, sea resolutoria del problema; b) la concreta enumeración de las competencias que corresponden al Estado central, con lo que el resto de ellas corresponderían a las Comunidades Autónomas. Este método, posiblemente el más común en los diversos

tipos de federaciones, no parece el más apropiado para un modelo de Estado regional, que es el que sirve de base al diseño territorial del Estado español según la Constitución conforme establece su artículo 2 que dice así: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”; y, en fin, c) el sistema de enumerar concretamente las competencias de las Comunidades Autónomas, con lo que las restantes pertenecerían al Estado, es decir, un método inverso al establecido en la letra b). Ahora bien, en cualquier caso el reparto de competencias ha de completarse necesariamente con técnicas como las “materias mixtas”, en las que están incluidas las que no han sido atribuidas de modo exclusivo ni al Estado central ni a las Comunidades Autónomas, por lo que se da respecto de ellas una indudable coexistencia.

Si se compara el sistema constitucional de 1931 con el de 1978 se advierte que el texto republicano fijaba tres listas en las que se relacionaban las competencias exclusivas del Estado, las competencias exclusivas de las regiones y las competencias que eran compartidas, siendo estas últimas en las que la función legislativa correspondía al Estado, en tanto que la ejecución correspondía, si así lo hubiesen establecido sus respectivos Estatutos, a las regiones; listas que contenían una cláusula general de competencia a favor del Estado central para las competencias que las regiones, con posibilidad de hacerlo conforme al texto constitucional, no asumieran, pudiendo el Estado central en virtud de una ley transmitir las a las regiones, evitando de este modo el más complicado método de la reforma del Estatuto en cuestión. Por lo que atañe al sistema constitucional de 1978 se partió en primer término del esquema de la Constitución de 1931 que, por lo demás, sirvió de falsilla a otras cuestiones reguladas en el Título VIII. Sin embargo, tal esquema se abandonó pronto y cuando finalizaron los trámites legislativos en ambas Cámaras, la realidad es que el sistema no resultó de fácil encaje.

La interrelación entre los preceptos que forman el capítulo III del citado Título VIII presenta un panorama extremadamente complejo que no puede ignorarse desde

la perspectiva política. En la Constitución de 1978 el método de competencias está condicionado por circunstancias que es imprescindible tener en cuenta: a) el *iter* seguido para la constitución de la Comunidad Autónoma; b) la voluntad regional de asumir más o menos competencias de las determinadas en el artículo 148 y, en su caso, en el artículo 149; c) la voluntad del Estado central de utilizar los procedimientos del artículo 150 de la Constitución para ampliar las competencias de las Comunidades Autónomas; en fin, c) la variable interpretación en el tiempo del concepto “facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”, puesto que de que sean más o menos amplias, o más o menos restringidas, van a depender esas transferencias o delegaciones. Por lo tanto resulta claro que las cuestiones de oportunidad o de conveniencia, que son estrictamente políticas, van a ser las que determinen la extensión y límites de las competencias correspondientes al Estado central y a las Comunidades Autónomas. Éstas, en función de su respectivo Estatuto de Autonomía, están facultadas para ejercer las competencias que se enumeran en el artículo 148.1 de la Constitución en sus 22 apartados, y una vez transcurridos cinco años, mediante la reforma estatutaria podrían ampliar sus competencias, sucesivamente, siempre dentro del marco fijado por el artículo 149 de la Ley de Leyes, no siendo necesario que transcurra el citado quinquenio cuando el Estatuto se haya elaborado por una Comunidad Autónoma que se haya constituido conforme a las disposiciones del artículo 151, o bien a la Disposición Transitoria 2ª, de la Constitución. Existe un hecho por el que el artículo 148 de la Constitución queda sin operatividad: cuando la última Comunidad Autónoma constituida agotase el plazo de los cinco años establecido para poder asumir las competencias que establece el artículo 149 citado.⁴³ Esta circunstancia supone, para el profesor Cosculluela Montaner, que “la lista de materias que se contienen en el artículo 148.1 es en rigor una disposición transitoria”, y lo que resulta de extraordinario interés, que “frente a la visión simplista de que la Constitución contiene dos listas, la del artículo 149 que detalla las competencias exclusivas del Estado,

43 Jerónimo Arozamena Sierra: *Competencias de las Comunidades Autónomas en materia civil: el art. 149.1.8 de la Constitución*, en *Actualidad Civil*, núm. 35, 1988, pp. 2181-2191.

y la del artículo 148 que enuncia las propias de las Comunidades Autónomas, cabe argüir que sólo la primera tiene pleno significado en orden a establecer un reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, por lo que “la Constitución española –sigue diciendo- parte de una concepción quasi federalizante de las autonomías, lo que se refleja, en el tema concreto de la regulación de las competencias, en una ausencia de atribución precisa de las que corresponden a las Comunidades Autónomas”⁴⁴.

Desde otro ángulo la ampliación de las competencias, ya de las Comunidades Autónomas constituidas conforme al artículo 151.1, o Disposición transitoria 2ª, ya de las constituidas con arreglo al artículo 143, y en este supuesto sin la necesidad de dejar transcurrir el plazo de cinco años establecido por el artículo 148.2, puede llevarse a cabo a través de las dos técnicas que prevé el artículo 150.1 y 2, es decir, bien por medio de una ley-marco, según el párrafo 1, bien por medio de ley orgánica, según el párrafo 2.

Toda vez que no se estableció con precisión la lista de competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas y existiendo, en particular en el artículo 149.1, una lista amplia de materias que pueden compartirse por el Estado y las Comunidades Autónomas, incluso también en el artículo 148.1 para el supuesto de no asumir en su totalidad alguna competencia en materia que puede ser compartida, es necesario establecer un sistema de control ante los posibles conflictos que pudieran surgir entre el legislador del Estado y el de las Comunidades Autónomas.

Existe una referencia global en el artículo 149.3 del texto constitucional al decir que: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las Comunidades Autónomas”. Pese a la amplitud del artículo 149.1, que contiene treinta y dos apartados, el cual delimita las referidas competencias exclusivas del Estado, aunque con mayor o menor grado de exclusividad, toda materia que no esté contemplada en la lista puede ser asumida como competencia por la Comunidad Autónoma constituida conforme al artículo 151.1 de la Constitución, o Disposición transitoria

44 Luis Cosculluela Montaner: *La determinación constitucional de las Comunidades Autónomas*, en “La Constitución...”, *op. cit.*, pp. 539-540.

2ª, puesto que la norma se sitúa “en el marco del artículo 149”, según determina el artículo 148.2. Después se completa la distribución de competencias: “La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado”, una regla perfectamente lógica ya que la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas es una cuestión dependiente de la voluntad política, y la que, obviamente, no se puede hacer depender el normal funcionamiento del Estado.

El precepto, finalmente, plantea la cuestión relativa al conflicto de competencias al establecer que: “Las normas estatales prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no está atribuido a la exclusiva competencia de éstas”. De donde se deduce en primer lugar, que en el ámbito de las competencias exclusivas asumidas por las Comunidades Autónomas, sus normas prevalecen sobre las del Estado; en segundo lugar, que en las materias compartidas, en las cuales las Comunidades Autónomas sólo adquieren facultades de desarrollo de la legislación básica del Estado, así como de ejecución, o únicamente éstas, las materias que asumen las Comunidades Autónomas tienen que ser respetadas por el Estado, y ello supone que en ellas prevalecen las normas autonómicas sobre las estatales; y, en tercer lugar, que el precepto solamente tendrá operatividad frente al supuesto de que las Comunidades Autónomas regulen materias cuya competencia exclusiva corresponda al Estado, o bien se extralimiten en sus atribuciones si se trata de materias de competencia compartida.

El precepto constitucional concluye atribuyendo al Derecho del Estado el carácter de supletorio, en todo caso, del Derecho de las Comunidades Autónomas, lo que debe entenderse en el sentido de que el Derecho del Estado será de aplicación exclusivamente cuando se hallen agotadas las normas de cualquier tipo de la Comunidad Autónoma de que se trate, es decir, preceptos derivados de leyes, reglamentos, costumbres y de la jurisprudencia.

Un segundo sistema de control está contenido en el artículo 150.2 de la Constitución. Se trata aquí de un sistema indefinido puesto que se remite a las técnicas *ad hoc* que se establezcan en cada ley-marco, naturalmente sin perjuicio de las

competencias que corresponden a los Tribunales. Por lo demás, los conflictos especiales de competencias, es decir, los que se puedan dar entre Comunidades Autónomas, o entre las Comunidades Autónomas y el Estado, conforme al artículo 161.1 c) de la Constitución, quedan sometidos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

4) La territorialidad de las legislaciones autonómicas: regulación constitucional y autonómica.

Desde la perspectiva constitucional aunque en la Constitución de 1978 no se determina que las Comunidades Autónomas tengan competencia legislativa únicamente en su propio ámbito territorial,⁴⁵ ello se deduce de algunos preceptos como el artículo 147.2 que obliga a precisar, entre otras delimitaciones no siempre observadas, a cada Comunidad Autónoma “la delimitación de su territorio”. Este aspecto también es contemplado en cuatro apartados del artículo 148.1 del texto constitucional, así el apartado 2 que hace referencia a las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio; el apartado 4, que cita las obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma en su propio territorio; el apartado 5 referente a ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se circunscriba íntegramente al territorio de la Comunidad Autónoma; y, en fin, el apartado 18 que contempla la promoción y ordenación del turismo dentro del ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. De otra parte, el artículo 149 determina que al Estado le corresponden las competencias exclusivas en aquellas cuestiones en las que la legislación comprenda el territorio de varias Comunidades Autónomas, conforme, entre otros, a los apartados 21, 22 o 24. E igualmente el artículo 157 que después de precisar, en su apartado 1. b), que los recursos de las Comunidades Autónomas, se componen, entre otros, de sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, en el apartado 2 prohíbe a éstas extender sus facultades tributarias sobre los bienes sitios fuera de su territorio.

45 Inmaculada Barral Viñals: *Los indeterminados límites del derecho autonómico civil*, en Antonio Cabanillas Sánchez (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, Madrid, 2002, pp. 237-254.

Desde el prisma de los Estatutos autonómicos el principio de la territorialidad de la legislación autonómica reposa de modo positivo indudable en los propios textos de los Estatutos autonómicos, bien que la fórmula concreta no sea coincidente en todos ellos, ya que hay una serie de variantes que aunque no afectan al fondo de la *mens legislatoris* precisan atención.

Así, los Estatutos autonómicos de Asturias (artículo 15.1), Cantabria (artículo 32.1), Galicia (artículo 37.1), Murcia (artículo 15.1), Castilla-La Mancha (artículo 39.1) y Canarias (artículo 39.1), contienen una fórmula amplia puesto que extienden la territorialidad no solamente a la potestad legislativa sino a la totalidad de las competencias que asume la respectiva Comunidad Autónoma en el Estatuto autonómico. Posteriormente la generalidad queda compensada por el contenido de los preceptos que establecen que el Derecho del Estado es supletorio del surgido de los órganos legislativos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma, como ocurre en el Estatuto de Asturias (artículo 15.3), y en el de Galicia (artículo 38, apartados 1 y 2).

El precepto que no tuvo parangón, en cuanto a claridad y precisión, con los primeros Estatutos de Autonomía aprobados hasta el momento en que fue adoptado el Estatuto de Autonomía de Andalucía, es el contenido en el artículo 9 de éste, según el cual: “Las leyes y las normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía, tendrán eficacia en su territorio”, precepto que abarca no sólo las normas con rango de ley, sino cualquier otra de inferior rango, ya emanen del órgano legislativo, ya del ejecutivo andaluz.

Otros Estatutos autonómicos, a diferencia de los citados, establecen, junto a la declaración de territorialidad de las normas en su ámbito territorial, excepciones para ciertas materias, que no aparecen en ninguno de los anteriormente relacionados, pero que posibilitan la existencia de una legislación dotada de personalidad, en el sentido de extraterritorialidad de las leyes. Eso sucede con los Estatutos autonómicos de Cataluña, Comunidad Valenciana y del País Vasco, el cual en su artículo 20.6, al lado de la formulación general de la territorialidad, añade que “salvo disposición expresa en contrario”, una expresión ciertamente ambigua puesto que no señala el rango de

las disposiciones, ni tampoco el órgano que está encargado, o dotado, de la potestad de emitirlas, y en la que lo que resulta claro es el requisito del carácter expreso que ha de presidir la norma, por lo que es preciso deducir que las disposiciones que emanan de los órganos que tienen potestad para dictarlas poseen pura y simplemente presunción de territorialidad. Este artículo permite también interpretar que las normas emanadas de los competentes órganos legislativos del País Vasco podrían tener eficacia territorial en una parcela concreta, es decir, menor dentro del ámbito territorial total de la Comunidad Autónoma, ya que no es posible que una norma pueda hacer referencia, en cuanto a su eficacia, a un ámbito territorial más amplio que el que corresponde a la Comunidad Autónoma. Desde esta perspectiva sería posible hablar de una presunción de eficacia territorial total, en toda la Comunidad Autónoma, de las normas emanadas de sus órganos legislativos; sin embargo, no parece muy sólida esta argumentación puesto que la posibilidad de legislar para un ámbito territorial menor no precisa obligatoriamente de una regla específica, lo que es conforme con el principio general de Derecho según el cual “quien puede lo más puede lo menos”, recogido hace más de un siglo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así en su Sentencia de 10 de marzo de 1903.

Por lo que respecta al Estatuto de Autonomía de Cataluña el artículo 7.1 determina que: “Las normas y disposiciones de la Generalitat y el Derecho civil de Cataluña tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia, y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”, texto coincidente con el párrafo primero del artículo 14 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, por la que se reforma el Estatuto de esa Comunidad Autónoma. La referencia a “excepciones” parece conveniente toda vez que en lo referente al ámbito de los Derechos forales la mayor parte de sus instituciones, como señala el profesor Puente Egido, “habría que caracterizarlas de personales, más bien que de territoriales”, aunque para el citado autor la tendencia se inclinará hacia la territorialidad de las normas debido, por un lado, al proceso de autonomización de las regiones forales y movimientos migratorios internos hacia las regiones periféricas, ante lo que se hace necesario facilitar o imponer la asi-

milación a las masas foráneas de emigrantes de las reglas que se aplican en el territorio,⁴⁶ y, por otro lado, porque las competencias que asumen las Comunidades Autónomas con Derecho civil especial o foral deberfan encaminarse a la eliminación de la dicotomía *vecindad civil-vecindad administrativa*, dos condiciones que siguen hoy sin ser coincidentes en muchos ciudadanos, pues en efecto, un español de vecindad civil aragonesa que traslade su residencia habitual a territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña puede residir en él indefinidamente, por tanto, habiendo adquirido allí la vecindad administrativa, lo que significa que será elector en las elecciones autonómicas y municipales catalanas, en cambio el estatuto personal, regulado por el Código Civil de Cataluña no estará sometido a éste sino al Código del Derecho Foral de Aragón, pues para que esto sea así le bastará, antes de que transcurran diez años de residencia en Cataluña, comparecer ante el Encargado del Registro Civil del pueblo de su residencia y declarar que desea continuar ostentando la vecindad civil aragonesa y no desea adquirir la vecindad civil catalana. Como he escrito, hace más de veinte años, un español que posee la “condición política” de catalán, forma parte de la población de Cataluña, es ciudadano de Cataluña, desde la configuración cuasi federal que establece la Constitución, en cambio no posee la “condición jurídica”, la “condición civil” de catalán, que no podrá adquirir, aunque lo desee, si no tiene, como mínimo, dos años de residencia continuada en la Comunidad Autónoma de Cataluña porque hasta que no trascorra ese plazo no puede formular declaración positiva en el Registro Civil, o, como antes se ha dicho, puede, si lo desea, no adquirirla nunca, si formula declaración negativa antes del referido plazo de diez años.⁴⁷ Pero que el problema, que evidentemente encierra un conflicto, es más amplio lo prueba la comparación del artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón con los artículos 3.1 y 37.1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Galicia. El párrafo 2 del artículo 9 del Estatuto de Aragón dice que: “Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, *independientemente del lugar de*

46 José Puente Egido: *op. cit.*, pp. 1183-1184.

47 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado, Parte general, op. cit.*, 250-251.

su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial”; si se compara esto con los citados artículos 3.1 y 37.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia que mantiene el criterio de territorialidad, resulta que un aragonés, con vecindad administrativa en Galicia, en todo lo relativo a su estatuto personal está sujeto simultáneamente tanto al Derecho aragonés como al Derecho gallego, situación que a todas luces carece de sentido, y muy en particular si las respectivas normas aragonesas y gallegas fuesen contradictorias. Es por ello que el Estado debería aprobar una ley que contemple específicamente los conflictos internos de leyes civiles, al estilo de lo que hicieron en el siglo XX otros países plurilegislativos como Polonia con su ley de 2 de agosto de 1926, sobre la base del proyecto redactado por el profesor Zoll, ya que al reconstituirse el Estado polaco la situación jurídica era extremadamente confusa puesto que heredaba, como recuerda Losok, cinco sistemas jurídicos distintos con lo que se producían los inevitables, en ese país, “conflictos interprovinciales”; o, más modernamente, como Yugoslavia con la ley de 27 de febrero de 1979, cuyo artículo 1 dispuso que: “ La presente ley tiene por objeto la solución de los conflictos de leyes de una república o de una provincia autónoma con las leyes de otras repúblicas o provincias autónomas...”⁴⁸.

Una ley española, en este sentido, bien como apéndice al Código Civil, bien como ley independiente, daría solución adecuada a los múltiples conflictos internos de leyes, y habría de estar presidida por la derogación de los preceptos estatutarios vistos, que son producto de la ingerencia de las Comunidades Autónomas en lo que son competencias exclusivas del Estado, perfectamente fijadas en la Constitución cuyo artículo 149.1. 8ª proclama la exclusividad, entre otras cuestiones, para promulgar las “normas para resolver los conflictos de leyes”, y al no distinguir cuáles, se ha de entender que se refiere a los conflictos de leyes tanto en el plano internacional como en el interno, en virtud del principio general de Derecho *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*, admitido expresamente por el Tribunal Supremo en su

48 Texto castellano en José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995, p. 861.

jurisprudencia desde el siglo XIX, así en sus Sentencias de 12 de enero de 1884, 11 de marzo de 1895 y 27 de febrero de 1909 ⁴⁹

VI. Instituciones reguladas por las Compilaciones de Derecho civil especial o foral.

Imposible detallar aquí todas y cada una de las materias que son objeto de regulación en las seis Compilaciones de Derecho civil especial o foral, fruto de la codificación llevada a cabo entre los años 1959 a 1973, y que han sido ampliamente estudiadas desde su promulgación, sin embargo, una visión general a grandes rasgos puede bastar para dar idea de la gran diversidad de reglas que están vigentes, junto al Código civil, en el territorio nacional hoy articulado sobre la figura de las Comunidades Autónomas ⁵⁰. En la actualidad los textos vigentes de todas las Compilaciones son el resultado de las modificaciones que en ellas se han venido introduciendo ⁵¹. En dos de esas modificaciones, Cataluña y Aragón, aparece el rótulo de “Código” con lo que, más de un siglo después, parece abrirse camino la idea de Durán y Bas, formulada el 8 de junio de 1885, en el sentido de que a las leyes especiales de los territorios forales se les debería dar el carácter y contenido de “un Código entero propio para cada territorio”, lo que sería compatible con la unidad política española, pues el propio Durán y Bas, frente a quienes señalaban el peligro del particularismo foral, se preguntaba: “¿... hay alguna provincia de España que pueda abrigar la insensata aspiración de formar una nación independiente en el territorio de la Península? ¿Puede pasar semejante absurdo por la cabeza de un hombre medianamente pensador? ¿Puede ninguna provincia soñar en que pueda vivir independiente, ni en que todas juntas puedan formar una confederación? ¿Y podrá alguna de ellas

49 Vid. Mariano Yzquierdo Tolsada: *¿Qué fue del artículo 149.1.8ª de la Constitución? Diálogo entre tres civilistas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, en Diario La Ley, núm. 7.649, 2011, p. 67 y ss.

50 Encarna Roca Trías: *La imposible unificación: el Código Civil y los derechos forales*, en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 14, 1999, pp. 45-73.

51 Edición del Boletín Oficial del Estado: *Leyes civiles forales*, 3ª ed., Madrid, 2013, 1294 pp.

soñar en unirse a una nación extraña?”⁵². En la actualidad, desde luego, no se puede ignorar la existencia de ciertas corrientes federalistas, e incluso independentistas, cuestión a la que más adelante me referiré. Con carácter general puede decirse que, desde el punto de vista doctrinal, además de la doctrina civilista que se ha ocupado del llamado tradicionalmente Derecho interregional, también este sector ha sido objeto de atención por los internacionalistas, pudiendo calificarse como clásica la obra de Lasala Llanas⁵³. Aspectos generales como la adquisición, cambio y pérdida de la vecindad civil han sido objeto de decisiones, desde el siglo XIX y a lo largo del XX, por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo, entre las que destacan las Ss. T. S. de 8 de marzo de 1872, 27 de octubre de 1900, 30 de octubre y 14 de diciembre de 1901, 11 de noviembre de 1902, 23 de diciembre de 1904, 20 de abril de 1917, 26 de enero de 1928, 13 de marzo de 1929, 18 de mayo de 1932, 14 de diciembre de 1967, etc.; en relación a cuestiones generales del estatuto personal las SS. T. S. de 16 de febrero de 1887, 1 de abril de 1891, 31 de marzo de 1892, 5 de julio de 1944, 10 de octubre de 1961, etc.; en materia de régimen económico del matrimonio las Ss. T. S. de 27 de noviembre de 1868, 9 de julio de 1874, 7 de julio de 1879, 29 de noviembre de 1881, 27 de octubre de 1900, 3 de marzo de 1906, 16 de mayo de 1918, 13 de diciembre de 1919, 13 de marzo de 1929, 10 de diciembre de 1952, 20 de noviembre de 1963, 20 de noviembre de 1971, etc., así como otras en las que el Tribunal Supremo, desde 1873 hasta mediado el siglo XX, se ocupó de las *litis expensas*.

1) País Vasco.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, aprobada por la Ley de 30 de julio de 1959, se ocupa de regular, en 63 artículos, la aplicación territorial del Derecho civil de Vizcaya, troncalidad, forma de los testamentos, sucesión tes-

52 En *Discursos en defensa del Derecho catalán*, (1885), cit. por Federico de Castro y Bravo: *op. cit.*, p. 261.

53 Manuel de Lasala Llanas: *Sistema de Derecho civil interregional español*, Madrid, s. f., 1933; vid. también: José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Sistema de Derecho interregional español*, en Mariano Aguilar Navarro: *Derecho internacional privado*, vol. II, t. II, parte primera, 3ª ed., Madrid, 1974, pp. 47-55.

tada e intestada, régimen de bienes en el matrimonio, enajenación de bienes troncales, aplicación territorial del Derecho civil de Llodio y Aramayona, y la legislación civil de la tierra de Ayala. Contiene dos disposiciones finales y tres transitorias. En la actualidad es la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, la que regula las instituciones civiles, que tras un Título preliminar que se ocupa de las fuentes del Derecho foral, comprende tres libros. Libro primero: Del Fuero Civil de Bizkaia ⁵⁴ (aplicación de las normas forales, troncalidad, sucesiones, régimen de bienes en el matrimonio y comunicación foral, saca foral y derechos de adquisición preferente, y servidumbres de paso); Libro segundo: Del Fuero Civil de Álava (Fuero de Ayala: aplicación, libre disposición de bienes, usufructo poderoso; y del Derecho civil foral aplicable en Llodio y Aramaio); Libro tercero: Del Fuero Civil de Gipuzkoa (ámbito de aplicación y ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano). Es de gran interés el capítulo II del Título primero del Libro primero, que se compone de un único artículo, el 16, bajo la rúbrica de: “De los conflictos de leyes”, según el cual: “A falta de normas especiales, los conflictos de leyes a que dé lugar la coexistencia, dentro de Bizkaia, de la diversidad de ordenamientos jurídicos, se resolverán de acuerdo con las normas de carácter general, según la naturaleza de las respectivas instituciones”; el segundo párrafo dice que: “Tendrán vecindad vizcaína aforada los extranjeros que, en el momento de adquirir la nacionalidad española, tengan vecindad administrativa en territorio aforado, salvo opción en contrario del interesado manifestada en el expediente de adquisición de nacionalidad”, excepción lógica, coincidente con la que establece el Derecho civil catalán, habida cuenta de lo que dispone el artículo 15 del Código civil ⁵⁵.

54 Cuando se citan los rótulos, o el contenido literal de las disposiciones de las leyes vigentes, se respeta la toponimia tal como figura en las mismas.

55 El Tribunal Supremo se ha ocupado en numerosas ocasiones de la cuestión sucesoria en Vizcaya así, por ejemplo, en las Ss. T. S. 8 de junio de 1874, 3 y 12 de junio de 1896, 11 de noviembre de 1902, 23 de diciembre de 1904, 27 de enero de 1913, 18 de marzo de 1925, 6 de junio de 1927, 18 de mayo de 1932, 4 de julio de 1955, 21 de enero de 1958, 19 de mayo y 11 de octubre de 1960, 30 de noviembre de 1977, etc. Y sobre aplicación de la *lex situs* a los bienes troncales destacan, entre otras, las Ss. T. S. de 8 de junio de 1874, 26 de septiembre de 1901, 17 de febrero de 1912, 26 de enero de 1928 y 11 de febrero de 1929; para la etapa postconstitucional vid. Clara Isabel Asúa González-Jacinta Gil Rodríguez-José Javier Hualde Sánchez: *El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, en Derecho Privado y Constitución, núm. 2, 1994, pp. 9-34.

2) Cataluña.

La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobada por la Ley 40/1960, de 21 de julio, cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, consecuencia de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, que estableció una serie de modificaciones en el texto de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, básicamente para adaptarlo a los principios constitucionales.⁵⁶ A lo largo de 344 artículos regula derecho de familia, derecho de sucesiones, derechos reales y derecho de obligaciones y contratos, así como la prescripción. Contiene cuatro disposiciones finales y nueve transitorias, las tres últimas añadidas entre 1990 y 1993. Con anterioridad, por Ley de 31 de diciembre de 1945, ya se había regulado la inscripción, división y redención de censos.

Hoy, de conformidad con el artículo 14, ya citado, de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se mantiene en el párrafo primero el texto del artículo 7.1, y se añade un párrafo nuevo del siguiente tenor: “1. Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad. 2. Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra”. Excepción ésta lógica si se tiene en cuenta que conforme al artículo 15 del Código civil pueden elegir otra vecindad dentro de las cuatro posibilidades que dicho precepto señala. Esta solución es correcta, y difiere de la adoptada por la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, como después se verá.

En la actualidad el Derecho civil de Cataluña ⁵⁷ está contenido en el Código civil de Cataluña, conformado a través de sucesivas leyes, cuya estructura y sistemática se

56 Vid. Encarna Roca Trías: *La reforma de la compilación catalana*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1983, pp. 273-286.

57 Vid. Encarna Roca Trías: *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas constituciones y en la vigente*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 78, núm. 1, 1979, pp. 7-37.

encuentra recogida en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, que constituye la primera ley del referido Código civil, cuyo artículo 3 determina que se halla dividido en los siguientes seis libros: 1º, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad; 2º, relativo a la persona y la familia, Ley 25/2010, de 29 de julio, que incluye la regulación de la persona física, las materias actualmente comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito; 3º, relativo a las personas jurídicas, Ley 4/2008, de 24 de abril, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones; 4º, relativo a las sucesiones, Ley 10/2008, de 10 de julio, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones por causa de muerte y en las demás leyes especiales de este ámbito; 5º, relativo a los derechos reales, Ley 5/2006, de 10 de mayo, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlamento; 6º, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento. El Código civil de Cataluña tras, las sucesivas *addendas*, consta de 569-42 artículos. Debe señalarse que el artículo 43.1 del Código de familia ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2012, ya que el precepto establecía la posibilidad de acumular la acción de división de cosa común con la acción de disolución del matrimonio, y el Tribunal Constitucional afirma que esa norma supone una innovación procesal que es contraria al artículo 149.1.6 de la Constitución, que establece la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.⁵⁸

58 Vid. <http://www.tribunalconstitucional.es/resolucionesrecientes/Documents/2006-05394 STC.pdf>. El Tribunal Supremo se ha ocupado de la materia sucesoria en Cataluña en diversas sentencias, siendo de destacar, por ejemplo, las de 29 de marzo de 1892, 2 de diciembre de 1915, 20 de abril de 1917, 21 de septiembre de 1971, 7 de noviembre de 1977, etc., para una visión de conjunto Marfa del Carmen Corral Gijón: *De la Compilación de Derecho civil a los Códigos de Cataluña*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm.656, 2000, pp. 9-36; vid. también, Antoni Vaquer Aloy: *El Derecho civil catalán: presente y futuro*, en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, 2008, pp. 69-108.

3) Baleares.

La Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, aprobada por la Ley 5/1961, de 19 de abril, en 86 artículos, regula para la isla de Mallorca el régimen económico conyugal, las sucesiones y los derechos reales. Para la isla de Menorca, la sociedad rural, y para las islas de Ibiza y Formentera, el régimen económico conyugal, sucesiones y derechos reales. Tiene dos disposiciones finales, una disposición adicional y una transitoria. La primera modificación de esta Compilación fue por la Ley 3/1985, de 11 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares. De conformidad con el artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de: “Conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma”; y según el artículo 7º de la misma: “Las normas y disposiciones de... su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales”. Posteriormente el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, aprobó el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears, que tras el Título preliminar en el que se regula la aplicación del Derecho civil de Baleares, se ocupa en el Libro primero de las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca (régimen económico conyugal,⁵⁹ sucesiones ⁶⁰ y derechos reales), en el Libro segundo de las aplicables en la isla de Menorca, y en el Libro tercero de las aplicables en las islas de Ibiza y Formentera (régimen económico conyugal, sucesiones, derechos reales, así como obligaciones y contratos)⁶¹

59 Vid. María Pilar Ferrer Vanrell: *El “régimen económico” en la ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de parejas estables, del Parlamento Balear*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, vol. 3, 2002, pp. 4597-4616, y *El régimen jurídico de los bienes de los casados en la compilación de Derecho Civil de Baleares*, en Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, vol. 1, 2006, pp. 1485-1532.

60 Vid. Francesca Llodrá Grimalt-María Pilar Ferrer Vanrell: *La legítima y la “definitio” en las Islas Baleares*, en Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, Judith Solé Resina (coord.), María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), vol. 2, 2011, pp. 2081-2146.

61 Vid. María Pilar Ferrer Vanrell: *Las fuentes del derecho civil balear*, en Boletín del Ministerio de Justicia, año 56, núm. 1918, 2002, 1817-1841, y *El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio*, en Revista Jurídica de les Illes Balears, núm. 2, 2004, pp. 33-68.

4) Galicia.

La Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia,⁶² aprobada por la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, regula en 93 artículos, los foros, subforos y gravámenes análogos, la compañía familiar gallega, la aparcería, el derecho de labrar y poseer, así como las formas especiales de comunidad (en montes, aguas, agro, “agra” o “vilar”, y “muiños de heredeiros”). Contiene una disposición adicional, tres finales y cinco transitorias. En la actualidad la Ley 2/2006, de 14 de junio, es la que contiene el Derecho civil de Galicia que regula la protección de menores, adopción, autotutela, ausencia no declarada, casa y veciña, derechos reales, contratos, compañía familiar gallega, régimen económico familiar, y la sucesión por causa de muerte⁶³.

5) Aragón.

La Compilación del Derecho Civil de Aragón, aprobada por la Ley 15/1967, de 8 de abril, regula a lo largo de 153 artículos, las siguientes materias: derecho de la persona y de la familia (capacidad y estado de las personas, relaciones entre ascendientes y descendientes, relaciones parentales y tutelares, régimen económico conyugal, comunidad conyugal continuada, viudedad), derecho de sucesión por causa de muerte (modos de delación de la herencia, sucesión testamentaria, sucesión paccionada, fiducia sucesoria, legítimas, sucesión intestada), derecho de bienes (relaciones de vecindad y servidumbres), y derecho de obligaciones (derecho de abolorio o de la saca y contratos sobre ganadería). Contiene una disposición derogatoria, una adicional y doce transitorias. La primera modificación de esta Compilación fue por la Ley de 21 de mayo de 1985, de las Cortes de Aragón. Según el artículo 35.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva para:

62 Ángel Rebolledo Varela: *Derecho civil de Galicia: presente y futuro*, en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, 2008, pp. 11-44.

63 Vid. Domingo Bello Janeiro-Manuel Fraga Iribarne: *El desarrollo del Derecho civil autonómico en el marco constitucional: el caso gallego*, Madrid, 2010.

“La conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procedimiento civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo”. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que contiene un Título preliminar referido a las normas en el Derecho civil de Aragón, y cuatro libros en los que regula el derecho de la persona, derecho de familia, derecho de sucesiones por causa de muerte y derecho patrimonial, respectivamente ⁶⁴.

6) Navarra.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, debiendo recordarse que Navarra pasó a ser provincia foral en 1841, en virtud del Pacto-Ley con la Diputación foral, fue aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, en 596 leyes y regula además de las fuentes del Derecho navarro, condición civil foral de navarro,⁶⁵ ejercicio de derechos y prescripción de acciones, el derecho de las personas y de la familia, las donaciones y sucesiones,⁶⁶ y los bienes (propiedad, posesión, comunidades de bienes, servidumbres, derecho de superficie, retractos, garantías reales, obligaciones, etc.). Tiene cinco disposiciones transitorias y dos finales. La Compilación ha sufrido diversas modificaciones como las llevadas a cabo por el Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre, o el Real Decreto-ley 38/1978, de 5 de diciembre. De conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: “1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. 2. La conservación, modificación y desarro-

64 También el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, en cuanto a sucesiones en Aragón, cuenta con diversas sentencias siendo las más significativas, por ejemplo, las de 5 de julio de 1893, 14 de diciembre de 1901, etc.; vid. José Antonio Serrano García: *Derecho civil de Aragón: presente y futuro*, en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, 2008, pp. 109-166; María Ángeles Parra Lucán: *El Derecho civil de Aragón*, en Revista Valenciana d'estudis autonòmics, núm. 54, vol. 2, 2010, pp. 113-130.

65 Sobre la vecindad civil y el fraude de ley se ha pronunciado la S.T.S., de 14 de septiembre de 2009.

66 Vid. la S.T.S., de 12 de febrero de 2004, declarando la inoficiosidad de testamento abierto por vulnerarse los derechos legitimarios de los hijos de anterior matrimonio del testador, según la Ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra.

llo de la vigente Compilación del Derecho Civil o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral”. En cuanto a la aplicación del Fuero el artículo 40.3 determina que: “El Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, se aplicará supletoriamente el Derecho del Estado”, y el número 4 del citado artículo: “En materia de Derecho Civil Foral, se estará a lo dispuesto en el artículo 48 de la presente Ley Orgánica”, ya citado ⁶⁷.

Por lo que se refiere a la vecindad civil el artículo 5.3 de dicha ley determina que: “La adquisición, conservación pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro se regirá por lo establecido en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra”, regla ésta de remisión al Título II, del Libro Preliminar de la Compilación (leyes 11 a 16). En primer lugar, la condición civil foral de navarro, conforme a la Ley 11 de la Compilación, es decir, su adquisición, conservación, pérdida y recuperación, se rige por lo dispuesto en la misma, siendo aplicable la legislación general “y conforme al principio de reciprocidad”, en lo no previsto en ella. Cuando se aprueba la Compilación aún estaba vigente el primitivo Título Preliminar del Código civil, y entre las reglas de éste y las de la Compilación, en materia de vecindad civil no existían conflictos. Con la vigencia del nuevo Título Preliminar del citado Código el panorama es el siguiente: como quiera que la Compilación, en 1973, no determina la adquisición por *ius sanguinis* ni por *ius soli*, ni los plazos de residencia en Navarra para adquirir esa vecindad civil, bien por declaración positiva del interesado, bien por el mero transcurso del tiempo, es evidente que en este punto son de aplicación las reglas del artículo 14 del Código civil, con el que, por lo demás, existe conformidad con la Ley 12, pues los navarros residentes en el extranjero no pierden la condición foral mientras, naturalmente, conserven la nacionalidad española, como tampoco la pierden los españoles que adquiriendo otra nacionalidad no pierdan la española, y en lo relativo a la recuperación de la condición de navarro de los que

67 Vid. J. A. Álvarez Caperochipi: *El Derecho foral de Navarra*, Pamplona, 1999; Razquin Lizarraga-Enériz Olaechea: *Derecho local de Navarra*, Instituto Navarro de Administración Pública, 2005, y Enériz Olaechea: *Régimen foral de Navarra*, Pamplona, 2007.

recuperen la nacionalidad española que perdieron cuando tenían vecindad civil navarra, tampoco hay colisión pues, efectivamente, conforme al artículo 15.3 del citado Código: “La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida”. Sin embargo, la Ley 13 determina que: “En el expediente de adquisición o recuperación de la nacionalidad española, se presumirá que adquiere la condición foral de navarro el extranjero que residiere en Navarra al conseguir la nacionalidad”. La Ley citada parece referirse también al español que perdió la nacionalidad española con vecindad civil distinta a la navarra, pues es claro que si recupera es que en el momento de la recuperación es extranjero. Y esta disposición sí entra en conflicto con el expresado artículo 15.3 del Código civil, pues según esa Ley un español de vecindad civil aragonesa que pierde la nacionalidad española y posteriormente la recupera siendo residente en Navarra, no recuperaría la aragonesa según establece el artículo 15.3 del Código civil, sino que “adquiere” la navarra conforme a la Ley 13. Y cuando se trate de un extranjero que reside en Navarra y adquiere la nacionalidad española, la imposición de la vecindad civil navarra según la Ley 13, también colisiona con el artículo 15.1 del Código civil, pues conforme a éste tiene derecho a optar ciertamente por la vecindad civil del lugar de su residencia, pero lo tiene igualmente para optar por la del lugar de su nacimiento, supuesto que hubiere nacido en España (por ejemplo, en Cataluña, Galicia, Andalucía...), por la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes, que, si son, o hubiesen sido, españoles no tienen por qué ser, o haber sido, navarros, y por la vecindad civil del cónyuge si es que está casado con español o española, que tampoco tiene por qué ser de vecindad civil navarra. Existe, además, un conflicto entre las disposiciones de la Compilación en este punto y el artículo 13.1 del Código civil, según el cual las disposiciones de su Título preliminar, con las excepciones que el mismo cita pero en las que no está incluida esta cuestión, “tendrán aplicación general y directa *en toda España*”. Cabe, pues, defender que la regulación que hace la citada Ley 13, que data de 1973, y que tras la reforma del Título preliminar del Código civil, en 1974, formalmente dicha Ley 13 no ha sufrido modificación expresa, fue derogada por el nuevo Título Preliminar del Código civil, que entra en

vigor en fecha posterior y, por tanto, en virtud del principio *lex posterior derogat priori*. La compatibilidad con el Código civil podría haberse establecido modificando la Ley 13, contemplando la posibilidad de que el extranjero pueda optar por otra vecindad civil, como se ha visto ya en otras Compilaciones, como la del País Vasco y la de Cataluña ⁶⁸.

7) Una institución consuetudinaria: el Fuero del Baylío.

Aprobada su observancia en 1778, por el rey Carlos III, regula exclusivamente el régimen económico matrimonial en determinados pueblos del suroeste de la provincia de Badajoz. Como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de noviembre de 1926, el Fuero del Baylío es una institución foral vigente en ciertas localidades, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo (se refiere al texto vigente del artículo 12 del Código civil en esa fecha), ya que se trata de un régimen jurídico consuetudinario conyugal que no ha sufrido alteración por la publicación del citado Código ⁶⁹, y a él me referiré más detenidamente en el epígrafe siguiente.

VII. Conflictos latentes de leyes entre el Código civil y los Derechos civiles especiales o forales: algunos ejemplos.

1) En materia de capacidad.

Profundas son las diferencias en las regulaciones de diversas instituciones civiles entre sí y con el Código civil, y para probarlo no se tarda en encontrar algún ejem-

68 En cuanto al Derecho navarro, en materia sucesoria, son destacables, entre otras, las antiguas Ss. T. S. de 16 de diciembre de 1894, 7 de febrero de 1899 y 23 de octubre de 1913; vid. Luis Ignacio Arechederra Aranzadi: *Competencia de Navarra en materia de Derecho civil*, en *La Ley*, núm. 4, 1986, pp. 1075-1084 y también Enrique Rubio Torrano: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

69 Aunque no hay duda de su vigencia sí, en cambio, se discute su posible aplicación, vid. Mariano Yzquierdo Tolsada: *El Fuero del Baylío, vigente pero no viable*, en "Actualidad civil", núm. 2, 1991, pp. 239-256.

plo. Así, respecto la capacidad de obrar cabe decir que el Código civil, al tiempo de su promulgación, dejó vigentes diversas edades que determinaban la mayoría de edad y que fueron suprimidas por la Ley de 13 de diciembre de 1943 cuyo artículo 1 fijó en 21 años la mayoría de edad para los españoles, indicándose en el artículo 2 el modo de computarla, tal como actualmente establece el artículo 315, párrafo segundo, del vigente Código civil, es decir, incluyéndose completo el día del nacimiento, Ley que no se integró formalmente en el Código civil hasta la Ley 31/1972, de 22 de julio. Hoy la mayoría de edad ha quedado constitucionalizada en el artículo 12 de la Constitución según el cual: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”, lo cual recoge, como no podría ser de otro modo, el párrafo primero del citado artículo 315 del Código civil que determina que: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. Sin embargo, esa regla no es única y aplicable a todos los españoles sin excepción, puesto que la Disposición adicional 2ª de la Constitución advierte que: “La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de la Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los Derechos forales en el ámbito del Derecho privado”, y es que, efectivamente, quienes poseen la vecindad civil aragonesa pueden adquirir la mayoría de edad antes de la fijada por la propia Constitución, ya que la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en su artículo 4 dispone que: “Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio”. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, acoge en la Ley 50, en su párrafo primero, la fórmula general de los 18 años, desde que este quedó redactado así conforme al Real Decreto-ley 38/1978, de 5 de diciembre: “La capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad, al cumplirse los dieciocho años”, añadiendo el párrafo segundo que: “Los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en la presente Compilación. Son púberes los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce”, el cual tiene su reflejo en la Ley 73, párrafo primero *in fine*, que en materia de adopción prescribe que: “Los que sean púberes conforme a la Ley 50 deberán dar su consentimiento para ser adoptados”, lo que plantea conflicto con el Código civil ya que en su artículo 177.1 exige el consentimiento del adoptando mayor de doce años para ser adoptado.

2) En materia de régimen económico matrimonial.

Si ahora se toma como ejemplo la regulación de los efectos económicos del matrimonio, se verá que aquí las diferencias son verdaderamente notables. Conforme al Derecho español no existe la menor duda de que desde el momento en que se contrae el matrimonio, comienza a regir, por ley, la regulación de su régimen económico. En principio este régimen los contrayentes de vecindad civil común lo pueden establecer en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio con total libertad, sólo limitada a que las estipulaciones no fueren contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge, conforme dispone el artículo 1328 del Código civil, que basa estas limitaciones en el artículo 6. 3 y en el 66 del mismo Código, que establece la igualdad de los cónyuges en derechos y deberes, reglas que tienen su base en los artículos 14 y 32.1 de la Constitución, y siendo las capitulaciones matrimoniales un contrato también quedan sujetas a las disposiciones generales del Código civil sobre los mismos, señalando su artículo 1255 que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, determinando el mismo Código en su artículo 1316 que: “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”. Libertad de pacto coincidente con las Compilaciones, así la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, cuyo artículo 7 establece que: “El régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones matrimoniales, que podrán otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo... En defecto de pacto el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios...”. También la libertad de pacto está reconocida en el artículo 66 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, según el cual: “Podrán pactarse libremente en capitulaciones matrimoniales conocidas con el nombre de *espolits*, el régimen económico a que hayan de sujetarse los bienes de los casados. A falta de capitulaciones se entenderá contraído el matri-

monio bajo el régimen de absoluta separación de bienes”. Y otro tanto sucede en la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, cuyo artículo 42 admite la libertad de pacto al decir que: “A falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuere vizcaíno infanzón en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral de bienes”. Lo que ya es diferente es el régimen económico que va a regir en el matrimonio, en defecto de capitulaciones matrimoniales, pues tanto el Código civil como cada Compilación establecen uno específico. Es así como en España existen hoy nueve sistemas legales distintos de régimen económico conyugal, todos supletorios, cada uno de los cuales, según el caso, comienza a regir en el mismo momento del casamiento a falta de capitulaciones, la mayoría modificados en estos últimos años. A través de ellos se puede comprobar en este ámbito la pluralidad legislativa, que está covigente en España, y entrever los posibles conflictos de leyes que ésta puede plantear, comenzando por los ordenamientos codificados de las regiones que pueden calificarse de forales.

En Aragón el régimen legal supletorio es el del “consorcio conyugal”, regulado actualmente por Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad. El “consorcio conyugal” se incluye el patrimonio común de bienes aportados por los cónyuges, en el momento de iniciarse el régimen, que ingresan en él así como los que le son donados por razón del matrimonio con carácter consorcial, así como los que, constante el consorcio, ingresen a título oneroso, bien por el trabajo bien por rentas de bienes consorciales y privativos, conforme determina el artículo 28, existiendo presunción de consorcialidad en relación a los bienes cuyo carácter privativo no sea posible justificar, y las adquisiciones efectuadas a título oneroso a costa del caudal común, según establece el artículo 35, repartiéndose los bienes por mitad en el momento de la disolución del régimen, conforme a los artículos 62 y siguientes, todos de la expresada ley. Además, en el Derecho civil aragonés existe un régimen económico matrimonial legal de segundo grado, constituido por la separación de bienes, para el caso de que el “consorcio conyugal” haya sido excluido y no se haya pactado otro régimen, o bien en el caso de que se haya disuelto el consorcio sin haberse disuelto el matrimonio, según determina el artículo 21, y como este régimen de

separación tiene en los artículos 21 a 27 una específica regulación, no le son aplicables al mismo las normas del Código civil.

En *Baleares* el régimen económico matrimonial legal supletorio es el de la absoluta separación de bienes, régimen de separación que viene hoy regulado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aparece como un sistema completo por lo que no cabe la aplicación en Baleares del artículo 1320 del Código civil, pese a no existir en el Derecho balear ninguna norma análoga, conforme ha determinado el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su Sentencia de 3 de septiembre de 1998.

En *Cataluña* es el de la separación de bienes, conforme a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, pero la separación no es absoluta, como en la legislación anterior sucedía, ya que actualmente existe la denominada “compensación económica por razón de trabajo” cuando, concurriendo ciertos requisitos en relación a la dedicación a la familia, exista una desigualdad patrimonial.

En *Galicia* es el de la “sociedad de gananciales”, según determina el artículo 171 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, ahora bien, como quiera que esta ley no regula el régimen, debe entenderse que lo que es de aplicación a este régimen son los artículos 1344 a 1410 del Código civil.

En *Navarra* es el de la “sociedad conyugal de conquistas”, que hoy se rige por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, en virtud de la cual se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, también denominada Fuero Nuevo de Navarra. Este régimen consiste en que se hacen comunes de los cónyuges los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos sucesorios o disposiciones, los que sean adquiridos a título oneroso, así como todos los frutos y rentas producidos por los bienes de conquista y por los privativos, conforme a la Ley 82 de dicha Compilación. De acuerdo a la Ley 90 a su disolución se dividen por mitad.

En el *País Vasco* el régimen, regulado hoy por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, es el de “comunicación foral” conforme al artículo 94 de la misma, consistiendo ese régimen en que se hacen comunes, por mitad,

todos los bienes, cualquiera que sea su procedencia, pertenecientes a uno u otro cónyuge, por cualquier título, bien sea los aportados como los adquiridos constante matrimonio, conforme dispone el artículo 95. Cuando el matrimonio se disuelva por muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, la comunicación foral se consolida transformándose en comunidad de bienes entre el cónyuge superviviente, por un lado, y, por otro, los citados hijos o descendientes que fueren sucesores del premuerto, hasta que se produzca la división y adjudicación de los bienes, según el artículo 104. En los demás supuestos, es decir, cuando la comunicación foral se extinga por muerte de uno de los cónyuges pero no existan descendientes comunes, o bien lo sea por sentencia de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, se procede a dividirlos por mitad, según las reglas de la propia Ley, conforme dispone el artículo 109 de la misma.

En la *Comunidad Valenciana*, que no es territorio foral,⁷⁰ vino rigiendo como régimen económico matrimonial legal supletorio el de la sociedad de gananciales del Código Civil, a falta de normativa propia, sin embargo se vio modificada por la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que introduce como régimen legal supletorio el de separación de bienes, que si conforme al artículo 44 de la misma aparece como un régimen de separación absoluta, no resulta así en la práctica al haberse introducido, al mismo tiempo, en el régimen matrimonial primario una compensación por el trabajo para la casa, según

70 Vid. Salvador Carrión Olmos: *Consideraciones en torno al derecho civil valenciano*, en Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés, vol. 1, Valencia, 2011, pp. 483-512; Vicente Cabedo Mallo: *La recuperación del derecho civil foral valenciano y su adecuación a la Constitución española de 1978 y a la realidad social valenciana del siglo XXI*, en F. Ramón Fernández (coord.): *La adecuación del derecho civil foral valenciano a la sociedad actual*, Valencia, 2009, pp. 45-58; Francisco de Paula Blasco Gascó: *El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de régimen económico matrimonial valenciano*, en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, 2008, pp. 45-68, y *La competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho civil*, en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, núm.33, 2010, pp. 7-30. Vid. también, Vicente Rodríguez Calatayud: *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil*, Valencia, 2004; Vicente Cabedo Mallo: *La competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil. La recuperación del derecho civil foral valenciano*, en F. Ramón Fernández (coord.): *El Derecho civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Valencia, 2010, pp. 105-118; vid. también, Luis Díez-Picazo: *A vueltas con el Derecho Civil Valenciano: ¿una milagrosa resurrección?*, en Francisco de Paula Blasco Gascó (coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Valencia, 2011, pp. 875-878.

los artículos 12 y siguientes, que es compatible, conforme al artículo 14.2, con la pensión compensatoria ⁷¹.

Es en la región de *Extremadura*, en la que parcialmente (no en toda la Comunidad Autónoma) rige un régimen económico-matrimonial legal supletorio, limitado a determinados núcleos urbanos de la provincia de Badajoz. Dicho régimen no está codificado, pues si bien en la primera redacción del Estatuto de Extremadura se contemplaba esa facultad ella es inexistente en el texto definitivo del Estatuto vigente, por lo que el régimen continúa siendo consuetudinario. Su base se halla en el Fuero del Baylío cuya observancia fue aprobada por el rey Carlos III, por Real resolución a consulta de 15 de septiembre de 1778, y Cédula del Consejo de 20 de diciembre del mismo año, que pasó a la Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro X, título V, ley XII, que establece la “observancia del Fuero del Baylío, en quanto a sujetar a partición, como gananciales, los bienes llevados o adquiridos en el matrimonio” ⁷². El territorio en que se aplica es el correspondiente a determinados pueblos de los Partidos Judiciales de Albuquerque (Albuquerque y La Codosera), Fregenal de la Sierra (Burguillos, Fuentes de León y Valverde de Burguillos), Fuente de Cantos (Atalaya y Valencia del Ventoso), Jerez de los Caballeros (Oliva de Jerez, Valencia de Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana y Zahinos) y Olivenza (Olivenza y sus agregados: Santo Domingo, San Jorge de Alor, San Benito y Villarreal), así como en los pueblos de Alconchel, Cheles, Higuera de Vargas, Tálaga y Villanueva del Fresno. Salvo en Albuquerque y Jerez de los Caballeros, la

71 Francisco Vega Sala: *Los distintos regímenes económico-matrimoniales existentes en España y la fiscalidad de la disolución de los mismos*, en “Economist & Jurist”, octubre, 2011, pp. 18-22; vid. también, María Mas Badía (coord.): *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana*, Madrid, 2010; también Rafael Ballarín, en “Prólogo” a María Mas Badía: *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana*, Madrid, 2010, pp. 17-23.

72 He aquí su texto: “Apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío, concedido a la villa de Albuquerque por Alfonso Tellez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieren por qualquiera razon, se comunican y sujetan a partición como gananciales: y mando, que todos los Tribunales de estos mis reynos se arreglen a él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Albuquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y demas pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad o transcurso del tiempo acreditase ser mas conveniente que lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo presentasen los pueblos”.

vigencia en los demás pueblos es preciso, según Federico de Castro, “la prueba de su uso ininterrumpido”, quien añade que el fuero tiene carácter de Fuero municipal, “y no hay duda de que el territorio en que se aplicó estuvo –con esa única excepción– sometido al Derecho común de Castilla y que hoy lo está al Código civil”⁷³.

Una primera cuestión, y no pacífica, es la de si el Fuero del Baylío se aplica, o no, en Ceuta. Para algunos autores la Ciudad de Ceuta se rigió, y se sigue rigiendo, por el antiguo Fuero del Baylío (la *ley de miatade*), un residuo vigente del derecho celtibérico⁷⁴, de supuesta procedencia portuguesa, también templaria, e incluso franco-borgoñona, según otras opiniones, cuya observancia, como se ha dicho, aprobó Carlos III. En efecto, si algún autor tiene duda, con carácter general, en cuanto a la subsistencia de la vigencia del citado fuero después de publicado el Código Civil, De Buen no tiene ninguna, en cambio, de su aplicación a Ceuta antes y después de la publicación del citado Código al referirse a “la legislación... del llamado Fuero del Baylío (aplicable en la plaza de Ceuta...)”⁷⁵, aplicación que resulta, al ser su origen portugués, de la cesión de Ceuta por Portugal a España,⁷⁶ obligándose el rey Carlos IV a respetar como vigentes los usos y costumbres de los vecinos de aquélla, de ahí que se sostenga que: “Algo análogo sucedió con la plaza de Ceuta, conquistada por los portugueses y que permaneció en el dominio de España, cuando el duque de Braganza fue proclamado rey de Portugal bajo el nombre de Juan IV, en 1640. A la

⁷³ Federico de Castro y Bravo: *op. cit.*, p. 299.

⁷⁴ También “Carta de a meetade, o de a metade”, vid. E. Cerro y Sánchez-Herrera: *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*, Madrid, 1964, pp. 66-67. Según M. Martínez Pereda: *El Fuero del Baylío residuo vigente del derecho celtibérico*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, año 1, 31 de marzo de 1925, núm. 3, no es aplicable en Ceuta por su inobservancia en dicha Ciudad, pero no afirma que Ceuta no haya sido nunca territorio foral, pues, en efecto, se limita a negar “... su vigencia en tal plaza africana, porque en Derecho consuetudinario, aunque la ley la respete, la inobservancia de una institución es su muerte...”, p. 222. Es decir, que para este autor se habría producido desuetudo, lo que, evidentemente, significa que en algún momento anterior estuvo en uso en Ceuta. Otros han afirmado, como M. Madrid del Cacho, que “la pasada vigencia en Ceuta del Fuero del Baylío –ya que desde hace casi un siglo esta institución ha caído allí en desuso– se explica porque esta plaza, desde 1445 hasta 1663, fue portuguesa, y, al igual que Olivenza, cuando pasó a España se reconoció a sus moradores el derecho de regirse por la ley de “a metade” portuguesa”, vid. su obra *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963, pp. 145-146.

⁷⁵ D. De Buen: *Derecho civil español común*, 2ª ed., vol. I, Madrid, 1931, p. 58.

⁷⁶ Por la reunión de las coronas de Portugal y España en 1580 Ceuta deviene española bajo administración portuguesa. Al separarse los dos reinos en 1640 fue cedida a España por el tratado de paz de 13 de febrero de 1668 (artículo 2º), quedando definitivamente en manos españolas.

publicación del Código Civil, continuaba en ella rigiendo la *ley de miatade* o Fuero del Baylío⁷⁷. El territorio foral de éste se encuentra, pues, constituido “*por la citada plaza de Ceuta y por los siguientes pueblos de la provincia de Badajoz...*”⁷⁸. Tampoco hay duda en las afirmaciones de Borrallo Salgado, ya publicado el Código Civil, al decir que: “*El Fuero del Baylío viene usándose y rigiendo sin interrupción desde su aparición en la historia hasta la actualidad... en Ceuta y su territorio*”, señalando lo siguiente: “*Partido judicial de Ceuta. Ceuta y su territorio demarcado. La antigua y reducida plaza militar de Ceuta comprende hoy mayor territorio que nuestra zona de influencia nos reconoce en Marruecos, al cual probablemente alcanza el Fuero del Baylío, extendido en lo antiguo por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses, y cuyos datos estadísticos, en lo que se refiere a su actual extensión superficial, ignoramos*”, por lo que en el cuadro correspondiente estos aparecen en blanco, en cambio, en el relativo al “*censo de población correspondiente a los pueblos aforados, según los últimos datos del Instituto Geográfico y Estadístico*” se halla “*Ceuta*” con “*número de almas de hecho 23.907*”, y “*de derecho 24.249*”⁷⁹.

Admitida, pues, la existencia del debate doctrinal acerca de su origen y vigencia en la Ciudad de Ceuta, cabe señalar ahora que, según supone Manuel Ramírez, desde el momento en que Ceuta pasa a ser de soberanía española “*la costumbre foral se españolizaría, tomando el nombre, ya extendido en los pueblos extremeños donde estaba vigente, de Fuero del Baylío. Y con esta misma denominación se la ha conocido y practicado antes y después de la publicación del Código Civil*”⁸⁰. En cuanto a su aplicación, o no, en la hoy Ciudad Autónoma, aunque el Notario don Eladio Barrueco Rodríguez, y el Registrador de la Propiedad don Ignacio Martínez de

77 Hay quien sostiene, como E. Cerro y Sánchez-Herrera, que esta norma especial de derecho económico-matrimonial “*tiene aplicación en la plaza de Ceuta, si bien se le denomina equivocadamente en los... documentos notariales; puesto que... no se trata del castellano Fuero del Baylío, sino de la Carta de a meta-de portuguesa*”, de idéntico contenido, vid. su *op. cit.*, p. 29, así como *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974, p. 35; y en el mismo sentido se pronuncia J. Sánchez-Arjona y Macías: *Origen jurídico del Fuero del Baylío*, (tesis doctoral), Badajoz, 2004, p. 89.

78 Nueva Enciclopedia Jurídica (dir. Carlos-E. Mascareñas), t. I, Barcelona, 1950, p. 470, que adapta el artículo de Rafael Ureña incluido en la Enciclopedia Jurídica Española.

79 T. Borrallo Salgado: *Fuero del Baylío. Estudio histórico-jurídico*, Badajoz, 1915, pp. 17-20.

80 E. Cerro y Sánchez-Herrera: *Aportación...*, *op. cit.*, p. 68.

Bedoya, de Ceuta, manifiestan que su aplicación “no es siquiera de uso frecuente”, citando ambos “la aplicación reciente en determinadas operaciones particionales –protocolizadas mediante escritura pública de 9 de febrero de 1959–, referentes a los bienes relictos por un causante que había expresado en su testamento la voluntad de que, a su fallecimiento, *se aplicara el Fuero del Baylío, por ser los cónyuges nacidos y vecinos de Ceuta y haber contraído matrimonio en dicha Ciudad*”⁸¹. Todo lo cual revela que Ceuta participa también de la pluralidad de sistemas de Derecho civil aplicables dentro del territorio nacional del Estado español. Por otra parte si el fuero no es propiamente el Fuero del Baylío, sino el portugués de *a metade* de idéntico contenido, resultaría que en Ceuta el régimen económico-matrimonial se ha venido rigiendo por una regla consuetudinaria, sí, pero que es, en origen, una ley *extranjera*, cuya “españolización” al dejar Ceuta de ser portuguesa, como presume Manuel Ramírez, no dejaría de plantear una interesante discusión jurídica, toda vez que la aplicación de leyes extranjeras en España no hace que, por el hecho de su aplicación, pasen a formar parte del ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que ocurre con la normativa contenida en un tratado internacional, al que España haya accedido, desde el día de su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, conforme establece el artículo 1º. 5 del Código Civil.

Esto dicho, queda por hacer referencia a otra cuestión igualmente discutida como reconoce la doctrina⁸²: el momento en que se forma la comunidad universal, ¿es en el momento de la celebración del matrimonio, o en el momento de la disolución del mismo?, y si fuere en este último ¿la disolución por divorcio o sólo por muerte? Dos antiguas decisiones como son la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1892, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de agosto de 1914, entienden que cuando nace la comunidad universal es en el momento de la disolución del matrimonio, manteniendo hoy esa postura algún sector notarial extremeño, que llega a sostener que por “disolución” ha de

81 E. Cerro y Sánchez-Herrera: *Aportación...*, *op. cit.*, p. 28.

82 Francisco Vega Sala: *art. cit.*, p. 20.

entenderse únicamente por la muerte. Lo que significaría entonces que en el momento de la celebración del matrimonio lo que comenzaría a regir es el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales. Si hay constancia de su aplicación en diversos supuestos, en siglos anteriores, no faltan a principios del siglo XX, en los protocolos notariales de la zona, ejemplos de renuncia a la aplicación del fuero, lo que era considerado como un timbre de honor.

3) En materia de forma de los testamentos.

El Código civil dedica a la forma de ese acto personalísimo,⁸³ en virtud del cual la persona dispone de todos, o parte, de sus bienes para después de su muerte, los artículos 676 a 736, admite tres formas para el testamento común en cuyo ámbito están comprendidos el testamento ológrafo, el abierto y el cerrado; y otras tres formas para los testamentos especiales que son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, dedicando a esta última forma los artículos 732 a 736 del citado Cuerpo legal,⁸⁴ que en realidad son un desarrollo, o complemento, del artículo 11, en su primitiva redacción, que sólo admitía la aplicación de la regla *locus regit actum*, y la intervención de los funcionarios consulares y agentes diplomáticos en funciones consulares españoles acreditados en el extranjero, los cuales debían ajustarse únicamente a las formas españolas en virtud de la regla *auctor regit actum*. Dentro de la forma del testamento abierto hay que recordar las formas para los testamentos extraordinarios otorgados en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia. Es de destacar que el artículo 669, aplicable a todos los españoles con vecindad civil común, determina que: “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”. Pues bien, esa prohibición no existe para otros españoles regidos por un Derecho civil dis-

83 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *La sucesión*, en VV. AA.: “Lecciones de Derecho civil internacional”, Madrid, 1996, pp. 218-221.

84 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Comentario a los artículos 732-736 del Código civil*, en VV. AA. (dir. de M. Albaladejo): “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, t. IX, Madrid, 1983, pp. 296-377.

tinto al del citado Código, lo que convierte al testamento mancomunado en una institución de “orden público interno”, ya que, en cambio, el testamento mancomunado está admitido para los españoles sujetos a la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco cuyo artículo 49 determina que: “Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad...”, el cual es aplicable concretamente a los regidos por el Fuero civil de Bizkaia que incluye a los vecinos de Llodio y Aramayona. Y la misma forma se permite a los regidos por el Fuero civil de Guipúzcoa cuyo artículo ya que el artículo 179 de la referida ley dice que: “1. Mediante el testamento mancomunado los cónyuges podrán ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que además podrán disponer del resto de sus bienes. Podrán testar mancomunadamente aquellos matrimonios en los que al menos uno de los consortes reuniere las condiciones que exige el presente Fuero para su aplicación”. Otro tanto ocurre con los españoles de vecindad civil gallega, y en este caso con mayor amplitud ya que no se limita la facultad a los cónyuges, así la Ley de de Derecho Civil de Galicia tras señalar en el artículo 186 que: “El testamento abierto ordinario puede ser individual o mancomunado”, en los artículos 187 a 195 regula éste diciendo el primero de ellos que: “1. Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial. 2. Los otorgantes que fueran esposos podrán, además, establecer en el testamento mancomunado disposiciones correspectivas”; la posibilidad de que pueda ser otorgado por personas que no constituyan matrimonio está clara en el artículo 188: “Los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella”, lo que se establece una dimensión personal y, por lo tanto, que no tienen forzosamente que sujetarse a la *lex loci* del otorgamiento, que podría desconocer esa forma. Y lo mismo ocurre con los españoles de vecindad civil aragonesa ya que el Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo 417 dice: “1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar de mancomún, incluso fuera de Aragón”. La norma es novedosa al ampliar el número de personas con vecindad civil aragonesa que pueden

hoy otorgar testamento mancomunado, toda vez que el artículo 17 del Apéndice de 1925 limitaba la posibilidad a “los cónyuges”, al igual que hacía el artículo 94.1 de la Compilación de 1967 que se refería a “los cónyuges aragoneses”, estando las tres normativas de acuerdo en que puede ser otorgado “fuera de Aragón”. Pero adviértase que si durante la vigencia del Apéndice, y después de la Compilación, el matrimonio en el que el marido era aragonés necesariamente también lo era la mujer, toda vez que ésta seguía la condición de su marido hasta la reforma del artículo 14 del Código Civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y por lo tanto ese matrimonio podía otorgar testamento mancomunado, hoy ya no sucederá igual, porque es posible que ambos cónyuges tengan vecindad civil aragonesa en cuyo caso no existe impedimento, pero puede suceder que uno la tenga y otro no, dándose aquí una curiosa situación que plantea un claro conflicto de leyes: sería el caso de matrimonio entre cónyuge de vecindad civil aragonesa y cónyuge de vecindad civil vizcaína, por tanto sujeto al Fuero de Bizkaia. Mientras el artículo 417.2 del Código del Derecho Foral de Aragón permite al ese matrimonio otorgar testamento mancomunado, puesto que el no aragonés no lo tiene prohibido por su ley personal, en cambio, el artículo 49 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco lo impide ya que se está refiriendo a los “cónyuges” pero cuando ambos son aforados vizcaínos. Como tampoco podría ser posible entre cónyuge aragonés y cónyuge de vecindad civil común al tenerlo éste prohibido por el artículo 669 del Código civil. La posibilidad de otorgar testamento mancomunado se amplía también a favor de los cónyuges al Fuero Civil de Guipúzcoa, con la regulación contenida en los artículos 172 a 178 de la citada Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Por lo que atañe al Derecho navarro la Compilación de 1973 en la Ley 200 permite el testamento mancomunado al decir que: “Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero”, testamento de hermandad que no es otro que el mancomunado ya que la Ley 199 lo define como “...el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”, y lo reconoce ampliamente al no limitarlo exclusivamente a los cónyuges.

Si la cuestión la trasladamos al plano internacional, es decir, al de los conflictos internacionales de leyes, núcleo medular del Derecho internacional privado, teniendo presente el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, que es de aplicación universal o *erga omnes*, vigente para España ⁸⁵ nos podemos encontrar con un curioso panorama. Como señala su artículo 4º: “El presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas”; y conforme a su artículo 5º en su párrafo primero: “A los efectos del presente Convenio, las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad *u otras circunstancias personales del testador*, ⁸⁶ se considerarán como cuestiones de forma” ⁸⁷. Tras lo visto no parece que haya que extenderse demasiado para justificar que el tratado internacional es superior a la ley y que ninguna ley interna puede estar en contradicción con él. Pues bien, resulta que dos cónyuges españoles de vecindad civil común no pueden otorgar testamento mancomunado en *España*, pero sí pueden en Alemania que lo permite para los cónyuges en el artículo 2.265 del Código Civil (BGB): “Un testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges” ⁸⁸, pues según el citado artículo 5º del Convenio las “circunstancias personales del testador” son cuestión de forma, y éstos se ajustan a la ley del lugar de otorgamiento (*locus regit actum*), primera de las conexiones del artículo 1º del Convenio. ¿Y sería válido el otorgado mancomunadamente entre dos españoles uno de vecindad civil aragonesa y otro de vecindad civil navarra, entre los que no exista vínculo matrimonial ni ningún otro de parentesco? La respuesta, en mi opinión, ha de ser afirmativa pues la limitación que impone el artículo 2.265 del Código Civil alemán queda desplazada por el citado artículo 1º del Convenio (del que igualmente es parte Alemania) ya que en su apartado primero a) permite la forma: “De la nacionalidad ⁸⁹ poseída por

85 Ratificado por España el 16 de marzo de 1988. Boletín Oficial del Estado, núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

86 Las cursivas son mías. Una circunstancia personal del testador evidentemente es su *vecindad civil*.

87 Las cursivas son mías.

88 Código Civil Alemán (BGB), traducción castellana de Carlos Melón Infante, Barcelona, 1955, p. 463.

el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento”, y en el caso la nacionalidad de ambos es la española, siendo en el plano interno aplicable el derecho civil correspondiente a su vecindad civil, y en ambas vecindades civiles (aragonesa y navarra) el testamento mancomunado está admitido.

Por otra parte, una ley de ámbito estatal permite el testamento mancomunado a los concretos destinatarios de la misma, se trata de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación agraria y de los agricultores jóvenes, cuyo artículo 22 establece esa posibilidad de otorgamiento.

Dentro del contenido de las formas existen igualmente diferencias. Así, en el Código Civil conforme al artículo 697, salvo los casos expresamente en él indicados, no se requiere ningún testigo, y conforme a los artículos 700 y 701 que regulan el testamento en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia, se exigen cinco y tres, respectivamente. Conforme a la Ley 188 del Derecho Civil Foral de Navarra para el testamento abierto se requieren dos testigos y para el cerrado, autorizado por Notario, siete, mientras para el otorgado en inminente peligro de muerte ante el Párroco, u otro clérigo a falta de él, regulado en la Ley 189 bastan dos, y conforme a la Ley 190 a falta de Párroco y de clérigo se exigen tres. En el País Vasco el testamento *hil-buruko*, que solamente puede otorgarse en territorio foral, requiere la presencia de tres testigos. En fin, si ahora vemos el artículo 421-5.3 del Código Civil de Cataluña, resulta que conforme al mismo no son válidos los testamentos otorgados sólo ante testigos. El citado Código ha abandonado el testamento sacramental que, proveniente del privilegio *Recognoverunt proceres*,⁹⁰ lo permitía aunque a no todos los ciudadanos de vecindad civil catalana sino únicamente a aquéllos que eran vecinos de Barcelona y de la antigua diócesis de Gerona.

En fin, si se tiene en cuenta ahora el contenido del testamento, basta con citar como ejemplo que, de acuerdo al Código civil, los poseedores de vecindad civil común, necesariamente han de respetar para sus herederos el tercio de legítima y el

89 El texto oficial del Convenio aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado está en lengua francesa y no dice “de la nacionalidad”, como aparece en la traducción castellana en el Boletín Oficial del Estado, sino “de una nacionalidad”, lo que, si bien para algunos casos puede tener relevancia, para el supuesto contemplado carece por completo de ella.

90 En realidad de las *Consuetuds de Barcelona*, de 1224, que comienzan con esas palabras.

de mejora, que no puede salir de los legitimarios, en tanto que en el País Vasco, el Fuero Civil de Álava (Fuero de Ayala), en su artículo 134.1 dispone que: “Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o legado, a título universal o particular, *apartando a sus herederos forzosos*⁹¹ con poco o mucho como quisieren o por bien tuvieren”, con lo que la diferencia entre ambos Cuerpos legales es tan notoria como profunda.

VIII. Territorios no forales y pluralidad legislativa.

También en otros territorios, que no gozan de la condición foral, existen peculiaridades como en la Comunidad de Murcia el tribunal de regantes denominado “Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia”, y en la Comunidad Valenciana es el milenar Tribunal de las Aguas, cuya correcta denominación es “Tribunal de Acequeros de la Vega de Valencia”,⁹² y su derecho aplicable con un procedimiento de oralidad. Ambos Tribunales son consuetudinarios, depositarios de una milenaria cultura solidaria y democrática del agua de origen andalusí. El Tribunal de las Aguas,⁹³ que en septiembre de 2009 fue declarado Patrimonio Cultural Inmaterial

91 Las cursivas son mías.

92 Vid. *Tribunales de regantes del Mediterráneo español: el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y el Tribunal de las Aguas de la Huerta de Valencia*, en <http://www.unesco.org>.; y *La agricultura y el Tribunal de las Aguas en la Valencia musulmana*, en <http://www.lasprovincias.es>. El artículo 36.1.3º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana dice: “1. En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial en la del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia...”. Existe bibliografía desde el siglo XIX hasta la actualidad, así sin ánimo de exhaustividad, entre otros autores como Víctor Fairén Guillén, J. Torres Fontes, Mascarell Navarro, Thomas F. Glick, Montero, Ortell y Gómez Colomer, vid. por ejemplo, E. J. Jaubert de Passa: *Canales riego de Cataluña y Reino de Valencia*, 2 vol., Valencia, 1844 (el volumen 2 recoge los Reglamentos y Ordenanzas de las principales acequias del antiguo Reino de Valencia); E. Carpentier: *Les réglaments et les tribunaux des eaux dans les provinces du sud-est de l'Espagne (Murcia et Valencia)*, París, 1912; Javier Plaza Penadés: *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Curso de Derecho civil valenciano*, Valencia, 2000, p. 1107 y ss.

93 Historiadores hay que, como José Vicente Gómez Bayarri, fijan su origen en la época romana, con lo que si así fuese el procedimiento oral y la confianza en que las partes ejecutarán lo juzgado recordaría el procedimiento del *pretor peregrinus* en la aplicación del *ius gentium*, aunque, sin prescindir de este antecedente, Francisco Javier Borrull cree que comienza a funcionar, tal como actualmente sucede, en 960 durante los reinados de Abd al-Rahman III y al-Hakam II, una tesis defendida en 1813 ante las Cortes de Cádiz que es también la de Vicente Giner Boira al tiempo de celebrarse, en 1960, el Milenario del Tribunal

de la Humanidad, conoce de los asuntos relativos al riego en las acequias de Benàger i Faitanar, Tormos, Mestalla, Rascanya, Quart, Mislata, Favara, y Na Rovella (la Acequia Real de Moncada, tiene jurisdicción aparte) cada una de las cuales tiene un síndico nombrado por el común de los regantes que reunidos componen el citado Tribunal de las Aguas que, como escribe Madoz, “se junta los jueves de cada semana”⁹⁴ en la plaza de la Constitución o de la Seo; por un privilegio, cuyo origen es desconocido, tiene su asiento en la puerta de la Catedral, donde comparecen los interesados a producir sus quejas sobre las aguas, *sin que medien letrados ni escribanos*, y el fallo de este tribunal se lleva, sin apelación, a puro y debido efecto. El síndico de cuya acequia se ha producido la queja, no tiene voto en aquel fallo”⁹⁵. La aplicación de estos fallos es obviamente territorial y, por tanto, no cabe la existencia de conflictos con otros ordenamientos covingentes, al no existir la personalidad o extraterritorialidad de las reglas que fundamentan la decisión. En todo caso, la Comunidad Valenciana se reserva la competencia exclusiva sobre su Derecho como señala el artículo 31.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, según el cual: “La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre... 3. Normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano o de las especialidades de la organización de la Generalidad”. Otro tanto prevé el Estatuto de Autonomía de Murcia, aprobado por la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, cuyo artículo 13.1 apartado h) determina que la Comunidad Autónoma tiene competencia para: “Especialidades de la legislación procesal que pudieran derivarse de las peculiaridades de Derecho consuetudinario y del que en el futuro pueda dictarse en la Región”, así como según el apartado l) en materia de “legislación laboral”.

de las Aguas, aduciéndose la continuidad por el Fuero XXXV, de 1239, del rey Jaime I el Conquistador. La Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 sostiene ese origen al decir que su “organización y atribuciones datan del tiempo de la dominación de los sarracenos...”.

94 Cada jueves del año, excepto los festivos y los que van de Navidad a Reyes, a las 12 de la mañana en la Puerta de los Apóstoles de la catedral de Valencia. La presidencia es por tiempo indeterminado y tradicionalmente corresponde al síndico de Favara o al de Tormos. El funcionamiento del Tribunal ha sido descrito de modo muy interesante por Vicente Blasco Ibáñez en su novela *La Barraca*.

95 Pascual Madoz: *Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de ultramar*, t. XV, Madrid, 1849, p. 364.

En otros existe un Derecho consuetudinario cuya naturaleza jurídica, como “Derecho”, si es verdad que ha sido puesta en duda por ciertos sectores doctrinales, que lo entendieron como meros usos o instituciones tradicionales, normas estatutarias posteriores han confirmado dicha naturaleza. Es el caso del Principado de Asturias.

Con independencia de la vigencia en Asturias, hace casi un milenio, del fuero de Benavente en Llanes, Luarca y Villaviciosa, por concesión de Alfonso IX, y el de Sahagún en Oviedo y Avilés, por concesión de Alfonso VII,⁹⁶ las peculiaridades jurídicas existentes en Asturias no pueden desorbitarse, como ha escrito Tuero Bertrand, hasta el punto de poder hablar de “un verdadero derecho foral asturiano, o menos aún servir de soporte a la existencia de una auténtica autonomía regionalista, concebida en sentido secesionista, que históricamente nunca tuvo un serio arraigo en el viejo Principado”⁹⁷. Esa ausencia de una verdadera “foralidad”, aunque reconociendo costumbres e instituciones propias, fue puesta de relieve por Canella Secades al comenzar el siglo XX⁹⁸, y en el mismo sentido se pronunciaron el profesor De la Concha, después de admitir la existencia de normas propias fundamentalmente consuetudinarias, al decir que no puede hablarse de un derecho asturiano propiamente dicho⁹⁹, y De las Alas Pumariño que sostiene la inexistencia de una foralidad y de un derecho especial peculiar en el Principado¹⁰⁰, aunque presente ciertas especialidades de organización familiar y sucesoria basadas en el propio Código civil y no en normas de derecho foral, en opinión de Alpañés, quien a mediados del pasado siglo escribió que: “El Colegio Notarial de Oviedo, autoriza en proporción más capitulaciones matrimoniales –documento que sirve de base a la organización familiar en las regiones forales- que los de Barcelona y Pamplona, los cuales encuadran regiones que son paradigma de la foralidad”¹⁰¹. Como señala Tuero Bertrand,¹⁰² que escribe antes de la Constitución de 1978, en Asturias nunca hubo autonomía legislativa, pues muy al

96 José Antonio Escudero: *op. cit.*, p. 440.

97 Francisco Tuero Bertrand: *Instituciones tradicionales en Asturias*, Gijón, 1976, p. 17.

98 Octavio Bellmunt-Fermín Canella: *Asturias*, t. III, Gijón, 1900, p. 60.

99 Ignacio de la Concha: Derecho, en *Gran Enciclopedia Asturiana*, tomo 5, Gijón, 1970, p. 294.

100 Nicanor de las Alas Pumariño: *Verdadero regionalismo asturiano*, Oviedo, 1918, pp. 134-138.

101 Enrique Alpañés: *La delegación de la facultad de mejorar*, en “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, año CI, núm. 3, marzo 1953, pp. 273-274.

102 Francisco Tuero Bertrand: *op. cit.*, pp. 31-32.

contrario, se aplicaron siempre las leyes generales del Reino. No obstante, la doctrina, recién alumbrado el siglo XX, ha venido relacionando las instituciones que, en opinión de Canella Secades “dieron en su tiempo especial manifestación a nuestro derecho civil”, así, como éste señala en el régimen de la familia aparecen la sociedad a “mesa y mantel” y el “casamiento en casa o fuera”, con esponsales y capitulaciones singulares; en el régimen de la propiedad, los *finfos* o palabras de amplio sentido, los hórreos y paneras y sus suelos, plantío de árboles, aguas y riegos, cierros y acotamientos, aprovechamientos comunales y la derrota; en el ámbito de la contratación, los arrendamientos y colonatos, la aparcería y los ganados, concretamente la *comuña* ¹⁰³ en sus modalidades de al *armún* y a la *ganancia*, los foros, la *mampostería*, la campaña y el quiñón de los marineros; y en el ámbito de las sucesiones las antiguas y privilegiadas mejoras de tercio y quinto. Añádanse el derecho de *antoxana*, la *sextaferia* ¹⁰⁴ prestación vecinal, bajo la dirección del veedor, para la limpieza y reparación de caminos u otras obras de utilidad pública, a que los vecinos tenían obligación de concurrir los viernes en ciertas épocas del año, que está en uso en algunas aldeas, o las fechas de apertura y cierre de carriles sobre predios sirvientes que soportan servidumbres de paso. También Joaquín Costa así como Pedregal y Cañedo en sus estudios sobre el Derecho consuetudinario se ocuparon de esta cuestión relacionando, entre otras, la institución de las *andechas*, la sociedad familiar asturiana, veceras, concejo abierto, *facería*, derecho de *poznera*, *mampostería*, presuras y escalios, acotamientos y derrotas. Por su parte la Junta Regionalista del Principado en la

103 Este contrato de aparcería pecuaria, una de las figuras más características del Derecho civil asturiano, y hoy pieza de museo, no es exclusiva del Principado, pues es conocida por la Compilación del Derecho civil especial de Galicia, en los artículos 72 a 78, en la versión de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, y actualmente en los artículos 127 a 146 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, dentro de los cuales se regula la aparcería pecuaria. E igualmente ocurre en la región murciana, vid. Antonio Pérez Crespo: *Usos y costumbres en la aparcería de la provincia de Murcia*, Murcia, 1989, y Cayetano Espejo Marín: *Crisis y desaparición de la aparcería pecuaria en la región de Murcia*, en “Murgetana” XCVI, Murcia, 1997, pp. 131-147, cit. por Manuel de Abol-Brasón y Álvarez-Tamargo: *Documentos del siglo XVI relativos a la “Comuña” (unas notas en torno a la aparcería pecuaria en Asturias)*, en “Pasión por Asturias” Estudios en homenaje a José Luis Pérez de Castro, Oviedo, 2013, pp. 95-169.

104 Por ser el viernes, desde el domingo anterior, el sexto día de la semana, coincidente con el nombre del viernes en portugués *sexta feira*, y, por corrupción, “*satisféria*”, en algunas aldeas.

Doctrina Asturianista, adoptada en 1918 se ocupa de, además de algunas de las instituciones ya citadas, del contrato denominado *empeño*, del disfrute de tierras “a monte y villa”, y De las Alas Pumariño en su *Liga Pro Asturias*, añade a las citadas la *planturia*. Este panorama ha sido completado en la segunda mitad del siglo pasado por diversos trabajos, entre los que destaca el del antiguo presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia y del Real Instituto de Estudios Asturianos, José Luis Pérez de Castro ¹⁰⁵.

Todo ello constituye auténtico “Derecho” y así lo viene a reconocer el Estatuto de Autonomía de Asturias, aprobado por la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, cuyo artículo 16 dice que: “El principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del derecho consuetudinario asturiano”, precepto, por cierto, en la línea que sugerí durante el plazo en el que el Proyecto de Estatuto de Autonomía estuvo abierto a información pública.

IX. “Nacionalidades” y “Regiones” en la Constitución de 1978: su trascendencia en los conflictos internos de leyes.

1) Bases fundamentales.

Como es sabido las Cortes Españolas nacidas de las elecciones generales del 15 de junio de 1977, aprobaron en sesión conjunta la vigente Constitución Española el 31 de octubre de 1978. Refrendada el 6 de diciembre de 1978 apareció su texto en el Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978, y conforme a su Disposición final entró en vigor ese mismo día. Se producía con ello un antes y un después; una fractura con la historia anterior tal como se podía colegir de la Disposición derogatoria. Quedaba derogada, en el número 1, la Ley de 4 de enero de 1977 para la Reforma Política, que fue el medio a través del cual se estructuró toda la transición política hacia la nueva legalidad, y la misma suerte corrieron las leyes

¹⁰⁵ José Luis Pérez de Castro: *Instituciones del derecho tradicional asturiano*, en “Revista de Etnografía. Junta Distrital do Porto”, octubre, 1968, p. 351 y ss.

denominadas “fundamentales” promulgadas por el régimen político anterior al acceso al trono de España de Su Majestad el Rey don Juan Carlos I de Borbón y Borbón. En el número 2 se derogaba la Ley de 25 de octubre de 1839 que puso fin a la segunda guerra carlista, Ley a la que, por cierto, la Constitución se refiere a ella como “Real Decreto”, e igualmente quedaba sin fuerza la Ley “Cánovas”, de 21 de julio de 1876, leyes ambas que resultaban restrictivas para el mantenimiento de los Derechos forales en Vizcaya, Álava y especialmente de Guipúzcoa. El preámbulo de la Constitución, que constituye una auténtica declaración de principios, proclama la voluntad de la Nación española de establecer un régimen justo, seguro y libre para lo cual entiende necesaria la convivencia democrática, el imperio de la ley, la protección del hombre y su pluralismo así como el desarrollo de la cultura, la economía y la paz mundial.

La Constitución en el artículo 1º se manifiesta a favor de un modelo de Estado muy concreto: un Estado social y democrático de Derecho, que la doctrina lo configura como un paso importante para superar incluso al Estado de Derecho y lograr una sociedad, auténticamente y no sólo de nombre, democrática. Del mismo modo fija como “valores superiores del ordenamiento jurídico” la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, que si en principio se incardinan en el abstracto dogmatismo que reviste cualquier declaración de política desde un punto de vista general, tiene su concreción en la Disposición derogatoria 3 según la cual se declaran derogadas todas las disposiciones que se opongan en lo establecido en la Constitución. El artículo 1º.1 en realidad se limita a ser una declaración de intenciones más que una relación de principios generales que sean la base sobre la que construir una nueva normatividad que, obviamente, tiene que proceder de la Ley de Leyes. Esto dicho, el artículo 2 es precisamente, a mi parecer, norma clave al determinar que: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”, es decir, que la base de la estructura estatal está constituida por tres principios fundamentales que son la indisoluble unidad del Estado, la autonomía de las

nacionalidades y regiones, y la solidaridad entre todas ellas. Ahora bien, tanto desde el punto de vista político como del jurídico se ha planteado el problema de armonizar los conceptos de unidad y autonomía, ya que este nuevo orden constitucional, que no pierde vista las innovaciones que se hicieron por los constituyentes de 1931, no queda configurado ni como Estado unitario ni como Estado federal. Y en cuanto al principio de solidaridad, como ha escrito el profesor Tomás Ramón Fernández, más bien es “un segregado y a la vez un complemento necesario del sistema que ambas (unidad y autonomía) contribuyen a definir”¹⁰⁶. En el artículo 2 por dos veces hay referencia a este concepto, una es cuando se alude a “indisoluble”, un vocablo que, en realidad, es una concesión a la retórica política de quienes mantienen posiciones de desconfianza frente a una estructura autonómica que no plantee dudas en cuanto al desenvolvimiento conforme a la personalidad de los variados y diferentes territorios que conforman el actual reino de España; la otra, cuando se alude a la “indivisibilidad” término conectado con el concepto de “patria común de todos los españoles”. En realidad ambos conceptos no son demasiado explícitos, pero su formulación sí es suficiente para generar el debate político-jurídico.

Se trata de un aspecto que puse de relieve¹⁰⁷ en el momento mismo en que se promulgó la Constitución, esto es, la peligrosidad que produce utilizar conceptos ambiguos en el texto constitucional, lo cual se revela de extraordinaria importancia. Y es que a mi parecer desde el prisma del Derecho Internacional Público el artículo 2 de la Constitución puede calificarse de confuso. En Derecho Internacional Público no hay término más ambiguo que el de “nación”, debido a la complejidad de las realidades que ese vocablo comprende; es cierto que la Comunidad internacional ha intentado organizarse sobre la base del respeto al principio de las “nacionalidades”, formulado en Italia, a mediados del siglo XIX, por quien fuera renombrado profesor

106 Tomás Ramón Fernández: *Autonomía y sistema de fuentes*, en VV. AA.: “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 827.

107 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *El Derecho Internacional Público en la Constitución Española de 1978*, en VV. AA.: “Lecturas...”, *op. cit.*, p. 176 y ss. Vid. también José Puente Egido: *Völkerrecht und Landsrecht in der Spanischen Verfassung von 1978*, en Universität des Saarlandes Europa-Institut, Nr. 35, Saarbrücken, 12. Juli 1984, pp. 3-21.

de Derecho internacional, primero en la Universidad de Turín, y después, también de Derecho penal, en la Universidad de Roma, Pasquale Stanislao Mancini. Un principio que ha evolucionado en el tiempo transformándose en el actual Derecho Internacional en el “derecho de los pueblos a disponer de sí mismos”, vocablo “pueblos” que la Constitución utiliza dos veces, así en el cuarto párrafo del Preámbulo se alude a: “Proteger a todos los españoles y *pueblos de España* ¹⁰⁸ en el ejercicio de sus derechos humanos, sus culturas y sus tradiciones, lenguas e instituciones”, refiriéndose en el séptimo párrafo a: “Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”. Ante esto es indispensable hacer referencia a la doctrina nacida de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y específicamente a su Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la cual en el desarrollo del principio quinto, dice que: “El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”, y en su párrafo séptimo que: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, *la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color*” ¹⁰⁹. A la luz de esta Resolución el principio de exclusividad de gobierno que la preside, queda un tanto debilitado al admitir la Constitución una pluralidad de gobiernos representante, cada uno de ellos, de la totalidad del “pueblo” perteneciente al territorio de cada Comunidad Autónoma, por lo que decir pluralidad de Comunidades Autónomas es decir pluralidad de Gobiernos, y según el moderno tratadista británico de Derecho internacional Michael Akehurst el requisito del Gobierno propio es apli-

108 Las cursivas son más.

109 Idem.

cado en forma estricta, sin embargo, cuando parte de la población de un Estado trata de separarse para formar un nuevo Estado, ninguna regla de Derecho Internacional prohíbe la secesión de un Estado existente, ni hay ninguna norma que prohíba al Gobierno central la represión del movimiento secesionista, si está capacitado físicamente para hacerlo, por tanto, cualquiera que fuese el resultado de la discordia, este sería aceptado como legítimo por el Derecho Internacional. A la vista de esto resulta clara la peligrosidad de la inconcreción jurídica de preceptos constitucionales básicos, y habría sido deseable que los constituyentes del nuevo régimen hubiesen, en este punto, elaborado un texto más preciso. Ahora bien, esto dicho, la facultad de secesión de una parte del territorio nacional no se apoya directamente en el Derecho Internacional, sino en el Derecho interno, es decir, en la Constitución; lo único que hace el Derecho Internacional es mantener una actitud pasiva, a la espera de resultados. Aquí el Derecho Internacional no se impone sobre el Derecho interno, no prohíbe que la Constitución impida una secesión o segregación. Por ello las corrientes independentistas, que actualmente se hacen oír en España, han de contar con la legalidad vigente, y ésta, como ya se ha visto, hoy por hoy, consagra la indisoluble unidad del Estado español tal como existía al tiempo de promulgarse la Constitución, que fue aprobada mayoritaria y democráticamente por el “pueblo español”, constituido por todos los “pueblos” de España, en un referéndum en el que el voto de los ciudadanos se expresó con total y absoluta libertad, como corresponde a un Estado democrático y de Derecho.¹¹⁰ Recientemente el profesor De Esteban Alonso, ante las pretensiones del Gobierno catalán de convocar un referéndum para conocer la voluntad de los catalanes ante una hipotética separación de España, aparte de mostrarse pesimista sobre la realidad del propio Estado, al escribir que: “El Estado de Derecho en España se va desmoronando lentamente”, hace referencia también a “la posible consulta o referéndum de autodeterminación que quieren convocar ilegalmente los nacionalistas catalanes”, en consecuencia incompatible con la legislación vigente, y por

110 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Derecho internacional*, en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 35, Oviedo, 2011, pp. 67-95.

ello propone posibles modificaciones legales si se quiere que esa consulta sea ajustada a Derecho ¹¹¹.

Y no solamente es la Ley de Leyes la única norma que proclama la indisoluble unidad de España.¹¹² Los Estatutos de las diversas Comunidades Autónomas, como no podría ser de otro modo, también lo hacen. El Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña proclama que: “El presente Estatuto es la expresión de la identidad colectiva en Cataluña y define sus instituciones y sus relaciones con el Estado, en un marco de libre solidaridad con las restantes nacionalidades y regiones. Esta solidaridad es *la garantía de la auténtica unidad de todos los pueblos de España*”.¹¹³ El Estatuto autonómico de Cantabria se define como la expresión jurídica de su identidad regional “*dentro de la indisoluble unidad de España*” ¹¹⁴. Por su parte en el Estatuto autonómico de Andalucía, se lee en su artículo 1º que: “Andalucía, como expresión de su identidad histórica, y en el ejercicio de su derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco *de la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*” ¹¹⁵. Con otra fórmula, pero de idéntico contenido, se expresa el Estatuto autonómico del País Vasco al decir en su artículo 1º que: “El Pueblo Vasco o Euskal-Herria, como expresión de su nacionalidad y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma *dentro del Estado español...*” ¹¹⁶. Quiere todo esto decir que la hipotética declaración de inde-

111 Jorge de Esteban: *Gobernar es prever*, en el diario “El Mundo”, del lunes, 2 de diciembre de 2013, p. 21. Vid. también, Jordi Solé Tura: *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, 1985, y E. Aja: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999.

112 El principio de unidad ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 4/1981 (RTC, 1981, 4, F. 3) según la cual: “... la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización –el Estado– para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una división vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución...”.

113 Las cursivas son mías.

114 *Idem*.

115 *Idem*.

116 *Idem*.

pendencia de una parte del territorio del Estado español, al margen de como está en estos momentos redactada la legislación constitucional y la autonómica, sólo podría tener lugar a consecuencia de un acto anticonstitucional, pero no conforme a la Ley de Leyes, mientras ésta no se modifique en ese sentido, y sobre cuya modificación, y posterior plebiscito, tienen derecho a pronunciarse todos los “pueblos” de España, es decir, todos los ciudadanos españoles con derecho de sufragio activo. Ello porque la soberanía es una y no una suma de partes correspondientes a cada ciudadano o a cada Comunidad Autónoma. En definitiva, las pretensiones independentistas chocan abiertamente contra el artículo 2 de la Constitución vigente. Desde luego, cualquiera que fuese la fórmula de una hipotética independencia, conforme o contraria a la Constitución, el nuevo Estado quedaría, desde el momento de la independencia, no sólo fuera de la Unión Europea y, obviamente, sin posibilidad de emitir la moneda de curso legal en ella, sino también fuera de la Organización de las Naciones Unidas y de todas las organizaciones internacionales de las que en ese momento España fuera parte, además de plantearse importantes consecuencias jurídicas en cuanto a la condición de los habitantes, al medio económico y al orden jurídico como la sucesión en determinados tratados internacionales vigentes para España en el momento de dicha hipotética independencia. Es decir, que quedaría en un extraño limbo frente a la Comunidad Internacional de Estados. Y, evidentemente, si ello se hiciera realidad los conflictos de leyes, hasta ese momento internos, pasarían a la categoría de internacionales, con lo que el sistema español de Derecho internacional privado sería aplicable sin el ajuste que para los conflictos internos prevé el capítulo V del Título Preliminar del Código civil, ya que la nacionalidad de la población del nuevo Estado no sería la española (salvo, naturalmente, que España y el nuevo Estado concertasen un tratado de doble nacionalidad que determine cuál es la nacionalidad “efectiva” de los ciudadanos del nuevo Estado). A falta de tratado esa población perdería no sólo la nacionalidad española sino también la vecindad civil que cada uno de sus componentes tuviere. Naturalmente, el derecho civil foral o especial de esa Comunidad Autónoma independizada, dejaría de ser Derecho español para convertirse en Derecho extranjero cuya aplicación por los órganos jurisdiccionales españoles quedaría sujeta a las

condiciones que para ella determina el artículo 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Sin duda que, de darse el caso, el Estado español, salvo tratado, debería fijar la pérdida de la nacionalidad española, al igual que hizo en el Real Decreto de 11 de mayo de 1901 relativo a la nacionalidad de los habitantes o naturales de los territorios coloniales cedidos en 1898 a los Estados Unidos de América, e incluso regular las transcripciones en España de los actos del estado civil ocurridos en el territorio del nuevo Estado, como también hiciera en el Real Decreto de 6 de octubre de 1901, en relación a los ocurridos en las antiguas provincias de Ultramar.

Que el término “nacionalidades” del artículo 2 de la Constitución no ha sido muy afortunado, y que suscita dudas lo prueba el hecho de que dos años después de promulgada la Constitución la Dirección General de los Registros y del Notariado, de modo un tanto irreflexivo, en su Resolución de 6 de noviembre de 1980, estableció la doctrina de que, al admitirse en el citado artículo 2 la existencia de “nacionalidades” en España, los españoles ya podían inscribir su “nacionalidad” interna en el Registro Civil, tesis que diez días después hubo de corregir a través de la Resolución del día 26 siguiente, en la que ya matiza que no se trata de una verdadera “nacionalidad”, en el sentido de la nacionalidad de un Estado, sino de la “condición política” de cada español, lo cual es muy distinto, quedando entonces la cuestión reducida a la pertenencia del ciudadano a una Comunidad Autónoma en virtud de su vecindad administrativa. Esta vacilación que tuvo el Centro Directivo revela, a mi juicio, la inoportunidad de la inclusión, en dicho artículo 2 de la Ley de Leyes, del término “nacionalidades”.

El artículo 137 de la Constitución con el que se inicia el capítulo primero del Título VIII, que fija los principios generales de la organización territorial del Estado, dice que: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias, y en las Comunidades Autónomas que se constituyan...”. Queda, pues, claramente establecido el principio de la unidad del Estado. Las fuerzas políticas de los años finales del régimen político nacido de la guerra civil, y las que comenzaron a actuar en los primeros años de la transición discutieron largamente sobre las ventajas e inconvenientes de que España fuese un Estado unitario, regional o federal, fórmula esta última

que presenta la máxima descentralización, pero ésta no logró prosperar a causa fundamentalmente del fracaso que supuso el intento de la I República, en 1873, de articular un Estado federal. Al final el reconocimiento por la Constitución de la autonomía de las nacionalidades y regiones, ha supuesto que España sea un Estado de las Autonomías, un *tertium genus* entre el Estado unitario y el federal, sin embargo, la descentralización queda limitada por la soberanía indivisible, y por ende, de la imposibilidad de escisiones territoriales fuera del plano puramente intranacional.

2) Significado de la autonomía basada en las “Nacionalidades” y “Regiones”.

Como ya se ha afirmado la Constitución de 1978 diseña como forma del Estado español la autonómica. Si ahora se acude al Derecho comparado y se observa lo que sucede en otros Estados de nuestro entorno pueden advertirse notorias diferencias, así en la Constitución italiana las regiones poseen poderes propios y funciones que están limitadas por principios constitucionales, y predelimitadas en el texto base. Pero las provincias y municipios carecen de poderes propios, y su autonomía viene impuesta por la propia Constitución, así como por las leyes generales de la República. Si ahora nos fijamos en la Constitución portuguesa de 1976, advirtiendo que se intentó también configurar un Estado autonómico, ésta diseña el mapa de un Estado absolutamente unitario pero dejando abierta la posibilidad de que puedan crearse formas de organización territorial autárquica diferentes de las que ya admite la Constitución, que son la autonomía de las entidades locales, así como la descentralización de la Administración traducida en la existencia de distintas categorías de entidades territoriales como son la parroquia, el municipio, las regiones administrativas y la categoría de región autónoma que, a diferencia de lo que sucede en Italia, no tiene “naturaleza” constitucional sino exclusivamente “alcance” constitucional, categoría, por cierto, que queda limitada al territorio insular portugués, es decir, a la isla de Madeira y al archipiélago de las Azores.

En el caso de España la situación es real y verdaderamente autonómica, pues al lado de un poder constituyente único, aparecen diversos núcleos de poder legislativo.

España es un Estado autonómico porque en el mismo existen entidades territoriales autónomas y no simplemente autárquicas; no obstante, no alcanza el grado de federal puesto que las diferentes Comunidades Autónomas carecen de autonomía constituyente, pues los Estatutos de Autonomía requieren inexorablemente que sean aprobados por las Cortes Generales, es decir, por el poder central. Pero la acusada tendencia federalizante parece agudizarse si se observa la preeminencia de los máximos órganos jurisdiccionales autonómicos frente a los estatales, así el artículo 149.1. 6ª, tras declarar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, añade que esto es “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, de ahí que determinados Estatutos autonómicos se hagan eco de la potestad de reglamentar en el plano procesal el recurso de casación, lo que proclama la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 478.1 donde, después de señalar que el conocimiento del recurso de casación en materia civil corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, añade: “No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”, añadiéndose en el párrafo 2 que: “Cuando la misma parte prepare recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se entenderá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia”. Con esta perspectiva no extraña que las Comunidades Autónomas pretendan ampliar el radio de acción procesal, pudiendo servir de ejemplo la aragonesa cuyo preámbulo de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa, se afirma que: “...en la actualidad sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa, lo que hace aconsejable que el legislador aragonés fije, en ejercicio de sus competencias, los requisitos procesales de acceso a la casación para hacer posi-

ble la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés...”.

La urdimbre entre autonomía y unidad del Estado tiene su base en el principio de solidaridad que, de modo general, queda consagrado en el artículo 2 de la Constitución como principio general que se desarrolla lo largo del capítulo primero del Título octavo. En este sentido el artículo 138.1 es el garante de que el principio se realice, una garantía que corresponde prestar al Estado quien en este punto posee poderes excepcionales que establece el artículo 155.1, en virtud de los cuales puede exigir y obligar al forzoso cumplimiento de sus obligaciones a las Comunidades Autónomas que dejasen de cumplir las que les imponen la Constitución, o bien otras leyes. El poder del Estado es aquí tal que, por ciertos sectores doctrinales, se ha llegado a afirmar, desde los trabajos de elaboración del texto constitucional, que el Gobierno puede suspender, e incluso suprimir, un régimen autonómico. El artículo 138.2, como principio, imposibilita el que los Estatutos autonómicos sirvan de vía para establecer privilegios económicos, o sociales, en cualquier Comunidad Autónoma, aun cuando este aspecto, por su imprecisión, es uno de los que han quedado sujetos a la interpretación del Tribunal Constitucional en cada caso. Por el contrario, en el artículo 139.1 la cuestión regulada aparece más concreta al decirse que: “Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español”, lo que, evidentemente, hace que quede incardinada en el ámbito público, desde el momento en que se consolida el ordenamiento jurídico privado, conforme al artículo 149.1.8 del texto constitucional.

El concepto de “autonomía” puede contemplarse desde tres perspectivas, la política, la administrativa y la legislativa; un planteamiento que siguió el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 28 de julio de 1982, en la que dice expresamente que: “La Constitución prefigura... una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía, las Comunidades Autónomas caracterizadas por una autonomía política y las provincias y municipios dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito”. La autonomía política es la primera de las competencias que reciben las Comunidades

Autónomas, y la enumeración que hace la Constitución de las competencias exclusivas de aquéllas es para todas el mismo; así la organización de sus instituciones de autogobierno que, por otra parte, no es libérrima por cuanto responde al modelo de la organización del Estado central, esto es, con independencia de la terminología que se utilice, un gobierno con su presidente, que tendrá responsabilidad política cuando proceda, y un parlamento, además de gozar, entre otros derechos, de la inviolabilidad parlamentaria, o la inmunidad en su ámbito territorial. Conforme al artículo 155 de la Constitución como quiera que el Gobierno central puede obligar a las Comunidades Autónomas al cumplimiento de las obligaciones que le impongan la Constitución “u otras leyes”, que serán, sin duda, las emanadas del Parlamento central, es decir, de las Cortes Generales, cabría pensar que las Comunidades Autónomas pudieran tener que soportar obligaciones exorbitantes por leyes nacidas de una mayoría parlamentaria absoluta. Considerando esta posibilidad algún sector doctrinal ha advertido que por su inespecificidad legal y la gravedad de las posibles medidas de ejecución, se debe suscitar la consideración de adoptar una concreción de los ilícitos de las conductas regionales y de las sanciones y medidas de ejecución que pudieran imponerse, lo que redundaría en pro de la seguridad jurídica constitucional. Quizá la ley ordinaria subsane este vacío. Favorece esta solución el hecho de que estas hipotéticas obligaciones que una región puede incumplir son, no solamente fijadas en el texto constitucional, sino también aquéllas otras que se detallan en una “ley”, lo que a su vez reconduce al problema de la ley territorial y sus colisiones con la estatal, pudiendo imponer el Estado nuevas obligaciones a la región por la vía del Real Decreto-ley, con lo que, de modo no previsto por el legislador constitucional se abre una puerta a la incesante creación de nuevas obligaciones y cargas. Es necesario, pues, precisión en los tipos ilícitos, de las sanciones y de las clases de leyes, para que el pasivo de las autonomías no se vea incrementado de forma paulatina ¹¹⁷.

Por lo que atañe a la autonomía administrativa parece claro que ha de estar presidida por el principio de solidaridad que figura en el artículo 2 de la Constitución.

¹¹⁷ Vid. Adolfo Serrano de Triana: *La Constitución y la Administración autonómica*, en VV. AA.: “Lecturas...”, *op. cit.*, t. II, p. 241 y ss.

Ello supone que la infraestructura administrativa de cada Comunidad Autónoma ha de ser soportada por el presupuesto de cada una de ellas, pues si hubiere cualquier tipo de carga sobre los presupuestos del Estado central quedarían primadas las Comunidades que hubieren asumido un mayor número de competencias, tanto en cantidad como en calidad, y dicho principio constitucional se vería fracturado. Es evidente que esta situación ha tenido su punto álgido en el período en que comenzaron las Comunidades Autónomas a asumir las competencias que les otorga la Constitución. Por lo demás, la atribución de la autonomía legislativa a las Comunidades Autónomas es elemento crucial en la configuración de la nueva estructura del Estado español, al punto de que si esta no existiese el sistema previsto en la Constitución del Estado de las Autonomías carecería de toda operatividad, pudiendo afirmarse que la autorización a las Comunidades Autónomas para legislar en materia civil, es decir, en cuanto a conservar, modificar y desarrollar sus respectivos derechos civiles, forales o especiales, en las Comunidades autonómicas donde se mantengan, supone un hito histórico en el avance y modernización de esos ordenamientos jurídicos particulares y un nuevo método para su desarrollo.

X. Configuración de los ámbitos de los Derechos civiles especiales o forales.

A la fecha de la entrada en vigor la Constitución de 1978, hacía ya cuatro años que había sucedido lo propio con el nuevo Título Preliminar del Código civil, en virtud del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo ¹¹⁸, que dedica el capítulo V, compuesto por los artículos 13 a 16, ambos inclusive, al “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”. Unos regímenes jurídicos que constituían el llamado derecho foral o especial que, conforme a la jurisprudencia inconcusa del Tribunal Supremo, como éste afirma en su Sentencia de 8 de junio de 1904, es el régimen “establecido en las provincias y territorios españoles que no haya sido derogado o modificado por Leyes o disposiciones de carácter general obligatorio”. El artículo 12, que hasta ese momento se refería al Derecho interregional pasa,

118 Boletín Oficial del Estado, del 2 de julio de 1974.

en la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil, a regular los llamados “problemas generales” del Derecho internacional privado, esto es, calificación, reenvío, orden público, fraude de ley, remisión a un orden jurídico extranjero plurilegislativo y aplicación de la ley extranjera. En los citados preceptos se determina el ámbito de aplicación territorial del citado Título Preliminar; la doble función de las reglas conflictuales contenidas en el capítulo cuarto, que son aplicables a los supuestos tanto de tráfico jurídico privado externo como interno, con los ajustes, para este caso, que señala el artículo 16; el respeto a los Derecho forales o especiales y al Derecho supletorio propio de cada uno de ellos; la determinación de la vecindad civil, así como la que han de ostentar los extranjeros que adquieran la nacionalidad española, o la recuperen; determinado aspecto que afecta a ciertos aragoneses; y la ley aplicable al régimen económico del matrimonio que se celebre entre dos españoles, pero antes del tratamiento de estas cuestiones en concreto se hace preciso analizar la panorámica general de la coexistencia de los ordenamientos jurídicos civiles desde el prisma constitucional, es decir, partiendo de lo general hacia lo particular.

a) La pluralidad de ordenamientos civiles en la evolución histórica reciente.

Es preciso, pues, analizar ahora la coexistencia de ordenamientos jurídicos civiles desde la promulgación de la Constitución, la cual trata la cuestión en el tan citado artículo 149.1.8 y cuya adopción generó, en el correspondiente trámite parlamentario, debates y modificaciones, hasta lograr adoptar el texto vigente que, ciertamente, no está libre de críticas en cuanto a los problemas que puede plantear. Originariamente el texto figuró con la redacción dada por una Comisión especial que estaba compuesta por la totalidad de los Secretarios Generales Técnicos de todos los Ministerios, bajo la coordinación del Ministerio para las Regiones. El texto se basaba en un sistema de triple lista y, por lo que atañe a la que recogía las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, en su número 1 decía que: “La legislación foral civil en los casos en que tradicionalmente les esté reconocida”. La triple lista no se incorporó al Anteproyecto de Constitución, que apareció publicado en el

Boletín Oficial de las Cortes, número 44, de 5 de enero de 1978. En él figuraba únicamente una lista que determinaba las competencias exclusivas del Estado, y en el apartado 6 del artículo 138, se decía: “Determinación de las fuentes del Derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas y régimen supletorio de Derecho privado” ; por su parte el apartado 7 establecía que correspondían exclusivamente al Estado “las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. Este texto fue objeto de varias enmiendas que, salvo una de ellas, estaban encaminadas no solamente a mejorar su redacción sino a aumentar el número de competencias de las Comunidades Autónomas, en particular en lo relativo a la doctrina estatutaria de los conflictos de leyes, cuya fórmula había sido una reproducción literal de lo contenido en la Constitución de la II República Española, cuyo texto resultaba ya anticuado en el último cuarto del siglo XX. La doctrina ha señalado que el texto de la norma encierra una indiscutible amplitud, en cuanto a competencias de las Comunidades Autónomas, sobre las materias de Derecho civil y Derecho mercantil, al quedar incorporadas todas las cuestiones que no quedaban expresamente señaladas, por lo que en el Congreso de Jurisconsultos, que tuvo lugar entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 1981, en Zaragoza se dijo en la ponencia sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución que “todas las futuras Comunidades Autónomas podrían legislar en materia de Derecho civil tanto si en ellas estaba vigente, o lo había estado, un Derecho civil foral o especial propio, como en el caso contrario”. En el Congreso de Diputados la Ponencia cambió de actitud, sin que puedan señalarse las razones que tuvo para ello puesto que en el Diario de Sesiones únicamente aparecen las enmiendas aceptadas o rechazadas sin más explicación, quedando el punto 8 del artículo 149.1. tal como se presentó a la Comisión de Asuntos Constitucionales, así: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales. En todo caso, las reglas relativas a la determinación de las fuentes del derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y nor-

mas para resolver los conflictos de leyes”. Con ello queda restringido el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas en las que existía un derecho foral, sin especificarse si estaba o no vigente, pero lo destacable es que la competencia queda limitada a conservar, modificar y desarrollar los aludidos derechos civiles forales o especiales. En la citada Comisión de Asuntos Constitucionales el texto de la norma se encontró con razonamientos lógicos de cara a su modificación, y también con oposición, en particular de los parlamentarios catalanes. Así, el señor Barrera, diputado de Izquierda Republicana de Cataluña, se opuso a que el Derecho civil catalán fuese calificado de “foral”: “Vemos –decía- que se atribuye al Estado la legislación civil añadiendo sólo *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales*. Pequeña reserva que, además, suena mal a los oídos catalanes, porque a nuestro derecho nunca lo hemos llamado foral, porque nunca hemos considerado que fuera un privilegio”¹¹⁹. En una posición más comedida se situaba el diputado por el Partido Socialista Unificado de Cataluña (PSUC), señor Solé Tura, que presentó una enmienda *in voce* del Grupo Parlamentario Comunista sosteniendo que el precepto no podía referirse solamente a los derechos forales y necesitaba el añadido de la expresión “derechos civiles especiales”, ya que “si se citan sólo –decía él- los forales, como dice ahora el texto, se utiliza de hecho un criterio restrictivo, puesto que si aceptamos que las Comunidades Autónomas van a tener, en su nivel de desarrollo superior una legislación propia, hay que decir esto, para que no parezca que esta legislación sólo puede reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales”¹²⁰. Después, en el momento de la votación, fue el grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático (UCD) el que presentó, también *in voce*, una enmienda que se fundió con la del Grupo Comunista, y puesta a votación fue aprobada por unanimidad, en consecuencia el texto quedó así: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, por las Comunidades Autónomas”. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obli-

119 *Diario de Sesiones del Congreso*, de 8 de mayo de 1978, p. 2082. Las cursivas son mías.

120 *Diario de Sesiones del Congreso*, de 15 de junio de 1978, p. 3318.

gaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho con respeto en éste último caso a las normas de derecho foral”; un precepto que al elaborarse el orden del articulado se incluyó en el artículo 143.1.8. En el Pleno del Congreso fue mantenido el voto particular formulado por el grupo parlamentario de Alianza Popular (AP), que en la Comisión había sido defendido, aunque sin éxito, por el diputado señor Fraga Iribarne que sostuvo que el principio de integridad territorial, y el de soberanía del Estado nacional e independiente, tiene que ser jurídicamente más fuerte que cualquiera de los que se refieran a la autonomía de los pueblos que lo puedan configurar, sin embargo, al ser retirado el voto particular en el Pleno del Congreso, el texto del precepto no fue objeto de discusiones y se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes número 135, de 24 de julio de 1978. Por vez primera había dos listas sobre las competencias una en el artículo 143.1 y otra en el artículo 141, esto es: la del primer artículo correspondiente a las competencias exclusivas del Estado, y la del segundo precepto citado a aquéllas que las Comunidades Autónomas podrían asumir. En el Senado la Comisión constitucional, después de un prolongado debate sobre las enmiendas que se presentaron al texto del Congreso, presentó un texto alternativo, como artículo 148.1.8 que decía así: “Legislación civil común y la que regule los registros o instrumentos públicos. La legislación para conservar, modificar o desarrollar los sistemas civiles, forales o especiales corresponderá a las Comunidades Autónomas donde estén vigentes. Serán en todo caso competencias del Estado las reglas sobre aplicación y eficacia de las normas, las de resolución de conflictos de leyes y las relativas a las formas de matrimonio”.¹²¹ Esta redacción, si se analiza detenidamente, supone un cambio sustancial, pues otorga competencia a las Comunidades Autónomas sobre los derechos forales en las que estén *vigentes*, en vez de decir *allí donde existan*, que era la expresión propuesta por el Congreso, ya que la expresión *estar vigente* resulta más restrictivo que el de *existir*; por otra parte, desaparece la referencia a los *registros e hipotecas*, incluyéndose éstas en los primeros, para reemplazarla por la expresión *ordenación de los registros e instrumentos públicos*, con lo que se amplían las competencias exclusivas

121 Boletín Oficial de las Cortes, número 157, de 6 de octubre de 1978.

del Estado a las funciones del notariado. La redacción se adoptó por una enmienda *in voce* formulada por el senador señor Ballarín Marcial, que resultó aprobada por unanimidad y presentada al Pleno en el que se aprobó ¹²². La discrepancia se resolvió a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado, que dictaminó el texto que después se incorporó, como definitivo, a la Constitución con la misma numeración actual ¹²³. Así, las normas de la Constitución recogen la realidad del ordenamiento jurídico español que no es otra que la de una pluralidad de ordenamientos cívicos en el territorio del Estado. Desde que Felipe V ocupa el trono de España y a lo largo de todo el siglo XIX se consideró necesario unificar el Derecho civil ensanchando la aplicación del Derecho civil llamado de Castilla, que pasa a finales del citado siglo al Código civil. Una expansión que recuerda la que en el siglo XVI pretendía la escuela estatutaria de París, capitaneada por Charles Dumoulin, en Francia, cuyo personalismo defendía la aplicación del derecho vigente en París sobre todo el territorio francés. Sin embargo, esta idea unificadora en España ha chocado siempre con los defensores del mantenimiento de instituciones civiles peculiares en los distintos territorios de España, unas corrientes que no dejaron de presionar fuertemente en esa línea, y que lograron ver que esas peculiaridades fuesen respetadas por el Estado al establecer el artículo 5 de la citada Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, cuando el Gobierno queda autorizado para publicar en Código civil, que “las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán, por ahora, en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código”. Pero a pesar de esto, como quiera que el derecho foral seguía siendo visto como una excepcionalidad al régimen común, y que ciertos artículos del Código civil habían planteado dudas de interpretación en los territorios con Derecho civil propio, en la Exposición de Motivos de las Enmiendas y Adiciones al Código, publicadas en la Gaceta de Madrid por la Real Orden de 28 de julio de 1889, se incluyeron las oportunas explicaciones.

122 *Diario de Sesiones del Senado*, número 54, de 13 de septiembre de 1978, p. 1604.

123 *Boletín Oficial de las Cortes*, número 170, de 28 de octubre de 1978.

Una nueva perspectiva de la pluralidad de los sistemas jurídico-civiles cogenentes en el territorio nacional se presenta desde que se decidió reformar el Título Preliminar del Código civil. En la Exposición de Motivos del Decreto 1836, de 31 de mayo de dicho año se dice que: “La fortaleza de la integración histórica y política de España lejos de resentirse, alcanza una completa realización con el reconocimiento de los derechos forales, que no son formas privilegiadas ni meros residuos personalistas de normas anacrónicas, sino verdaderos y actuales reflejos jurídicos de realidades perceptibles en nuestro propio modo de ser y existir colectivos”. Y si es cierto que el texto del nuevo artículo 13 del Código civil afirma el pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, incluso en el régimen de supletoriedad que cada uno establezca aun cuando el Código civil lo sea en defecto de lo que en este sentido establezcan, en cambio este régimen no tiene en cuenta en su totalidad las aspiraciones de las Comunidades Autónomas que están regidas por un Derecho civil foral o especial, pues si bien el Código civil resulta modificado en función de las necesidades sociales que se van presentando, en cambio no sucede lo mismo con los mencionados derechos lo que, como alguna autorizada voz manifestó, hace que corran el riesgo de fosilizarse, sin contar, además, con que su ámbito material de aplicación se va reduciendo ante la aparición de una legislación socio-económica moderna, que abarca materias propias de Derecho civil, que se promulga con carácter general y efectos para todo el territorio nacional.

En este campo del ordenamiento jurídico es indudable que la Constitución de 1978 ha supuesto una incidencia muy acusada. Con la Constitución los derechos forales y especiales, de ser un conjunto de reglas petrificadas que regulan instituciones jurídicas en mayor o menor número, según del territorio de que se trate, y que arrastran los problemas que plantea su evolución, pasan a ser una ordenación de la materia jurídico-civil existente y enmarcada en un territorio, de ámbito material más o menos limitado, pero un conjunto normativo con el dinamismo que supone el que pueda ser conservado, modificado y desarrollado por los órganos legislativos de los territorios en que esos conjuntos están vigentes. Dichos órganos, cuya composición se regula conforme al respectivo Estatuto de Autonomía, gozan de la competencia

proclamada en el artículo 149.1.8 de la Constitución; pueden desplegar su actividad legislativa dentro del período temporal que se fija, según cual fuera la vía constitucional elegida para acceder a la autonomía, por tanto en unos casos de modo inmediato, mientras que en otros el plazo se concretó en cinco años. En este sentido se pueden recordar algunos ejemplos, así el Estatuto de Autonomía del País Vasco determina en su artículo 10 que: “La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias... 5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”, al igual que hacen el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña aludiendo a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán, y el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia. En cuanto a la Comunidad Autónoma de Aragón, y a la de Baleares, esa competencia no pudo ser asumida por éstas ya que está comprendida en el artículo 149 de la Constitución, y ambas Comunidades citadas eligieron para acceder a la autonomía la vía del artículo 143 del texto constitucional, por lo que hubieron de esperar cinco años para incorporar en sus respectivos Estatutos dicha competencia, conforme a lo prevenido en el artículo 149.2 de la Ley de Leyes. Al establecerse esta competencia en el artículo 149 de la Constitución, se crea una diferencia de tratamiento entre las diversas Comunidades Autónomas, así las que tramitaron sus Estatutos conforme al artículo 151.1, o a la Disposición Transitoria segunda (por ejemplo, Galicia, Cataluña y el País Vasco), y aquéllas otras que acudieron a la vía del artículo 143.2 (Aragón, Baleares, Extremadura y Navarra, si bien esta con un régimen especial), puesto que las últimas citadas sólo adquieren competencias sobre materias de Derecho civil foral o especial una vez pasado el referido quinquenio; una diferencia de trato de la que se ha dicho que “carece por lo menos en el ámbito del derecho civil de toda justificación”¹²⁴, por ello deberían haber sido incorporados en el artículo 148.1 de la Constitución, los aspectos que potencialmente se niegan a la competencia exclusiva del Estado, esto es,

124 Pedro de Elizalde: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, en VV.AA.: “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 753.

la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales y determinación de las fuentes del Derecho por los referidos preceptos.

b) Poder legislativo autonómico y Derecho civil especial o foral.

Resulta evidente que si las Comunidades Autónomas pueden modificar y desarrollar el Derecho civil foral o especial, esa potestad deriva del poder legislativo. Esta cuestión ha sido objeto de atención por los constitucionalistas que se han ocupado de estudiar y comentar el texto de la Constitución, y en esa doctrina se perciben posiciones encontradas en las que existen matizaciones más o menos profundas. En general, la mayoría de esa doctrina entiende que en el texto de la Constitución en ningún lado figura expresamente la concesión de tal potestad a las Comunidades Autónomas, contenida en un precepto concreto por lo que necesariamente obliga a recurrir a interpretaciones diversas para averiguar qué es lo que estuvo en la *mens legislatoris*. Son varios los artículos que deben tenerse en consideración para intentar aclarar lo que el legislador quiso realmente, y que aparece un tanto en nebulosa. Así, el artículo 148 que se ocupa de enumerar las competencias que pueden ser asumidas por las diversas Comunidades Autónomas; el artículo 149.1 que enumera las competencias exclusivas del Estado las cuales pueden también ser asumidas por las Comunidades Autónomas en las que se den determinados requisitos, por lo menos de manera compartida con el Estado; el artículo 150.1 que se refiere a la potestad de las Comunidades Autónomas para dictar normas legislativas en el contexto de unas leyes estatales, las llamadas leyes-marco; el artículo 150.3 que reconoce al Estado la facultad de poder armonizar las “disposiciones normativas” de las Comunidades Autónomas; el artículo 152.1 que prevé la creación de Asambleas Legislativas y, por último, el artículo 152. a) que determina el control por el Tribunal Constitucional de aquéllas disposiciones “con fuerza de ley”, que emanan de los órganos de las Comunidades Autónomas.

Son fundamentalmente seis las razones de los defensores de la tesis de que las Comunidades Autónomas tienen un poder legislativo distinto del que corresponde al

Estado, y únicamente subordinado a éste en los supuestos que expresamente contempla la norma constitucional. Según esta corriente doctrinal los Estatutos autonómicos no reconocen obstáculos impositivos a la titularidad de potestad legislativa, aspecto éste que no ha planteado polémica en ningún caso; el artículo 150.3 autoriza al Estado a dictar leyes de armonización de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el supuesto de materias que están atribuidas a la competencia de éstas, autorización que carecería de sentido si las normas susceptibles de armonización tuviesen un carácter reglamentario; el artículo 66.2 determina que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa “del Estado”, lo que significa sin duda que no son monopolizadoras de esta potestad; la igualdad de valor de las leyes estatales y las de las Comunidades Autónomas deriva de la circunstancia de que las dos únicamente pueden recurrirse ante el Tribunal Constitucional; la regla del artículo 149.3, de primacía del Derecho de las Comunidades Autónomas respecto del Derecho estatal, en el marco de las competencias asumidas con exclusividad por dichas Comunidades, supone la atribución a éstas de facultades legislativas; en fin, la atribución de potestades a los órganos de gobierno descentralizados, particularmente en lo que se refiere a los poderes legislativos, resulta ser un requisito *sine qua non* a efectos de la configuración de nuevos centros de poder dotados de autonomía política. Dichos argumentos son opinión doctrinal mayoritaria en esta cuestión, pero resultan contestados por los de otro sector que no ven en ningún precepto de la Constitución esa atribución legislativa, reconociendo únicamente ésta a las Cortes Generales. En este sentido se pronuncia González Navarro, después de delimitar los conceptos de “potestad legislativa” y “potestad normativa”, que entiende que el texto constitucional atribuye la primera exclusivamente a las Cortes Generales, y que esta misma norma presenta a las Comunidades Autónomas como Administraciones públicas situándose en una posición intermedia entre el Estado y las Corporaciones Locales ¹²⁵. En su estudio el citado autor pretende demostrar que toda la normativa proveniente de los órganos autonómicos puede impugnarse ante la jurisdicción contencioso-admini-

125 Vid. su artículo: *Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria autonómica de las nacionalidades y regiones*, en VV. AA. “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 1027 y ss.

nistrativa, y concluye señalando que: “Las Comunidades Autónomas no hacen leyes sino reglamentos. Ahora bien, el artículo 149.3, inciso 2º, permite afirmar el reconocimiento constitucional del principio “materia asumida con exclusividad, materia reservada”. La actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este ámbito reservado constituye actividad reglamentaria autónoma, esto es, con eficacia derogatoria de la ley, pero susceptible de impugnación judicial”. Evidentemente esto se opone de modo radical al texto del artículo 153. a) de la Constitución por lo que el citado autor pretende salvar el escollo diciendo que existen diversas disposiciones con fuerza de ley que son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, cual es el caso del artículo 150.1 y, en consecuencia, si ciertas disposiciones con fuerza de ley emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas pueden ser impugnadas ante los tribunales ordinarios, y no sólo ante el Tribunal Constitucional, todas pueden serlo de igual forma. No obstante, esto no es realmente así puesto que el artículo 153. a) lo que determina es que las disposiciones normativas con fuerza de ley que emanan de los citados órganos comunitarios se controlan por el Tribunal Constitucional, precisamente para diferenciarlas de las normas que son meramente reglamentarias y actos administrativos, que son las controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Las disposiciones, pues, con fuerza de ley emanadas de las Comunidades Autónomas pueden proceder de una diversidad de fuentes, tantas como formas de asunción de competencias tenga cada una de dichas Comunidades. El artículo 150.1 de la Constitución ha previsto el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, que está justificado por el modo de producirse la asunción de competencia, es decir, por la ley-marco, por lo tanto puede afirmarse que el mecanismo de control articulado sobre la base de esta peculiaridad no es aplicable a las normas que emanan de la asunción de competencias por otra vía. Dicho precepto constitucional aparece, pues, como una norma especial frente al artículo 153. a), que ha de considerarse una norma general a la que se sustrae la especial, y únicamente ella, según la teoría general de la norma jurídica.

Una posición intermedia mantiene que las Comunidades Autónomas no están exentas de potestad legislativa pese a que ninguna norma constitucional se la conce-

da expresamente, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, o en la Constitución republicana de 1931, ya que se deduce de una interpretación sistemática del título VIII, capítulo tercero de la Constitución vigente. Sin embargo, esa corriente intermedia no admite el carácter de leyes en sentido técnico, referidas éstas a la actividad de las Cortes Generales, puesto que el texto constitucional únicamente concede esta denominación a estas últimas, y además son las únicas sujetas a sanción real, un requisito de forma que viene impuesto por el artículo 91 del texto constitucional. Por lo expuesto el problema entre el derecho del Estado y el derecho de las Comunidades Autónomas no se puede plantear, en consecuencia, en términos de jerarquía sino de competencia, una idea, por lo demás, ampliamente aceptada por la doctrina, siendo interesante destacar que algún autor pone de relieve que la Constitución proclama la pluralidad de ordenamientos jurídicos en España al existir variedad de entes con poder autorregulador, una cualidad que únicamente reside en el Estado y en las Comunidades Autónomas, y los diferencia de las Corporaciones Locales, puesto que en éstas su régimen legal es fundamentalmente heterogéneo ¹²⁶. A la vista de las distintas posiciones doctrinales en torno a esa potestad legislativa autonómica, sobre el respectivo Derecho civil foral o especial en aquéllas Comunidades Autónomas que lo vienen conservando, cabe concluir que, pese a la imprecisión y ambigüedad de los artículos del título y capítulo citados de la Constitución, dichas Comunidades Autónomas poseen esa potestad, lo cual les permite, dentro del marco de competencias asumidas en sus respectivos Estatutos, articular su sistema jurídico propio al que han de sujetarse, de conformidad con los diversos preceptos estatutarios, todos los españoles que ostenten vecindad administrativa en el respectivo territorio, y dentro de ese sistema jurídico queda incardinado, en las Comunidades Autónomas que puedan asumirlo, el Derecho civil foral o especial, sobre el cual poseen competencia para la conservación, modificación y desarrollo del mismo.

126 Así, Serna Masía: *La potestad legislativa en la Constitución Española*, en VV. AA.: "La Constitución...", *op. cit.*, p. 1938 y ss.

c) **Ámbito territorial de las legislaciones civiles especiales o forales.**

Hace mucho tiempo que las normas jurídicas contenidas en las Compilaciones de Derecho civil foral o especial, nacidas en el pasado siglo, han dejado de considerarse como unos regímenes civiles excepcionales o privilegiados abocados a extinguirse. En la actualidad nadie les atribuye características de excepcionalidad, y la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo las ha considerado como un verdadero “derecho común de las regiones forales”, así en su Sentencia de 29 de junio de 1968 (caso *International Radio Televisión, S. A., “Iratosa” c. “Sociedad Anónima Tarragona” y los consortes Carbonell-Cucurny*) en el que se ventilaba si la esposa de vecindad civil catalana (“regionalidad catalana”, dice la sentencia) podía avalar a su marido, siendo así que en aquel momento el artículo 322 de la Compilación catalana, en su versión originaria, lo prohibía, por lo que el Tribunal Supremo, conforme al Derecho foral catalán entonces vigente, afirma rectamente que la mujer casada no podía ser avalista de su esposo. Mas lo que verdaderamente interesa es el principio que dicha sentencia establece al decir que: “Al referirse el artículo 50 del Código de Comercio a “las reglas generales del Derecho común”, para regular la capacidad de los contratantes, es indudable que esas reglas son las constituídas por las del Código Civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de “Derecho común”, se refiere a la Legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si está en el Código Civil como en el Derecho regional, y como éste es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese Derecho común para los catalanes está integrado en su Compilación...”¹²⁷. Como quiera que el derecho foral o especial es un derecho particular una de sus más acusadas características es que su ámbito territorial de aplicación se delimitó con precisión en todas las Compilaciones citadas. La Compilación de Vizcaya y Álava en su artículo 1º dijo que: “Las disposiciones del Libro Primero de esta Ley rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya”, precisando el artículo 2º cuál es ese territorio, y el artículo 60 que señala que el libro I, excepción hecha de los artículos 1º a 3º del título I: “Rige también en

127 Texto en José Puente Egido: *op. cit.*, p. 1193.

los términos municipales de Llodio y Aramayona”, ocupándose el artículo 61 de precisar el territorio de la tierra de Ayala. En la actualidad los artículos 5 a 11 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco son los que fijan el ámbito territorial de aplicación de la misma en Vizcaya, los artículos 131 a 133 la aplicación en la Tierra de Ayala, y el artículo 148 en Guipúzcoa. El artículo 2 de la Compilación de Cataluña hacía lo propio en su artículo 2, hoy sustituido por las Disposiciones preliminares de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera ley del Código civil de Cataluña, en cuyos artículos, fundamentalmente los 111.1 a 111.6, no se especifica el territorio que, obviamente, se compone de las cuatro provincias que constituyen la región, hoy Comunidad Autónoma de Cataluña. Por su parte la Compilación de Baleares en su artículo 1º determinó que: El Derecho civil especial de Baleares tendrá aplicación en el ámbito que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca”; hoy conforme al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno balear, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears, el artículo 2, párrafo primero, determina que: “ Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas”. La referencia pura y simple a “Aragón” figura tanto en el artículo 1º de la Compilación como en el del mismo número del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, por tanto no queda especificado el territorio de aplicación que sin duda está constituido por el que comprende la actual Comunidad Autónoma, circunscrito a las provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza. Por lo que respecta a Navarra la Compilación en su ley 1 advierte que su Derecho civil vigente es el del “antiguo Reino”, por lo que el territorio se limita a la actual Comunidad Autónoma uniprovincial constituida por la provincia de Navarra, sin que exista ninguna variación al respecto desde la citada Compilación contenida en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, que es la que sigue vigente. En cuanto al Fuero del Baylío ya se han citado antes los núcleos de población en los

que es aplicable. Una excepción al conjunto de Compilaciones vistas la constituyó la Compilación de Galicia por cuanto su artículo 1º declaraba su aplicación a territorios situados fuera de la región gallega, esto es de las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra al decir lo siguiente: “El Derecho Civil Especial de Galicia se aplica en el ámbito que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de La Coruña. *En aquellas comarcas de las provincias limítrofes de Oviedo, León y Zamora se aplicarán las disposiciones de los títulos I y II de esta Ley cuando se acredite la existencia y uso de las instituciones a que los mismos se refieren*”¹²⁸. Hoy esa “invasión” ha desaparecido en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, cuyo artículo 3 determina que: “El derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la comunidad autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al derecho interregional o internacional privado, hayan de aplicarse otras normas”.

A la vista de la normativa vigente sobre el ámbito territorial al que se extiende la aplicación de los derechos civiles forales o especiales, cabe señalar que la facultad de modificar, y desarrollar, el Derecho civil propio de una Comunidad Autónoma por sus órganos legisferentes no conlleva la facultad de modificar el ámbito territorial de aplicación del mismo, porque la no expansión está en la esencia misma de la noción de Derecho foral o especial ya que éste ha nacido de la tradición jurídica de cada “pueblo”, dentro del Estado, que no quiere verse forzado a reconocer instituciones jurídicas distintas a las suyas propias, que presentan sus singularidades y peculiaridades, por lo que existe una imposibilidad de imponer a un grupo de españoles tradiciones jurídicas que les son extrañas. La posibilidad sólo cabría, a mi juicio, en el caso de que el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma sufra alteración al incorporarse un territorio nuevo, pero lo mismo que cabe decir esto para un caso de “expansión” territorial, cabe sostenerlo en caso de “reducción”. No creo, en cambio, que pueda sostenerse que el ámbito de aplicación de un ordenamiento jurídico se pueda ampliar sin que tenga lugar una ampliación del territorio, alegando que ello no está expresamente prohibido por la Constitución y que en el concepto de “desarrollo” quepa incluir la idea de desarrollo “espacial”. Entiendo que el término “desarrollo” se

128 O sea, los artículos 3 a 58. Las cursivas son mías.

limita a la actualización y modernización del Derecho civil foral o especial aplicable en el ámbito territorial en que se aplica. La ampliación del ámbito de aplicación de las leyes de una Comunidad Autónoma sobre un territorio, o parte de él, de otra Comunidad Autónoma supondría una imposición y, por tanto, una discriminación jurídica al tratarse de un Derecho “extraño” a esa Comunidad Autónoma, lo cual no es equiparable a que dentro de una misma Comunidad Autónoma exista pluralidad legislativa afectante a los españoles que poseen esa misma vecindad civil, como la diversidad de reglas aplicables en la Comunidad Autónoma del País Vasco, o en la Comunidad Autónoma de Baleares, porque, pese a esa diversidad, en el primer caso se trata, en términos globales, de “Derecho vasco”, y en el segundo de “Derecho balear”, lo que es muy distinto a que, como se ha visto en la redacción primitiva de la Compilación gallega, el “Derecho gallego” pudiera aplicarse en territorios limítrofes de Asturias, León y Zamora, no pertenecientes a la mencionada región. Es evidente que el futuro puede sorprender con acontecimientos como los hipotéticamente descritos y que, en tal, caso sólo el Tribunal Constitucional será quien pueda resolver las dudas y controversias que al respecto pudieran suscitarse.

d) Ámbito material de las legislaciones civiles especiales o forales.

Otro de los aspectos que presentan los derechos forales o especiales es el del mayor o menor número de normas, que tienen preferencia sobre el Derecho común, reguladoras de instituciones jurídico-civiles con sus propias peculiaridades, con independencia de que, además, algunas de ellas están en abierta contradicción con el Derecho común contenido en el Código civil. Por lo que se refiere al aspecto numérico basta comparar la amplitud de unos sistemas con otros. El Derecho catalán es mucho más amplio que el Derecho gallego, y el Fuero del Baylío regula una única especialidad jurídica como ya se ha visto. En la actualidad ciertos derechos forales o especiales han ampliado el número de instituciones a regular, desde la aparición de las Compilaciones. Así, por ejemplo, en la Compilación de Galicia se regulaban los foros y subforos, la compañía familiar gallega, la aparcería, el derecho de labrar y

poseer y las formas especiales de comunidad (en materia de montes, aguas, agro “agra” o “vilar” y muiños de heredeiros), pero hoy la citada Ley 2/2006, de 14 de junio, amplía el contenido regulando además la protección de menores, guarda administrativa, adopción, régimen económico familiar, sucesión testada e intestada. Lo mismo cabe decir con respecto a Cataluña que con la Ley 25/2010, de 29 de julio, aumenta el número de instituciones a regular al contemplar la persona y la familia ampliando la normativa a tratamientos médicos, tutela, curatela, protección de menores desamparados, efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, la convivencia estable en pareja, o personas jurídicas. Todo lo cual entra de lleno, a mi parecer, en el concepto de “desarrollo” de la legislación propia. Esto supone que las Comunidades Autónomas, dentro de su aspiración al autogobierno, tienden a regular las especiales formas de manifestación de la vida comunitaria con lo que vienen a configurar un sistema jurídico-privado que es reflejo de su propia personalidad, y cuya actividad queda limitada a ámbitos que no están expresamente reservados al Estado, por lo cual sus facultades no pueden extenderse, por ejemplo, a la regulación de las formas del matrimonio, las bases de las obligaciones convencionales, la ordenación de los registros e instrumentos públicos o las reglas para resolver los conflictos de leyes. Sin embargo, nada se opone a que regulen según sus particulares criterios instituciones varias como ya se ha visto. Dicho de otro modo el usufructo, el derecho de acrecer, el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte, pueden ser objeto de regulaciones distintas. Un ejemplo claro está en la regulación de las parejas de hecho que, poseyendo cada Comunidad Autónoma su propia legislación ha hecho, obviamente, improcedente una ley estatal. En concreto, como se sostuvo en el Congreso de Jurisconsultos sobre los Derecho Civiles Territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en 1981, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar su derecho hoy vigente “acomodándolo a las nuevas y cambiantes circunstancias e ideales de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código Civil”¹²⁹. No obstante, algunas opiniones son del parecer de que estos derechos civiles forales o especiales carecen de

129 Conclusión Tercera de la Ponencia sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

la eficacia expansiva propia del Código civil, y por lo tanto, como sostiene De Elizalde y Aymerich, “el desarrollo a que la Constitución se refiere no puede suponer su extensión a instituciones ajenas que, por ello, ya han quedado sometidas al Derecho general, sino exclusivamente al complemento de la regulación de instituciones forales propias”¹³⁰. Se trata, como se ve, de una interpretación restrictiva que hoy resulta desmentida a la vista de la realidad, pero que no es desdeñable en absoluto pues bastan algunos ejemplos para ver los problemas que puede plantear la legislación autonómica y la incidencia de ésta sobre la vecindad civil y la vecindad administrativa.

De la Comunidad Valenciana se ha dicho, a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992, que ésta interpreta el artículo 149.1.8 de la Constitución en el sentido de que Valencia tiene Derecho foral sobre las materias que no sean contrarias a la Constitución y estén vigentes en forma de costumbre en el momento de entrada en vigor de la Constitución y, en consecuencia, la Generalitat Valenciana es competente sobre ese Derecho para modificarlo y desarrollarlo, pero “no queda suficientemente claro, decidido con nitidez, el problema de la referencia a “los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, o sea, cuál es el contenido, lo existente de ese Derecho civil, aquélla materia sobre la que la Comunidad Autónoma puede actuar legislativamente, conservando, modificando o desarrollando la misma (así, Plaza Penadés). Pero esto dicho, la Comunidad Valenciana no posee Compilación de Derecho especial o foral, es decir, que en comparación con Galicia, País Vasco, Cataluña, Aragón, etc., no es propiamente territorio foral, por lo que quienes tengan en él su vecindad administrativa están sujetos, por su vecindad civil común, al Código civil salvo, naturalmente, aquellos que conserven vecindad civil foral porque antes del transcurso de los diez años de residencia habitual en la Comunidad Valenciana hayan formulado la declaración de que no quieren perderla. Esto dicho, supongamos ahora que dos sevillanos (vecindad civil común) con vecindad administrativa en Valencia celebran matrimonio en dicha ciudad y establecen ella

130 Pedro de Elizalde y Aymerich: *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, en VV. AA.: “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 756.

su primer domicilio matrimonial. Nada acuerdan antes de la celebración del matrimonio sobre el régimen económico que ha de regir, por tanto desde el momento de la celebración tiene que haber una ley que, con carácter supletorio, lo rijan. Y he aquí que conforme a su vecindad civil común, que es común a los dos contrayentes, por un lado aparece el Código civil que determina el régimen de gananciales, pero por otro lado la legislación valenciana, es decir, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, regula el régimen económico estableciendo el sistema de separación de bienes. No obstante, ante la imposibilidad de que una ley autonómica derogue una ley estatal, la pregunta es ¿cuál de ellas es la aplicable? ¿la que fija el régimen de gananciales, porque el artículo 9.2 del Código civil señala aplicable éste al ser la ley personal común de los contrayentes, la de su “vecindad civil común”, la del Código civil? ¿o será la valenciana porque la ley citada rige territorialmente y, por tanto, lo que primaría sería la vecindad administrativa sobre la civil?. El mismo ejemplo se puede plantear con alguna variante; que un contrayente sea de vecindad civil común y el otro de vecindad civil aragonesa, conforme al artículo 9.2 del Código civil al no tener vecindad civil común ni haber dispuesto nada antes del matrimonio resulta aplicable la ley del lugar, en España, del primer domicilio matrimonial, esto es, la citada ley valenciana, pero ¿esta ley resulta aplicable por el juego del citado artículo 9.2 del Código civil o, prescindiendo de éste, es aplicable la ley valenciana con independencia del primer domicilio matrimonial, por el hecho de tener los contrayentes la vecindad administrativa en la Comunidad Valenciana y ser la ley valenciana, como se ha dicho, de aplicación territorial? Y alguna pregunta más: si quienes tienen vecindad administrativa en la Comunidad Valenciana y son de vecindad civil común, están sujetos al Código civil ¿quiénes son entonces los destinatarios de la citada ley valenciana?, o dicho de otro modo, si lo a tener en cuenta es la vecindad civil, en la Comunidad Valenciana lo aplicable sería el Código civil, por lo tanto se insiste ¿a quiénes resulta aplicable la ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo? ¿qué ley tiene preferencia? ¿la que rige en virtud de la vecindad civil o la que rige en virtud de la vecindad administrativa?.

Si ahora nos fijamos en el Derecho catalán podríamos plantear otro ejemplo, entre muchos; supongamos dos personas de vecindad civil común, por tanto sujetas al Código civil, con vecindad administrativa en Barcelona, que desean formalizar allí su “convivencia estable en pareja”, y posteriormente deciden extinguirla. Esta figura está contemplada en la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas, pero no existe, como se ha dicho, una ley a nivel estatal. Resulta, evidentemente, que la pareja del ejemplo no puede regularizar, y extinguir, su situación más que conforme a los artículos 234-1 a 234-14 del Libro II del Código civil de Cataluña, contenido en la Ley 25/2010, de 29 de julio. Por lo tanto hay que concluir que en esa pareja de vecindad civil común, y no catalana, ve regida una parte de su estatuto personal por el Código civil y otra por el Código civil catalán. He aquí una escisión que revela una verdadera crisis del estatuto personal en modo superlativo y que supera, con mucho, la crisis de la que hablaron los internacionalistas a mediados del pasado siglo ¹³¹. Algo así como si desde el punto de vista del Estado X un nacional británico con domicilio de derecho en Rusia y residencia habitual en Senegal, viese su mayoría de edad regida por la ley inglesa, su capacidad para contratar por la ley rusa, y para testar por la senegalesa, es decir, un auténtico despropósito en el ámbito de los conflictos de leyes. Ciertamente que podría argumentarse que, en general se proclama que las legislaciones autonómicas, en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, tienen preferencia sobre la legislación del Estado, ¹³² con lo cual no se suscitaría conflicto sobre la ley aplicable, pero entonces resulta que no es cierto que la vecindad civil sea el único punto de conexión a efectos de la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, sino que la vecindad administrativa presenta una especial relevancia en esta dimensión, además de otras cuestiones básicas como, por ejemplo, la Comunidad Valenciana, territorio de derecho común donde rige el Código civil del Estado ¿tiene potestad para “desarrollar” éste en su territorio?, dicho de otro modo ¿puede alterar

131 Henri Batiffol: *Una crisis del estatuto personal*, Cuadernos de la Cátedra “Dr. James B. Scott”, Universidad de Valladolid, 1968.

132 Así, por ejemplo, el artículo 111-5 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, dice que: “Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras...”.

el Código civil allí vigente, que es el del Estado?. Parece, pues, que existen bastantes interrogantes a despejar, y que la tesis restrictiva de De Elizalde y Aymerich no está desprovista, a mi parecer, de un acertado fundamento.

Estas situaciones, un tanto surrealistas, son consecuencia de que los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas interpretan el vocablo “desarrollo”, aplicado a su Derecho especial o foral, como comprensivo de una competencia para “incorporar” un Derecho civil “nuevo”, es decir, para “duplicar” esa legislación, a su criterio, legislación que ya está vigente con fuente en las Cortes Generales, lo que supone una actitud que refleja la tendencia a diferenciarse en todo del propio Estado al que las Comunidades Autónomas pertenecen; una legislación estatal que no estaba dentro de las Compilaciones que son las que contienen exacta y delimitadamente *su derecho propio*, y, por supuesto, también a la debilidad de los sucesivos Gobiernos centrales que no saben, no pueden o no quieren corregir ese incontrolado flujo legislativo autonómico acudiendo al Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional competente para fijar los límites materiales de la competencia legislativa de las referidas Comunidades Autónomas ¹³³.

e) Ámbito personal de las legislaciones civiles especiales o forales.

El plano relativo al alcance de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, dentro de los límites marcados por el artículo 149.1.8 de la Constitución, con relación al ámbito personal de la normativa emanada de sus órganos legislativos, es posiblemente el más problemático ya que, por un lado, el artículo 14.1 del Código civil sujeta al derecho civil común o al especial o foral a cada español en virtud de su vecindad civil, en tanto que los diferentes Estatutos de Autonomía determinan la condición política de los ciudadanos, en cada Comunidad Autónoma, en función de su vecindad administrativa, si bien la condición política se refiere no al sometimiento del español residente en una Comunidad Autónoma con derecho civil propio a este, sino

133 Vid. Laura Gázquez Serrano (coord.): *¿Hacia dónde van los derechos civiles autonómicos? El futuro de los derechos civiles autonómicos*, en Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011.

al ejercicio de derechos, especialmente políticos, por ello los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en determinada Comunidad Autónoma, y acrediten esa condición en el Consulado de España, mantienen la condición política correspondiente, al igual que sus descendientes siempre que lo soliciten de acuerdo a la forma establecida por las leyes del Estado, aspecto que se regula, por ejemplo, en el artículo 4.2 del Estatuto de Cantabria, el 7.2 del de Asturias, el 8. 2 del de Cataluña, el 7.2 del Estatuto del País Vasco, el 8.2 del de Andalucía, etc. Naturalmente que la vecindad administrativa no afecta a la vecindad civil que puede estar vinculada a una Comunidad Autónoma distinta. Como ya ha sido dicho, un español puede tener vecindad administrativa en Cataluña, donde podrá ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones autonómicas y municipales, y al mismo tiempo poseer vecindad civil navarra, lo que significa que está sujeto al Derecho civil navarro, y no al catalán.

XI. La conexión “vecindad civil” y su problemática.

La promulgación de la Constitución de 1978 marcó sin ninguna duda una clara línea entre el pasado y el presente de los conflictos de leyes intranacionales en España, manteniendo, eso sí, la conexión interna repartidora de las competencias legislativas para regular la sujeción de cada español al Derecho civil común o a uno de los Derechos civiles especiales o forales, conexión que sigue siendo la “vecindad civil”, como el legislador precisó al publicar el nuevo Título Preliminar del Código civil en 1974. El término “vecindad” tiene una larguísima tradición en la historia jurídica española, y podría decirse que está un tanto vinculado a la adquisición de lo que hoy llamamos “nacionalidad”, así por ejemplo, en el Código de las Costumbres de Tortosa (siglo XIII) son ciudadanos en el sentido de “vecinos” (*veyns*) los nacidos en Tortosa y además quienes llevasen diez años de residencia constante en la ciudad o su término; por matrimonio con hija de ciudadano o ciudadana fijando su residencia definitiva en la ciudad o su término; y por obtener carta de ciudadanía o vecindad, aunque la condición de “vecino” no llevaba aparejada la pérdida de la condición de

extranjero, y en este sentido las circunstancias que debían concurrir en los extranjeros para ser considerados vecinos del reino, quedaron fijadas por Felipe V, en virtud de resolución a consulta de la Junta de Extranjeros, de 8 de marzo de 1716 ¹³⁴. Con toda claridad se expresa en el siglo XVIII Larruga y Boneta cuando escribe que “...tan vasallo del rey y tan español es el que nace en los dominios de España ultramarinos, como los que nacen en la península: todos son Españoles...”, añadiendo más adelante que los extranjeros que vienen a España para ejercer algún arte para seguidamente abandonar el país con las ayudas económicas que se les prestaban “...aunque estos últimos establezcan sus casas, y se reputen por domiciliados, y naturales de estos Reynos, no lo son, sino por el nombre: son transeúntes...”, pero si “...se establecen en algún pueblo le cobran afecto, porque le miran como domicilio suyo, se casan, o ya vienen casados, y de cualquier modo, sus hijos son verdaderos Españoles...” ¹³⁵. Aparte de la relevancia del *ius soli*, presente en todo el proceso constitucional español a lo largo del siglo XIX, lo que se mantiene hasta hoy es el plazo ordinario de residencia de diez años en España para poder solicitar la nacionalidad española por esa vía, siempre naturalmente que no concurren circunstancias que lo reduzcan. Así se comprueba desde la Constitución de 1812, en su artículo 5: “Son españoles:...Los que sin ella (se refiere a la carta de naturaleza) lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía” ¹³⁶. Ahora bien, la vecindad, desde la publicación del Código civil, y la “vecindad civil” desde el nuevo Título Preliminar del mismo aprobado en 1974, cuya terminología se debe al redactor del proyecto en 1962, el profesor Trías de Bes, queda configurada como una conexión diferente a la de residencia, pues en efecto, la “residencia” es previa para quienes soliciten la nacionalidad española por esa vía, en tanto que la “vecindad civil” es el vínculo sustancial que une a cada español, naturalizado o no, y, por tanto, es una condición que no puede poseer ningún extranjero, con uno de los diversos Derechos

134 Novísima Recopilación de las Leyes de España, 6, 11, 3.

135 Eugenio Larruga y Boneta: *Memorias políticas y económicas sobre los frutos, comercio, fábricas y minas de España, con inclusión de los Reales Decretos, Ordenes, Cédulas, Aranceles y Ordenanzas expedidas para su gobierno y fomento*, Madrid, 1787-1800 (45 vols.), vol. IV, pp. 15-16.

136 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Configuración histórica de la adquisición y pérdida de la nacionalidad española hasta el Código civil*, en Homenaje a don Antonio Hernández Gil, vol. II, Madrid, 2001, pp. 1383-1398.

civiles covingentes en el territorio nacional.

Es, pues, con la vigencia del Código civil en 1889, que deja subsistentes los Derechos forales, cuando la “vecindad civil” queda configurada como conexión interna para la resolución de los conflictos intranacionales en España. Con los avances y principios fijados por la Constitución de 1978 los artículos 14 a 16 del Código civil, en su versión vigente al tiempo de entrar en vigor la Ley de Leyes, tuvieron necesariamente que ser objeto de modificación. Hoy, y desde 1974, ha desaparecido aquella provisionalidad de vigencia de los diferentes Derechos forales de la que hablaba el Código civil en 1889, y las reglas de sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, que sigue determinada por la “vecindad civil”, señalan, según el supuesto, los criterios de *ius sanguinis*, *ius soli* y residencia.

El capítulo V del Título Preliminar del Código Civil comienza con el artículo 13, según el cual: “1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España. 2. En lo demás, y con pleno repeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales”. Esta redacción continúa hoy vigente sin que haya sufrido desde 1974 modificación alguna. Salvo aspectos de matiz como la desaparición de la referencia a “los estatutos”, o al régimen jurídico de derecho foral “escrito o consuetudinario”, expresiones que contenía el antiguo artículo 12, el texto vigente refleja el contenido, en esencia, del antiguo, siendo únicamente destacable que el derecho foral queda firmemente enraizado, y no meramente tolerado, con riesgo latente de eliminación, al desaparecer en el nuevo texto la referencia a que “lo conservarán *por ahora*”,¹³⁷ como se decía en el antiguo¹³⁸.

137 Las cursivas son mías.

138 Jesús Delgado Echeverría-María del Carmen Bayod López: *Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional (Comentario al art. 13 Cc.)*, en Joaquín Rams Albesa-Rosa María Moreno Flórez: *Comentarios al Código Civil*, t. I, Zaragoza, 2000, pp. 367-386.

El vigente artículo 14 del Código civil,¹³⁹ cuya redacción es debida a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo¹⁴⁰, determina que la vecindad civil en territorio de derecho común o de derecho especial o foral queda determinada por la igual vecindad civil de los padres en el momento del nacimiento del hijo, y la regla es idéntica para los adoptados no emancipados, cuando, naturalmente los padres adoptantes tienen la misma vecindad civil. Si los padres, al nacer el hijo, tuvieren distinta vecindad civil el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la determinación de la filiación haya sido establecida antes; si se determinase la filiación para ambos progenitores en el mismo momento, el nacido tendrá la vecindad civil del lugar de nacimiento, y si hubiere nacido en el extranjero, la vecindad civil de derecho común. No obstante, los padres o quien de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, pueden atribuir al nacido la vecindad civil de cualquiera de ellos dentro de los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción, señalándose igualmente que ni la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, ni el cambio de vecindad de los padres afectan a la vecindad civil del hijo, el cual desde los catorce años cumplidos hasta un año después de su emancipación, puede optar por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, o por la última vecindad civil de cualquiera de sus padres, precisando de “forma habilitante”, que se traduce en la asistencia del representante legal, cuando en el momento de la opción no estuviere emancipado.

La búsqueda de criterio determinante atributivo de vecindad civil en los casos en que los progenitores tienen vecindad civil diferente, ha sido necesario porque mientras con anterioridad a la citada Ley 11/1990, de 15 de octubre, la mujer por

139 El contenido del capítulo V del Título Preliminar del Código civil debe decirse que ha quedado ampliamente tratado, con indicación bibliográfica prácticamente exhaustiva, por los comentarios que sobre el mismo han sido escritos por los colaboradores del colectivo dirigido por Manuel Albaladejo: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo I, vol. 2º, Madrid, 1995, que son los siguientes: Enrique Lalaguna Domínguez (artículo 13, pp. 1083-1201); Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (artículos 14 y 15, pp. 1201-1259); María Elena Zabalo Escudero (artículo 16, apartado 1, pp. 1259-1282); Jesús Delgado Echeverría (artículo 16, apartados 2 y 3, pp. 1282-1315).

140 Boletín Oficial del Estado, de 18 de octubre de 1990.

matrimonio perdía su vecindad civil y adquiriría *ipso facto* en el momento de la celebración del mismo, lo que suponía que los matrimonios de dos españoles tenían una única vecindad civil, siendo imposible una vecindad civil en uno de los cónyuges y otra diferente en el otro, hoy el citado artículo 14 proclama que: “El matrimonio no altera la vecindad civil”, pero el Código civil permite que cualquiera de los cónyuges, no separado legalmente ni de hecho, puede, en cualquier momento, optar por la vecindad civil del otro.

Por último, el citado precepto se ocupa de la adquisición de la vecindad civil, en el tiempo, por residencia, la cual se produce por residencia continuada en un territorio durante dos años, seguidos de la manifestación del interesado en el Registro Civil de ser su voluntad la adquisición de esa vecindad civil, bien por residencia continuada durante diez años sin manifestación en contrario formulada por el interesado en el mismo Registro antes del transcurso de ese plazo. Señala el Código Civil que ninguna de las dos declaraciones necesitan ser reiteradas. En realidad en la declaración positiva no cabe ninguna reiteración, pero sí con respecto a la negativa, para evitar que se produzca, como ocurría anteriormente, el comienzo de un nuevo período de diez años antes del transcurso de los cuales el interesado que no deseaba adquirir la vecindad civil del territorio de su residencia, tenía que volver a hacer la manifestación negativa. En fin, el Código civil determina que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil correspondiente al lugar de nacimiento, lo que evidencia una importante laguna que debería cubrirse con una interpretación coherente, pues en efecto, ¿cuál es la vecindad civil si hay duda sobre ella y el interesado ha nacido, por ejemplo, en Japón? Todo parece indicar que debería operar la solución de la vecindad civil de derecho común.

También el Código civil, en su artículo 15, se ocupa de precisar la vecindad civil del extranjero que adquiera la nacionalidad española, precepto cuyo texto vigente responde a la modificación sufrida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad ¹⁴¹. De acuerdo al mismo el extranjero que adquiera la nacionalidad española al inscribir la adquisición de esta en el

141 Boletín Oficial del Estado, de 18 de diciembre de 1990.

Registro Civil, inscripción que es constitutiva, “deberá” optar por una vecindad civil de las que el propio precepto relaciona: la correspondiente al lugar de su residencia; la del lugar de nacimiento; la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes; o, por último, la de su cónyuge. Tal declaración de opción ha de realizarse por el propio optante, si tuviere capacidad, o si no por declaración o a petición del representante legal en cuyo caso la preceptiva autorización ha de determinar la vecindad civil por la que se debe optar, regla previsoras de posibles abusos cuando se trata de la atribución de la nacionalidad española a un incapaz extranjero. Esa elección de vecindad civil ante el Encargado del Registro Civil es, pues, preceptiva en los dos supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción (artículo 20 del Código civil) y por residencia (artículos 21 y 22 del citado Cuerpo legal), sin embargo cuando la nacionalidad se adquiere por carta de naturaleza (artículo 21 del mismo Código) la atribución de vecindad civil no se produce por elección del interesado en el momento de procederse a la inscripción de la nacionalidad en el Registro Civil, sino en la forma que determina el artículo 15.2 del Código civil según el cual: “El extranjero que adquiera la nacionalidad por carta de naturaleza tendrá la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél, de acuerdo con lo que dispone el apartado anterior (o sea, las cuatro posibilidades ya transcritas) u otras circunstancias que concurran en el peticionario”. Significa esto que la preferencia por una de las cuatro vecindades civiles que permite el artículo 15. 1 del Código civil, deberá consignarse ya en el escrito de petición de nacionalidad por carta de naturaleza, y que de no ser posible que opere ninguna de ellas (el peticionario puede no ser residente en España, no haber nacido en España, no ser hijo biológico o adoptivo de españoles, no estar casado con español o española), opte por una vecindad civil en función de esas “otras circunstancias” que concurran en el peticionario, las cuales son indeterminadas y, por tanto, muy amplias (puede optar por una vecindad civil en función de sus preferencias como pueden ser las artísticas, geográficas, climáticas, etc.), sin embargo, el requisito no se cumplió en el Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, sobre concesión de la nacionalidad español-

la a los combatientes de las Brigadas Internacionales en la guerra civil española,¹⁴² con independencia de que la obligación de renuncia a la nacionalidad que poseyesen, requisito exigido por el artículo 23 b) del Código civil, venía a suponer una grave traba para aquéllos cuya ley nacional determinase la pérdida de nacionalidad con la simple renuncia a ella, por lo que la iniciativa del Gobierno español, que quiso cumplir la promesa hecha por Juan Negrín, tuvo muy poco éxito ya que un buen número de peticiones fueron archivadas al transcurrir los ciento ochenta días dentro de los cuales los solicitantes habrían tenido que cumplir ese gravoso requisito, y en realidad el número de los que lo cumplieron no llegó a cinco. De ese inconveniente tardó el legislador en percatarse once años, al cabo de los cuales se les eximió de cumplimiento del mismo por el artículo 18 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica,¹⁴³ ley que determinó la regulación por el Real Decreto 1792/2008, de 3 de noviembre, sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales¹⁴⁴. En todo caso, cuando un español pierda la nacionalidad sabido es que pierde la vecindad civil, y en caso de recuperación de aquélla, conforme al artículo 15.3 del Código civil, en ese momento recupera automáticamente la vecindad civil que ostentase al tiempo de la pérdida, punto sobre el que la doctrina internacionalista española se ha manifestado siempre unánime. Todo lo dispuesto en los citados artículos 14 y 15 del Código civil es aplicable a los casos que presenten dependencia personal respecto de una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, conforme dispone el último de los citados artículos en su apartado 4, pudiendo ponerse como ejemplo el caso del aforado mallorquín dentro de cuya Comunidad Autónoma, como se ha visto, existen especialidades civiles propias para la isla de Mallorca, y para las islas de Ibiza y Formentera.

Cierra el capítulo V del Título Preliminar del Código civil el artículo 16 que contempla tres cuestiones: 1) la de las reglas conflictuales aplicables en los conflic-

142 Boletín Oficial del Estado núm. 56, de 5 de marzo de 1996.

143 Boletín Oficial del Estado núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

144 Boletín Oficial del Estado núm. 277, de 17 de noviembre de 2008.

tos que pudieren surgir por la coexistencia de las distintas legislaciones civiles dentro del territorio nacional y la incidencia de los llamados “problemas generales de Derecho internacional privado”; 2) el derecho de viudedad y usufructo vidual regulados por la ley aragonesa; y 3) la ley rectora de los efectos del matrimonio celebrado por quienes en el momento de la celebración son ambos españoles. En cuanto al primer punto ya se ha dicho que España no tiene dos sistemas de reglas de conflicto diferentes, uno para los conflictos internacionales de leyes y otro para los internos, sino que sólo cuenta con uno, que contempla los conflictos internacionales y que es el contenido en el capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, esto es, los artículos 8 a 12, ambos inclusive, el primero de los cuales proclama la territorialidad de las leyes penales, de policía y de seguridad, regulando los artículos 9, 10 y 11 los tradicionales estatutos personal, real y formal, en tanto que el artículo 12 se ocupa de los referidos “problemas generales”, uno de los cuales (la calificación) aparece inexorablemente siempre que se pretenda aplicar una regla conflictual, mientras otros (reenvío, fraude de ley, orden público internacional y aplicación de la ley extranjera) pueden estar presentes dependiendo de las circunstancias del caso. Pues bien, las reglas conflictuales del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil son las aplicables a los conflictos intranacionales que se planteen, con la modificación que el propio artículo 16.1. 1ª señala: siempre que la regla aluda a “ley personal” o “ley nacional” estas expresiones quedan sustituidas por la de “vecindad civil”, por lo tanto si la “ley nacional” de un español es la “ley española”, habida cuenta de la pluralidad de leyes civiles covigentes su “ley personal” viene determinada, en cada momento de su vida, por su “vecindad civil”.

En cuanto al segundo punto, dispone el Código civil, en el aludido artículo y párrafo, regla 2ª que: “No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público”¹⁴⁵. Como quiera que el artículo 12. 1 proclama que: “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre *con arreglo a la ley española*”¹⁴⁶ y resulta que ésta no es aplica-

145 Vid. Alegría Borrás Rodríguez: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra (Barcelona), 1984, 104 pp.

146 Las cursivas son mías.

ble, salta a la vista que el juez habrá de calificar el supuesto que se le plantea conforme a algún método o sistema, ya que no le será posible aplicar una regla de conflicto si antes no ha procedido a calificar los hechos. La calificación es, pues, operación sine qua non. Es evidente que Código civil al aludir a la “ley española” está eliminando la posibilidad de que la calificación sea realizada por una ley extranjera, esto es, que si se tratase de unos sacos con abono destinado al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, suponiendo que estuvieren en territorio senegalés, no es la ley senegalesa la que va a determinar su naturaleza mueble o inmueble sino que lo hará la ley española, y conforme al artículo 334. 7º del Código civil resultan, no obstante su evidente naturaleza mobiliaria puesto que pueden ser transportados de un lugar a otro sin menoscabo de su integridad, bienes inmuebles. Pero este mismo ejemplo plantea un problema si los sacos de abono están situados en una heredad de Cataluña, pues si bien el Código civil los califica de inmuebles, no parece que sea así conforme al artículo 511-2 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales, ya que en el párrafo 3 del mismo: “Se consideran bienes muebles las cosas que pueden transportarse y los demás bienes que las leyes (¿qué leyes?) no califican expresamente como inmuebles”; todo parece indicar que esas demás leyes serán las “leyes catalanas” y resulta que a esos abonos esas leyes no los califican de inmuebles. He aquí, a mi parecer, un conflicto de calificaciones que planteado ante cualquier juez español ha de resolver éste, previamente a la aplicación de la regla de conflicto cuyo supuesto de hecho es “bienes inmuebles”, o la que contempla los “bienes muebles”. Y si no puede calificar conforme a la “ley española”, que habrá que entender se refiere al Código civil del Estado, ¿cómo califica?. Indudablemente se precisa de una regla en este momento inexistente, y en mi opinión la solución estaría en que el juez debería calificar conforme a su *lex fori*, es decir, a la vigente en el territorio donde está ejerciendo su función jurisdiccional, criterio que, por lo demás, es el seguido por el propio artículo 12.1 del Código civil para los conflictos internacionales de leyes y por el Derecho internacional privado comparado¹⁴⁷. O sea, que planteado el supuesto ante los

147 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. II, *Técnica aplicativa de la regla de conflicto*, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 70-76, y *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, *op. cit.*, *passim*.

Tribunales de Madrid, Palencia o Sevilla estos calificarían ese objeto como inmueble, mientras que planteado ante los de la Comunidad Autónoma de Cataluña estos deberían calificarlo como mueble.

Por lo que atañe al problema de la remisión, o del reenvío, el más famoso del Derecho internacional privado, sobre el que siempre ha existido una “eterna querella” como afirmara Wilhelm Wengler ¹⁴⁸ el citado artículo 16.1. 2ª prohíbe tenerlo en cuenta al aplicar las normas de Derecho civil común, o especial o foral, señaladas por la regla de conflicto. Si, por un lado, parece coherente que la regla de conflicto interna se refiera al Derecho material, por otro, entiendo que la imposición o prohibición de esa técnica, con carácter general, por cierto admitida hoy en la inmensa mayoría de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, no parece solución adecuada, puesto que, según las circunstancias, en unos casos puede llevar a un resultado justo mientras que en otros no. Por eso el legislador estatal debería señalar en qué supuestos habría de considerar el juez si resulta pertinente su aplicación, y no obligatoriamente sino según criterio judicial, y en cuáles no cabe.

En cuanto a la no aplicación del artículo 12.3 del Código civil que proclama la inaplicación de una ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, debe señalarse que no cabe la posibilidad de rechazar la aplicación del Derecho común en un territorio de Derecho especial o foral, o éste en uno de Derecho común alegándose que su contenido contraviene el “orden público internacional” que es al que se refiere el citado artículo 12.3, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico español puede ser manifiestamente incompatible con los fundamentos básicos que le sustentan y que se concretan en la propia Constitución del Estado.

El párrafo 2 del artículo 16 de Código civil se refiere a concretamente al derecho de viudedad y al usufructo vidual del Derecho aragonés, que se regulan en los artículos 271 a 302 del ya citado Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, como ya se ha dicho, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

148 Vid. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 49, 1961-II, p. 284.

En fin, el párrafo 3 del artículo 16 del Código civil contiene la regla, a la vez de conflicto interna y de referencia al artículo 9.2 del mismo Código, para la regulación de los efectos del matrimonio celebrado entre españoles, según la cual siempre habrán de regirse por una ley española, salvo, claro está, cuando el matrimonio se celebró entre extranjeros, o entre español y extranjero, y su régimen viniese rigiéndose por una ley extranjera, que constante matrimonio decidiesen ambos extranjeros, o el cónyuge extranjero, adquirir la nacionalidad española en cuyo caso sería un matrimonio “de” españoles pero no “entre” españoles que es al que se refiere el citado artículo 16.3 del Código civil.

Con todo, la determinación de la vecindad civil se ve amenazada por factores latentes que el legislador debería considerar a los efectos de superar los problemas que plantean. Uno de ellos es el relativo, en ocasiones, a la dificultad de la prueba de la vecindad civil. No se presentará, en términos generales, tal dificultad cuando del interesado exista declaración positiva o negativa respecto de la vecindad civil en el Registro Civil, en cambio difícil será la prueba cuando la vecindad civil haya sido establecida por *ius sanguinis* y el interesado haya residido muchos años en diversos territorios españoles sin exceder nunca en cada uno el plazo de los diez años, o cuando haya residido por largo período en el extranjero. La manifestación del interesado de que en el momento de su nacimiento ambos progenitores tenían vecindad civil común o foral será casi imposible de probarse porque la vecindad civil no figura como requisito a cumplimentar en el asiento de inscripción de nacimiento en el libro correspondiente del Registro Civil en España y, consiguientemente, tampoco en el Registro Consular si el nacimiento ha ocurrido en el extranjero. Ciertamente que incluso si se exigiese ese requisito tampoco garantizaría la verdad puesto que el interesado puede después residir más de diez años en territorio español de vecindad civil distinta, y aunque el cambio se hubiese realizado automáticamente al transcurrir ese plazo, habría que probar esa residencia, que puede ocultarse por diversos medios cuando al interesado no le convenga ese cambio de vecindad civil. Incluso es posible que de buena fe se manifieste estar en posesión de una vecindad civil que no corresponde a la que realmente se tiene. Uno de los ejemplos que pueden recordarse es el

que se refiere a don Santiago Ramón y Cajal que en su testamento abierto, otorgado en Madrid el 8 de febrero de 1927, manifiesta que todos los bienes del testador tienen “la consideración legal de gananciales”, siendo según eso aplicable el Código civil, cuando lo cierto era que, aunque el matrimonio había ganado vecindad civil común al domiciliarse en Madrid por más de diez años, sin declaración alguna en el Registro civil acerca de su vecindad civil, al tiempo de su matrimonio en territorio aragonés ambos contrayentes, hijos de aragoneses, tenían la vecindad civil aragonesa, y sabido es que si no deciden alterar el régimen económico por acto posterior al matrimonio, dicho régimen no se altera por el mero hecho de mudar de vecindad civil, de manera que el régimen no era el que él manifestaba al notario, sino el “régimen consorcial” del Derecho aragonés; o sea, que el ilustre catedrático de Histología y Anatomía Patológica de la Universidad Central, nuestro brillante Premio Nóbel, que conocía a la perfección el régimen neuronal, no conocía cuál era el régimen económico de su matrimonio con doña Silveria Fañanás, que se prolongó a lo largo de medio siglo.¹⁴⁹

Dicha vecindad queda, pues, configurada como una *professio legis* ante el órgano jurisdiccional o autoridad competente, al estilo medieval que permitía a los intervinientes elegir la ley aplicable que, con el paso del tiempo se transformó en una declaración conforme a la cual cada persona se sometía a la ley que tenía por conveniente.¹⁵⁰ Resulta evidente que cualquiera que se sienta perjudicado en sus derechos ante la invocación de una determinada vecindad civil por una persona, habrá de probar la inexactitud o error de la misma, y precisamente esa prueba es la que no resulta fácil de llevarse a cabo. De la dificultad se han hecho eco tanto la doctrina como la Dirección General de los Registros y del Notariado y los propios Tribunales, y así se subrayó por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de marzo de 1994¹⁵¹. Como ha señalado el profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano los

149 José Luis Merino y Hernández: *La vecindad civil de don Santiago Ramón y Cajal*, en: Homenaje al profesor José Antonio Escudero, I, Madrid, 2012, p. 811 y ss.

150 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general, op. cit.*, pp. 275-277.

151 En Aranzadi, *Jurisprudencia civil*, número 451 (1994).

Tribunales suelen presumir la vecindad civil correspondiente al domicilio, especialmente cuando éste se halla en su territorio jurisdiccional, pero el criterio jurisprudencial no es ni mucho menos uniforme ya que existen Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 3 de julio de 1967, y sentencias en contra, como la del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1968. Es frecuente considerar como prueba el haber nacido en el lugar que corresponde a la vecindad civil que se invoca, en particular cuando coincide con la residencia habitual del interesado, según admite la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1971, pero obsérvese que el nacimiento pudo tener lugar muchos años atrás en un lugar concreto pero de padres que tenían la misma vecindad civil en el momento del nacimiento, y que tras largo paréntesis de peregrinaje por España con diversas residencias, resulta que regresa al lugar de nacimiento, con lo que es evidente que esa presunción no coincide con la realidad ya que el interesado tendrá la vecindad no del lugar de nacimiento sino la que sus padres le transmitieron por *ius sanguinis*. Por el contrario, ciertos documentos como el padrón municipal suelen ser considerados prueba insuficiente, y así se han pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 30 de noviembre de 1959 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1917, 21 de enero de 1958 y 20 de diciembre de 1985, e igual insuficiencia presenta el domicilio tributario, destinos de funcionarios públicos, el ostentar cargos públicos o representativos y las certificaciones de entes administrativos, a menos que estén relacionados con la existencia de una residencia habitual ¹⁵².

Otro problema relativo a la determinación de la vecindad civil basada en el *ius soli*, está íntimamente ligado a la legislación del Registro Civil desde que el Reglamento de su ley reguladora sufriese, en 1991, una modificación para intentar conseguir que los pueblos no se queden sin ciudadanos originarios de los mismos, habida cuenta de que hoy los nacimientos se producen en grandes complejos hospitalarios que centralizan los servicios médicos de determinadas zonas de una provincia, o en clínicas que se encuentran en ciudades importantes y en las capitales de pro-

152 Vid. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, op. et lib. cit., pp. 1245-1248.

vincia. Para paliar esa falta de naturales, particularmente en localidades pequeñas, se produjo la referida modificación en el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil ¹⁵³, la cual ha venido a determinar que el nacido en un lugar distinto al del domicilio de los padres, puede ser inscrito como nacido “en el Registro Civil del domicilio del progenitor o progenitores legalmente conocidos”, pero la regla va acompañada de una referencia al *municipio* del domicilio de éstos, y dado que no existe una práctica uniforme de los Encargados del Registro Civil en relación a la forma de la inscripción, lo que aparentemente parece no tener importancia sí la tiene. Concretamente la aludida modificación del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil se produjo en los párrafos 3º, 4º y 5º del artículo 68, por el Real Decreto 1063/1991, de 5 de julio ¹⁵⁴. El nuevo texto dice así: “Artículo 68... 3º. A los efectos de la inscripción dentro de plazo de nacimiento *en el Registro Civil del domicilio* del progenitor o progenitores legalmente conocidos, habrán de concurrir las condiciones establecidas por el artículo 16.2 de la Ley y la justificación del domicilio se realizará por exhibición de los documentos nacionales de identidad oportunos o, en su defecto, por certificación del padrón municipal; 4º. El solicitante o solicitantes de tal inscripción deberán manifestar, bajo su responsabilidad, que no han promovido la inscripción en el Registro Civil correspondiente al *lugar del nacimiento* y acompañarán una certificación acreditativa de que tampoco se ha promovido la inscripción por la Dirección del Centro hospitalario en el que tuvo lugar el alumbramiento; 5º. En estas inscripciones se hará constar expresamente, en la casilla destinada a observaciones, *que se considera a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en que se ha practicado el asiento*” ¹⁵⁵.

Pero la aplicación del transcrito precepto no es, repetimos, uniforme en todos los Registros civiles, lo que puede presentar importantes problemas, no sólo en cuanto a la determinación del *lugar* concreto del nacimiento, sino que, además, en ciertos

153 Dicho Reglamento fue aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (Boletín Oficial del Estado, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).

154 Sobre reforma parcial del Reglamento del Registro Civil (Boletín Oficial del Estado, de 9 de julio de 1991). Dicho precepto ya había sido objeto de una modificación anterior por el Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre (Boletín Oficial del Estado, de 25 de enero de 1978).

155 Las cursivas son mías.

casos puede plantear duda acerca de la vecindad civil común o foral del nacido. Fijémonos, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en donde resulta que de los setenta y ocho concejos (municipios) de que se compone, la denominación de la capital del concejo coincide con el nombre del mismo en treinta y cuatro de ellos (por ejemplo, concejo de Colunga, capital Colunga; concejo de Llanes, capital Llanes, etc.), en nueve la coincidencia puede considerarse dudosa y discutible, y en los treinta y cinco restantes no existe tal coincidencia (por ejemplo, concejo de Piloña, capital Infiesto; concejo de Parres, capital Arriondas, etc.), resultando de ello que si los padres tienen su domicilio en el pueblo de Lastres, perteneciente al concejo de Colunga, y el hijo nace en Lastres figurará inscrito como nacido en Lastres, sin embargo si nace en Oviedo y los padres quieren inscribirlo en su *domicilio* puede ocurrir, que según la práctica de ese Registro, no figurará nacido en *Lastres-Colunga* sino en *Colunga* resultando que Colunga es denominación única del concejo y su capital, con lo que, al menos, podría entenderse que el *núcleo de población* en que se ha producido el nacimiento es la capital: Colunga. Esto sucederá así siempre que el nombre del concejo coincida con el de la capital del mismo, así si los padres están domiciliados, por ejemplo, en la localidad de Enverniego, de la parroquia de San Martín de Turón, que comprende ochenta y tres núcleos de población, perteneciente al concejo de Mieres, y el nacimiento tiene lugar en Oviedo, decidiendo los padres inscribirlo en el Registro Civil correspondiente a su domicilio, en la inscripción debería figurar *Enverniego-Mieres*, pero esa no es la práctica de ese Registro que consigna solamente el nombre del concejo, con lo que figurará como nacido en *Mieres*, y como en el caso de Colunga aún podría pensarse que el lugar de nacimiento es el núcleo de población de Mieres, capital del concejo. Pero fijémonos ahora en un concejo en el que la denominación del mismo no coincida con la denominación de su capital, y se siguiese la misma práctica que en Mieres, por ejemplo en el Registro Civil del concejo de Piloña (en el que, acertadamente, la práctica es consignar el lugar del domicilio de los padres y el concejo), resultaría de ello que el nacido en el pueblo de Arriondas estando el domicilio de los padres en el núcleo de población de Cadanes, concejo de Piloña, ya no figuraría inscrito ni siquiera en la capital de Piloña, Infiesto,

que es núcleo de población, ni menos aún en Cadanes, sino que figuraría como nacido en el *municipio del domicilio de los padres*, es decir, en *Piloña*, pero *Piloña* es un concejo de 294 kilómetros cuadrados, compuesto por veintitrés parroquias y, naturalmente, numerosos núcleos de población (Anayo, Beloncio, Borines, Cereceda, Pintueles, a cuya parroquia pertenece Cadanes, etc.), y ante esto la pregunta es obvia, si se consigna solamente el nombre del concejo que es *Piloña*, desde luego el nacimiento se ha producido en *Piloña*, pero *¿en dónde?*, ¿en qué lugar concreto, en qué núcleo de población?. A esto hay que añadir que aunque figure en la inscripción registral el lugar del domicilio de los padres y el nombre del concejo, ocurre que a la hora de expedir el Documento Nacional de Identidad y del pasaporte en muchos casos se elimina en éstos la denominación del lugar de domicilio de los padres figurando solamente el nombre del concejo, como he podido comprobar; así el inscrito como nacido en Cadanes-*Piloña*, en los referidos documentos aparece únicamente como nacido en *Piloña*. A mi entender, el que unos nacidos figuren, como tal, en un pueblo concreto mientras para otros el nacimiento se haya producido en un lugar indeterminado que no se corresponde con un núcleo concreto de población, supone una discriminación si se tiene en cuenta el principio fijado en el artículo 14 de la Constitución. Ahora bien, el problema, en cuanto a vecindad civil por *ius soli*, en los casos descritos no plantea duda supuesta, claro está, la diferente vecindad civil del padre y de la madre, porque la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, es territorio de Derecho común y, por consiguiente, la vecindad civil es, en toda su extensión territorial, la común. Pero sí resulta, a consecuencia de la falta de uniformidad en la práctica registral, que la solución, en determinados supuestos, es equivalente a la de quien preguntado por su lugar de nacimiento respondiese: Asturias, o Andalucía, o Cataluña...

Por el contrario, donde verdaderamente el problema puede aparecer en toda su crudeza es en relación a un municipio en el que en parte de sus núcleos de población rija el Derecho común mientras en otros rija un Derecho especial o foral. Un ejemplo: conforme al artículo 131 de la Ley 3/1991, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco: "El Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa

Coloma y Sojoguti, del *municipio de Artziniega* ¹⁵⁶, pero sucede que en los pueblos de Campito, Gordéliz y San Antonio, que pertenecen a ese mismo municipio, no se aplica el Fuero, sino el Derecho común. Supongamos ahora que los padres, cada uno vecindad civil diferente, tienen su domicilio en Mendieta y deciden que el hijo nazca en una clínica de Pamplona e inscribir su nacimiento en el domicilio del matrimonio. Si se siguiese la práctica de hacer constar solamente el nombre del municipio del domicilio de los padres figuraría como nacido en *Artziniega*, capital del municipio del mismo nombre, donde no rige el fuero, por lo que el nacido tendría vecindad civil común, pero si figurase *Mendieta-Artziniega* el nacido tendería vecindad civil foral. Y si el nombre de Artziniega no respondiese más que al del municipio sin que existiese ningún núcleo de población con ese nombre, entonces ante un nacido en el *municipio de Artziniega*, se plantearía la pregunta clave de *¿en qué lugar concreto?*, siendo crucial la respuesta porque si no se determina el núcleo de población no podría saberse si su vecindad civil, por *ius soli*, es la correspondiente a Derecho común o a Derecho especial o foral, ya que, como se ha visto, en la provincia de Álava el Fuero Civil de Ayala se aplica en los territorios citados por el referido artículo 131 de la aludida Ley, en tanto que en otros, o sea, en los que no cita el precepto, rige el Derecho común. La conclusión ante todo esto es que, por la falta de la tan aludida uniformidad en la práctica registral, el artículo 68 del Reglamento no consigue plenamente la finalidad que motivó su reforma y, además, en ciertos casos puede llevar a la indeterminación de la vecindad civil atribuida por el *lugar* de nacimiento. Una situación que debería solucionarse por medio de unas normas claras que garanticen la igualdad y la seguridad jurídica, ya que lo expuesto sucede prácticamente en todas las Comunidades Autónomas.

XII. Palabras epilógicas.

De esta visión general, que apenas ha podido discurrir, a grandes trazos, sobre la epidermis de los conflictos internos de leyes en nuestro complejo país, se deduce

156 Las cursivas son más. La denominación Artziniega, en vascuence, admite en castellano tres variantes: Arceniega, Arcinaga y Arcinega, vid. Pascual Madoz: *op. cit.*, t. II, Madrid, 1845, pp. 470-471.

que en la actual situación jurídico-política española se precisa de un sistema de reglas de colisión específico para regular los conflictos intranacionales, con solución de los denominados “problemas generales”, alguno de los cuales como el de la calificación, como se ha visto, sigue hoy sin resolver, siendo como es, fundamental, así como conseguir la certeza y seguridad en cuanto a la vecindad civil de cada español, resolviendo los absurdos a los que lleva alguna de las normas vigentes y, en particular, su divergente aplicación por el estamento funcional, pues siempre que el texto, o aplicación, de una norma genere cualquier confusión en el fondo de la misma, como sostenía el pensamiento orteguiano, subyace siempre una injusticia. Al mismo tiempo se observa como necesaria una legislación estatal que delimite con claridad el ámbito de materias que pueden ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas que, a mi parecer, debe circunscribirse a las contenidas en las Compilaciones que vieron la luz en la segunda mitad del pasado siglo. La necesidad de que la terminología, en cuanto a las fuentes del Derecho se precise mejor, puesto que la “ley” es un concepto fundamentalmente asociado al Estado, por lo que en la norma de más alto rango de las Comunidades Autónomas, debería ser sustituido por otro, la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad cuando se planteen reformas de los Estatutos de Autonomía, etc. Es evidente que el legislador tiene ante sí una larga tarea, pero merecerá la pena llevarla a cabo, porque de ese modo se avanzará en la seguridad jurídica de los españoles sujetos a esa rica pluralidad de normas diversas cuya vigencia en la primera década del siglo XXI no hace más que constatar las profundas raíces de la extraordinaria historia del Derecho español a través de los siglos. Ello conducirá a que la realización del Derecho, la satisfacción de pretensiones, como definía el profesor Guasp Delgado al proceso civil, pueda alcanzarse aunque existan muchas vías para ello. Los ordenamientos jurídicos son diferentes entre sí, como las religiones, pues en realidad son caminos de diversos trazados que conducen a un mismo lugar. Con razón se dice *multitudo legum, ius unum*. Y es que, efectivamente, es así, porque las leyes son multitud, pero el Derecho es uno y sólo uno.

He dicho.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO
EXCMO. SR. DR. D. ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE**

Excelentísimos Señores Presidente y Miembros de esta Real Academia de Doctores de España:

Señoras y Señores:

Tengo el privilegio de ser el portavoz de esta Corporación al revalidar los méritos de quien pertenece a ella desde hace tiempo, y ahora se dispone a integrarse con mayor eficacia en sus actividades, desde la calidad de Numerario.

Este Profesor de Derecho Internacional nos ha deleitado con una investigación que trae aromas clásicos desde su mismo título: *De conflictu legum diversarum*. Pero aporta también profundidad temática desde su objeto: los problemas a que da lugar la diversidad de estatutos personales, para que puedan ser aplicadas las normas jurídicas más generales sin romper los derechos de nadie y sin quebrantar las reglas de cooperación general.

Efectivamente los juristas e investigadores que se ocupan de estos problemas se centran más en la perspectiva política y de las Organizaciones Estatales e Internacionales que en esta secuencia singular donde se decantan las más elementales precisiones del Orden social: pues *personarum causa omne ius constitutum est*.

La preparación de este nuevo Numerario ha sido sobresaliente. Tengo la satisfacción de haber conservado su amistad desde aquel año 1957 en que se sentaba en los bancos de la Facultad de Derecho, donde yo mismo estrenaba mi primer nombramiento de Ayudante, tras haber defendido mi Tesis de Doctor. He seguido atento su carrera Académica, iniciada en la estela de aquel maestro que fue Mariano Aguilar Navarro, y remontada en la serie de investigaciones sobre conflictos de jurisdicciones, extranjería, ejecuciones de sentencias de países extranjeros, derechos de la personalidad, estatutos personales, migraciones, inscripciones relativas al estado civil,

regímenes matrimoniales y sus implicaciones y otros temas de su especialidad, donde ha expuesto claramente su propia opinión sobre lo que debe ser la estructura jurídica de una familia normal y no mediatizada por injerencias ideológicas perversas. Pero al mismo tiempo estudios en materias típicas del Derecho Internacional Público: derechos de soberanía, aguas territoriales, inmunidades, problemas de nacionalización, etc. Y ha aprovechado las oportunidades que su cultura histórica le proporciona, para publicar documentos, comentarios y cuestiones que desde el pasado podrían iluminar y desatascar muchas situaciones que en el presente muestran síntomas de desesperanza insoluble.

De ahí la importancia del título de su discurso: *de conflictu legum diversarum*, procedente de un estudio redactado durante la más trágica y cruel de las guerras que habían ensangrentado Europa hasta llegar a la guerra de 1914-18, y cuyo desenlace llevó consigo el descuartizamiento de la España que nunca ha podido recuperarse ya.

Quiero insistir además cómo ha colaborado en actividades más cercanas. Su participación en volúmenes homenaje a otros maestros y colegas de Especialidades Jurídicas próximas a la suya, y su colaboración en obras colectivas, le han dado oportunidad de ampliar el catálogo de sus estudios, pero también corresponder a las invitaciones que le han sido dirigidas para incluirle en los índices de publicaciones que pretendían honrarse con su firma.

Enumerar sus Distinciones Académicas sería interminable, desde los Premios recibidos desde su Doctorado en 1972, así como su presencia en Asociaciones Internacionales y en Congresos sobre materias propias de las disciplinas que ha estudiado. Pero lo más notable es su generosidad en estas mismas actividades, como Secretario General, como Ponente, como Redactor de Informes, como Asistente a Cursos, como Investigador, como portavoz de asuntos que afectaban al Ordenamiento o a la Política española para ser conocida a niveles de estudio internacional, etc.,

Su actitud siempre positiva le ha traído también responsabilidades importantes, ya en el seno de Departamentos y Centros Universitarios, ya en su etapa como Secretario General de la Universidad Complutense de Madrid.

Su presencia, en tiempos y circunstancias oportunos, en el Instituto Francisco de Vitoria de Derecho Internacional (del CSIC), la Sociedad de Estudios Internacionales, el Instituto de Cultura Hispánica, la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Tribunal Internacional de Justicia, la Asociación de Derecho Internacional, y, más cercanamente, el ser Académico Correspondiente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (del Instituto de España) y de esta misma Real Academia de Doctores, así como Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia desde 1992, perfilan la personalidad de una vocación de saber y de ser útil, desde sus conocimientos y desde sus compromisos como investigador, del Dr. Tomás Ortiz de la Torre.

Y, junto a estos altos vuelos, la cariñosa atención hacia sus orígenes familiares, que comprobarán gustosamente al leer el texto de su discurso. Lo advertimos cuando estudia estructuras analizadas en aquella “Asturias, patria querida” que fue el himno unánime de todos los niños españoles en sus primeras excursiones escolares, pero también donde nuestro Académico encuentra datos entrañables para ilustrar su documentada investigación.

Al lado de esto, su dedicación vocacional ha sido tarea cotidiana y tenaz de “impartir clases”, encauzar el aprovechamiento de los estudiantes, servir a la actualidad de los eventos jurídicos desde la profundidad de los saberes humanos. Han sido muchos años, desde 1966, de enseñanza. La Universidad Complutense, la UNED, el Colegio S. Raimundo de Peñafort (más tarde Cardenal Cisneros), han sido las Instituciones que más se han beneficiado de su dedicación.

Su progreso intelectual ha sido permanente, dirigiendo y juzgando Tesis Doctorales, publicando recensiones sobre las más importantes obras que iban apareciendo en la bibliografía en diversos idiomas, presidiendo sesiones de Congresos, interviniendo en las contingencias presentes donde había que analizar y tomar posiciones científicamente relevantes dada la importancia y trascendencia de su especialidad académica.

A su jubilación como Profesor en activo, en 2010, han seguido nombramientos como Profesor Extraordinario en diversos Centros, y esta situación no significa para

él un término, sino una reconversión hacia estudios preferidos, una vez dejados atrás los agobios administrativos. Precisamente esta Real Academia le ofrece un ámbito insuperable para su acción.

¿Qué podrá decir ahora sobre su discurso “El pluriverso jurídico-político español”?

Se trata de los conflictos internos de leyes, donde en un mismo espacio están ciudadanos de países distintos, tienen vigencia estatutos de niveles distintos (desde el familiar y local hasta el de las Uniones de Estados y el de las Instituciones Mundiales). Un mundo de pretensiones, derechos, influencias, reglas y fuerzas coactivas donde uno apenas podría asomarse y pretender entenderlo, sin volverse loco.

Los principios y técnicas del Derecho Internacional tratan de analizar esa complejidad situacional, ese entramado de intereses, esa grandiosa unificación de instituciones dentro de la prolijidad de sus particularidades. Y en el horizonte de esa primacía en que el Derecho sea “forma de libertad responsable”, nuestros juristas tratan de hallar líneas de inteligencia primero, y de arreglo después, de líneas de acción sostenibles para que no haya opresiones, violencias, destrucciones ni más desastres que los debidos a inevitables infortunios naturales e imprevisibles.

Pero las situaciones obvias y pacíficas no presentan más problemas que las de emplear sentido común. Por el contrario, el Derecho Internacional Privado se ocupa de esas situaciones límite en que la libertad, la dignidad, el bienestar e incluso la existencia de muchas personas esté en riesgo.

El Dr. Tomás y Ortiz de la Torre estudia cómo operan y en qué consisten esas “reglas de conflicto”, “reglas de colisión”, “reglas de conexión”, “reglas de competencia”, “reglas de remisión”.

Se estudia este conjunto de temas ateniéndose a la historia y a la actualidad del Ordenamiento Jurídico Español. Ello de un modo que, por ser muy resumido sintetiza de modo clarísimo la índole de las cuestiones que se hallan en juego.

El sustrato de las culturas ibéricas, de los Reinos medievales junto con los privilegios, fueros y regalías donde se coordinaba -de modos tan diferentes- la coexistencia de clases nobiliarias y mercantiles con poblaciones rurales y a veces oprimidas, emerge aún tras las últimas organizaciones del Estado autonómico.

Muchas de estas situaciones son las que han dado campo a la investigación estudiada por nuestro reciente Académico. Y la complejidad que los valores universales de la persona plantean dentro de los diferentes niveles reguladores y de sus respectivas jurisdicciones, en el ámbito de la actual organización jurídica y política mundial; repercute también hasta en nuestras instituciones vecinales.

Cuando leamos, en nuestras casas, el texto que nos ha resumido la exposición oral efectuada por su autor, podremos valorar aún mejor el mérito de su redactor.

No es ahora el momento de subrayar detalles ni de llamar la atención hacia aspectos concretos.

Tampoco es mi persona la más indicada para hacerlo. No podría cumplir esa tarea sin desvelar aspectos míos que nada añaden a lo ya dicho esta tarde, y se podrían concretar en los siguientes: mi afecto y mi sentimiento más cordial a favor del nuevo Académico, que podrían parecer favoritismo y parcialidad hacia aquel antiguo alumno mío en el Curso 1957-58, en la asignatura de Derecho Natural, y posterior profesor de mi hijo mayor, ahora también docente universitario en la asignatura de Derecho Constitucional; y, por otro lado, no debo manifestar en público mi cortedad en el conocimiento de unos temas, donde quien sabe es precisamente el Doctor Tomás y Ortiz de la Torre, cuyos estudios merecen ser leídos y tenidos en cuenta por sí mismos.

A través de su Discurso de Ingreso, ya hemos escuchado en esta materia lo suficiente, y sólo nos queda aplaudirle y mostrarle nuestro aprecio, al tenerle entre nosotros.

Muchas gracias, Sr. Presidente, y Sres. Académicos, por la confianza depositada en mí para explicar y justificar, en la presente Sesión Extraordinaria de la Real Academia de Doctores de España, las altas e importantes razones por las cuales D. José Antonio Tomás y Ortiz de la Torre haya de tomar posesión de su rango de Académico Numerario.

De nuevo, muchas gracias a todos.

