

Incidencia del art. 149.1.8^a de la Constitución en el Capítulo V del Título Preliminar del Código Civil

Incidence of art. 149.1.8^a of the Constitution in Chapter V of the Preliminary Title of the Civil Code

ALBERT FONT I SEGURA

*Profesor titular de Derecho internacional privado
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)*

Recibido: 09.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9363

Resumen: El trabajo analiza la incidencia del artículo 149.1.8^a CE en el Capítulo V del Título Preliminar del Código Civil, explorando cómo la Constitución transformó el modelo territorial de España de un Estado unitario a uno compuesto. El artículo 149.1.8^a CE simboliza las tensiones entre unidad y diversidad normativa. El modelo plurilegislativo amparado por la CE, fruto de la historia y una exigencia democrática, debería reflejar un reconocimiento activo de la diversidad territorial. El texto aborda las dificultades interpretativas del artículo, especialmente respecto a los límites de la competencia autonómica en materia civil y la influencia histórica en la atribución de competencias. También analiza cómo el Tribunal Constitucional ha oscilado entre interpretaciones foralistas y autonomistas. Finalmente, se reflexiona sobre cómo la plurilegislación civil, lejos de fragmentar el ordenamiento, enriquece el sistema jurídico, asegurando la unidad bajo los principios de supremacía constitucional y pluralidad legislativa.

Palabras clave: Sistema plurilegislativo, derechos civiles, diversidad normativa, unidad del ordenamiento jurídico, competencia autonómica, competencia estatal.

Abstract: The paper examines the impact of Article 149.1.8 of the Spanish Constitution on Chapter V of the Preliminary Title of the Civil Code, exploring how the Constitution transformed Spain's territorial model from a unitary state to a composite one. Article 149.1.8 CE symbolizes the tensions between unity and legal diversity. The plurilegislative model covered by the Constitution, a product of history and a democratic necessity, should reflect an active acknowledgment of territorial diversity. The text addresses the interpretative challenges posed by the article, particularly concerning the limits of regional competence in civil law and the historical influence on the allocation of powers. It also analyzes how the Constitutional Court has oscillated between foralist and autonomist interpretations. Finally, it reflects on how civil plurilegislation, far from fragmenting the legal system, enriches it by ensuring unity under the principles of constitutional supremacy and legislative plurality.

Keywords: Plurilegislative system, civil law, normative diversity, unity of the legal system, regional competence, state competence.

Sumario: I. Introducción. II. Significado del Capítulo V del Título Preliminar del CC. 1. Antecedentes. 2. Asunción (¿definitiva?) de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles. 3. Relación vertical entre el CC y el resto de derechos civiles. 4. Regulación de la vecindad civil como criterio de sujeción a uno de los derechos civiles españoles. 5. Regulación de los conflictos de leyes

entre los derechos civiles españoles. III. Un nuevo paradigma. La Constitución y la configuración del Estado compuesto. 1. La configuración del Estado compuesto como una apelación a la historia. 2. La configuración del Estado compuesto como una exigencia democrática. IV. Presentación del art. 149.1.8ª CE: dificultades y problemas. 1. El art. 149.1.8ª CE como muestra de las dificultades de la creación de un Estado compuesto. 2. Proceso de elaboración. V. Problemas interpretativos del art.

I. Introducción

1. Suele decirse que la existencia de un ordenamiento plurilegislativo es fruto de factores de carácter histórico¹, lo que puede también afirmarse para el régimen jurídico español². Sin embargo, este apriorismo puede al mismo tiempo ser perverso puesto que parte de una concepción que exige una justificación del carácter plural del ordenamiento por su rareza y singularidad, cuando tan importante es la historia para explicar un ordenamiento unitario como un ordenamiento plurilegislativo. En cualquier caso, no deja de ser cierto que una aproximación histórica explica muchos de los elementos que configuran el ordenamiento plurilegislativo español actualmente vigente. Por este motivo, en una contribución que tiene por objeto la incidencia del art. 149.1.8ª CE en el Capítulo V del Título Preliminar del CC es inevitable relatar brevemente los antecedentes y principios que conformaron la coexistencia de distintos regímenes civiles en España hasta la adopción de la Constitución en 1978³, momento en el que, a mi juicio, se cierra un ciclo del ordenamiento plurilegislativo dentro del cual se suceden distintas etapas que van *del rechazo a la tolerancia, pasando por la reticencia*. El epígrafe II pone de manifiesto una dinámica histórica ya conocida en la que se expresa la contraposición de voluntades entre la *subsistencia*⁴ de un ordenamiento que en materia civil se quiere unitario y la conformación de un ordenamiento que de hecho es plural. No obstante, como decía, debe evitarse que los factores históricos condicionen por sí solos la interpretación y construcción del sistema. En realidad, la CE da un vuelco a los precedentes históricos que, aun siendo relevantes, dejan de ser determinantes.

2. La adopción de la CE determina el inicio de un nuevo paradigma al establecer una organización compleja y singular, especialmente por su enfoque en la estructura territorial del Estado, que pasa de ser unitario a compuesto. El giro propiciado por la CE deriva directamente del reconocimiento del derecho a la autonomía en un modelo territorial consagrado en el art. 2 CE, presidido por los principios de unidad y diversidad⁵, que se proyectan también en lo que respecta al derecho civil y su atribución competencial. El origen y los fundamentos sobre los que reposa la estructura de la organización territorial del Estado obedece tanto a una apelación a la historia, como, quizá más importante aún, a una exigencia democrática de la que deriva la pluralidad política y territorial, condensadas en las líneas maestras establecidas en el art. 1 CE y en el art. 2 CE. El epígrafe III profundiza en estos fundamentos que encuadran el marco en el que debe efectuarse la interpretación del artículo 149.1.8ª CE, una norma de competencia que al mismo tiempo que condensa las discrepancias acerca de la pluralidad normativa, encarna las dificultades para implantar un plan constitucional en construcción sobre la base de dichos fundamentos.

3. La complejidad tanto de la disposición en sí misma como del alcance y efectos que ésta tenía, considerando el cambio de rumbo tomado, obliga a realizar un examen detenido del art. 149.1.8ª CE. Por ello, se dedican los dos siguientes epígrafes a analizar dicha disposición. En efecto, este artículo

¹ En este sentido, *vid.* E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali: saggio comparativo*, Turín, G. Giappichelli, 1954, pp. 23-32; E. VITTA “Interlocal Conflict of Laws”, capítulo 9 de “Private International Law” (K. LIPSTEIN, ed.), vol. III de *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubinga/La Haya/Boston/Londres, J. C. B. Mohr, 1985, p. 3.

² Considerando aconsejable también una aproximación histórica *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Madrid, 1998, p. 291; igualmente, *vid.* P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Internal Conflicts and “Interregional Law” in the Spanish Legal System”, *SYLL*, 1997, V, p. 48 y ss.

³ Un análisis más amplio puede consultarse en la contribución en esta obra de R. ARENAS GARCÍA.

⁴ Obviamente, la inversión de términos es deliberada.

⁵ El art. 2 CE comprende también el principio de solidaridad, cuya relevancia se proyecta en distintos preceptos de la Constitución, como el art. 138.1 CE, el art. 156.1 CE y el art. 158.2 CE, pero no encuentra acomodo en el art. 149.1.8ª CE por la propia naturaleza de la competencia atribuida.

evidencia la complejidad de construir un modelo de Estado compuesto que mantenga un equilibrio entre la unidad y la diversidad. Las dificultades se observan tanto en el proceso de elaboración de este precepto como en su interpretación y aplicación en la práctica, lo que ha dado lugar a múltiples debates doctrinales y conflictos competenciales. Por una parte, en el epígrafe IV se sopesan las opciones que potencialmente tenía el legislador constituyente al regular lo que en aquel momento era una cuestión espinosa, por las dificultades y problemas que acarrearía una atribución de competencia que comportaba recorrer el camino de la *tolerancia a la pluralidad normativa* en materia civil -presente en el art. 13 CC- a la *asunción de la pluralidad de legisladores* en materia civil. Todo ello sin dejar de atender al revelador proceso de elaboración de una disposición tan compleja como crucial para la legislación civil en el ordenamiento español. Ahora bien, sin lugar a dudas tan relevante como el art. 149.1.8ª CE es también la interpretación que ha proporcionado el TC. Así, en el epígrafe IV se delimitan críticamente los sujetos y el objeto de la materia cuya competencia es atribuida en aplicación del primer inciso del art. 149.1.8ª CE de acuerdo con la doctrina constitucional.

4. La contribución termina con unas reflexiones a modo de conclusión, pero no me puedo resistir a lanzar una primera reflexión que más que auto justificativa es autocrítica. El desafío de plantear un análisis del art. 149.1.8ª CE es enorme porque se trata de un precepto complejo que pone de manifiesto las diversas y a menudo contrapuestas concepciones del modelo territorial del Estado. Es necesario reconocer que, precisamente por ello, el análisis de esta norma -de cualquier norma, en realidad- no puede ser ni inocuo ni aséptico. La alambicada redacción de la norma -quizá una ambigüedad calculada- conlleva inevitablemente interpretaciones condicionadas por la visión de la estructura territorial que cada cual entiende reflejada en la Constitución. No hay que olvidar que es opinión generalizada⁶ que, en beneficio del consenso, el constituyente dejó deliberadamente abiertas muchas cuestiones acerca de este tema. Las carencias e indeterminaciones de la Constitución están igualmente presentes en este artículo, que ha sido objeto de análisis exhaustivos y cuyo estudio plantea, por tanto, la dificultad de aportar una perspectiva mínimamente novedosa. En efecto, por el objeto de la materia atribuida, la citada disposición ha recibido una amplia atención desde una óptica civilista, así como también desde el ámbito del derecho internacional privado, por el resultado al que conduce la plurilegislación y por las condiciones en que se produce el conflicto interno de leyes⁷. Sin embargo, tal vez lo que resulte más pertinente sea avanzar hacia un análisis más profundo desde parámetros estrictamente constitucionales⁸, considerando el carácter estructural a la vez que vertebrador que esta norma tiene en la organización territorial del poder político. Esta contribución se presenta, por tanto, como una aportación adicional a la aproximación poliédrica que esta compleja norma -y el modelo territorial en su conjunto- exige, integrando en el debate una reflexión que complementa los estudios existentes.

II. Significado del Capítulo V del Título Preliminar del CC

5. Un estudio relativo a la incidencia del art. 149.1.8ª CE sobre el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil obliga primero a considerar, aunque sea brevemente, el significado y contenido de dicho capítulo. No cabe duda de que el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil⁹, y en particular el art. 13 CC, constituyó una novedad sin parangón en el panorama español. En efecto, incluido *ex novo* a raíz de la

⁶ Vid. por todos D. JOVE VILLARES, “El Tribunal Constitucional como constituyente prorrogado de la constitución territorial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 2017, pp. 237-257.

⁷ Vid. O. CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho interregional desde una nueva perspectiva”, *REDI*, 1987, 2, p. 478, poniendo de manifiesto que el carácter compuesto del Estado, la existencia de normas de conflicto específicas de cada uno de los ordenamientos integrantes del sistema plurilegislativo o el hecho de que las normas de conflicto sean únicas para los distintos ordenamientos coexistentes en un mismo Estado, son parámetros a tener en cuenta para configurar un modelo teórico de análisis.

⁸ Sin embargo, I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica: estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, València, 2019, constituye una relevante excepción a tener muy en cuenta.

⁹ Vid. Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, texto articulado como consecuencia del mandato establecido en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil (*BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1973, pp. 5497-5498).

reforma que tuvo lugar en 1974, el capítulo atribuye un nuevo significado a la pluralidad normativa en España. Se abandona la unificación del ordenamiento en materia civil, como idea tanto orgánica como motriz, y se acepta la pluralidad normativa debida a la existencia de diversos regímenes jurídicos. Se trata de una decisión con afectación estructural sobre el ordenamiento. Por eso, tan pronto como fue adoptado, se mantuvo que el Título Preliminar -y con él, el Capítulo V- contenía disposiciones de alcance constitucional¹⁰.

Bajo el título Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil constituye un primer avance hacia la plena asunción de la pluralidad de sistemas civiles que tendrá lugar en el ordenamiento jurídico español a raíz de la promulgación de la CE en 1978. El título referido ya es en sí mismo elocuente en la medida en que proclama la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles en España -no se trata ya de una mera pluralidad normativa, sino del reconocimiento de la existencia y permanencia de auténticos regímenes civiles- y siembra el germen de la igualdad en la articulación entre los distintos derechos civiles españoles al partir de la consideración que la sujeción a cualquiera de dichos derechos se determinará por la vecindad civil en régimen de igualdad¹¹.

1. Antecedentes

6. La unificación del derecho civil con base en el derecho civil de Castilla, y el consiguiente propósito de derogar el resto de sistemas de derecho civil vigentes en otros territorios peninsulares, es una aspiración que se manifestó con particular fuerza en tres períodos históricos. Por una parte, durante la guerra de sucesión en el siglo XVIII, conforme se iban conquistando las entidades políticas que conformaban la Corona de Aragón, el propósito uniformizador perseguía dismantelar la estructura jurídica que sostenía el edificio político e institucional de los reinos y territorios de la Corona de Aragón, bajo la matriz del derecho de Castilla¹². Si bien se admitió la pervivencia del derecho civil en la mayor parte de estos territorios¹³, su posterior evolución y renovación se vio cercenada al ser desprovistos de los mecanismos de producción normativa. Por otra parte, la ambición unificadora resurgió durante el prolongado proceso en el que se gestó la codificación del derecho civil en España en el siglo XIX cuya solución final consistió, sin embargo, en codificar el derecho civil castellano¹⁴ y admitir provisionalmente la subsisten-

¹⁰ Vid. M. HERRERO DE MIÑÓN, “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista de estudios políticos*, nº 198, 1974, pp. 89-114, calificándolo como ley básica de la Constitución en sentido absoluto, *vid.* p. 91 y, en particular, pp. 98 y ss., advirtiendo del peligro de la confederalización del ordenamiento, pp. 103-104.

¹¹ Vid. base séptima, punto dos de la Ley de bases de 1973. Obsérvese, sin embargo, que no se proclama propiamente la igualdad entre los distintos regímenes civiles.

¹² Entre otras razones porque concedía un ámbito de poder más amplio al soberano, *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 374.

¹³ La derrota de los territorios que conformaban la Corona de Aragón se quería materializar jurídicamente con la adopción de sendas medidas abrogatorias que condujeran a suprimir de forma completa los ordenamientos de los Reinos que se opusieron al candidato Borbón. Primero, respecto de los Reinos de Aragón y Valencia, mediante el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, con un “contenido algo improvisado y experimental, en el que también se aprecia un objetivo disuasorio y ejemplar”, *vid.* R. VERDERA SERVER, “Competencias de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho privado”, *Instituciones de Derecho privado valenciano* (C. LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 33. Si bien posteriormente, mediante el Decreto de 3 de abril de 1711, se estableció la devolución de las leyes civiles al Reino de Aragón, al fijar las normas que había de aplicar la Audiencia de Zaragoza. Por el contrario, no se restablecen formalmente las leyes civiles del Reino de Valencia. Posteriormente, en Mallorca y Cataluña, mediante los Decretos de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715 y de 9 de octubre de 1715, respectivamente, la situación fue resuelta de forma distinta puesto que la abolición abarcó las normas político-administrativas sin afectar al ordenamiento civil, mercantil, penal y, parcialmente, procesal.

¹⁴ Vid. art. 8, base 27 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, Gaceta de Madrid, núm. 143, 22 de mayo de 1888. Vid. C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “El Código Civil o la codificación del Derecho castellano”, en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, t. II, pp. 1205-1229. Se trataba, no obstante, de una sistematización renovadora que manifestaba un cierto esfuerzo integrador, aunque partiendo del derecho tradicional de Castilla y al servicio de su modernización, con respecto al resto de los derechos civiles españoles. Vid. M. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, Plus Ultra, 1885, en la edición de 1948 con prólogo de J. Castán, accesible en https://derechoaragones.aragon.es/bvda/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=101457. Puede consultarse asimismo *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Coord. C. ROGEL, C. VATTIER, Madrid, Tecnos, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1991.

cia íntegra del resto de derechos civiles¹⁵. En realidad, conforme al programa codificador, el fenómeno de la pluralidad normativa fue considerado por el legislador como una reliquia histórica proveniente del Antiguo Régimen¹⁶ que debía suprimirse mediante la unificación normativa. El ideario codificador, que se fundaba en el iusnaturalismo racionalista, como aparato filosófico, y en el liberalismo político, como aparato ideológico, pretendía conseguir una transformación económica y política de la sociedad que solo se veía posible con la uniformidad del espacio jurídico¹⁷. En este contexto, el Código civil posee una naturaleza política como instrumento al servicio de una determinada unificación jurídica¹⁸. Por fin, el tercer período en el que aflora esta cuestión es durante el régimen franquista mediante el proceso compilatorio que tuvo lugar a lo largo del siglo pasado en el período que transcurre entre 1959 y 1973, fruto del Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, en el que se quieren sentar las bases para la futura adopción de un Código general de derecho civil¹⁹. Persiste en este momento la tensión existente entre los partidarios de la unificación y los que apostaban por el reconocimiento de los derechos forales, solución por la que se decanta el Congreso²⁰ y que es acogida por el legislador²¹. El legislador -estatal, como no podía ser de otro modo- aprueba en el transcurso de estos años las compilaciones de cada uno de los territorios con derecho civil propio²², pero siempre bajo un objetivo final que no era otro que el de la adopción de un Código civil general para España²³.

¹⁵ La solución transigida quedó reflejada en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, *vid.* art. 5 y 6 y establecida en el art. 12 CC (1889 CC), donde destacaba la provisionalidad y accesoriedad de los derechos “forales” que, no obstante, se mantenían. La pretensión era desplegar una mera catalogación de las instituciones forales mediante “Apéndices”, en calidad de leyes especiales (*vid.* art. 5 del Real Decreto de 17 de abril de 1899, Gaceta de Madrid, núm. 108, de 18 de abril de 1899, estableciendo el nombramiento por el Gobierno de las comisiones especiales encargadas de adoptar “los proyectos de ley en que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existan”). Sin embargo, lo cierto es que las reticencias que despertó el sistema apendicular para llevar a cabo una verdadera sistematización desarrollada de aquellos derechos, no facilitaron la adopción de los Apéndices, salvo el Apéndice al Código Civil del Derecho foral de Aragón, Real Decreto-ley de 7 de diciembre de 1925, Gaceta de Madrid, núm. 349, 15 de diciembre de 1925. En relación con el derecho civil catalán, *vid.*, P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Ed. J. Bosch, Barcelona, 1985, especialmente pp. 149-174.

¹⁶ M. ALONSO expresa esta concepción en *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, *op. cit.*, p. 15 y ss. Este pensamiento empieza a abandonarse durante la segunda mitad del siglo XX, teniendo reflejo en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, donde se pone de relieve que “La fortaleza de la integración histórica y política de España, lejos de resentirse, alcanza su completa realización con el reconocimiento de los derechos forales, que no son formas privilegiadas ni meros residuos personalistas de normas anacrónicas, sino verdadero y actual reflejo jurídico de realidades perceptibles en nuestro propio modo de ser y existir colectivos.” (el destacado es del autor).

¹⁷ Sin embargo, como pone de relieve C. LASARTE ÁLVAREZ, en la España de finales del XIX la codificación se impuso más como un mecanismo de simplificación, racionalización y sistematización que como un producto de la revolución burguesa, más allá de “un necesario reajuste del Derecho que, claro es, no se podía seguir asentando en los pilares del fenecido *ancien regime*”, *vid.* “Autonomías y Derecho privado en la Constitución española de 1978”, *Revista de Estudios Regionales*, Vol. 11 Extraordinario, 1980, pp. 165-202, en particular p. 174, nota 4.

¹⁸ *Vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones: 1808-1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 123.

¹⁹ *Vid.* las conclusiones del Congreso en *ADAr*, 1946, pp. 460-487, en especial la conclusión primera. En relación al mismo *vid.* J. LACRUZ BERDEJO, “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946”, *ADC*, 1948, pp. 145-156; asimismo las referencias introducidas por F. DE CASTRO Y BRAVO, “La cuestión foral y el Derecho civil”, *ADC*, 1949, pp. 1007-1046, acérrimo defensor de la unificación del derecho civil, como se puede apreciar cuando aborda la “cuestión foral” en su obra *Derecho civil de España. Parte General*, Valladolid, Ed. Casa Martín, 1942.

²⁰ *Vid.* M. MONTSERRAT I GÁMIZ, “Evocación del Congreso Nacional de Derecho Civil (1946)”, *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, 1996, pp. 91-112.

²¹ *Vid.* Decreto de 23 de mayo de 1947 por el que se autoriza al Ministerio de Justicia para nombrar Comisiones de Juristas encargadas del estudio y ordenación de las Instituciones de Derecho Foral (BOE, 12 de junio de 1947).

²² *Vid.* Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, *BOE*, 31 de julio de 1959; Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (*BOE*, 22 de julio de 1960); Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares (*BOE*, 21 de abril de 1961); Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (*BOE*, 5 de diciembre de 1963); Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón (*BOE*, 11 de abril de 1967) y Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*BOE*, 7 de marzo de 1973).

²³ *Vid.* la Exposición de motivos del Decreto de 23 de mayo de 1947, recordando las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946, “...”, en el que se abordó amplia y libremente este problema de la coexistencia en España de diferentes legislaciones forales y en el que acertadamente se llegó, por unanimidad, a aconsejar la solución de un Código Civil general para España.”

7. La etapa compiladora concluyó con la adopción del Título Preliminar del Código civil, momento en el que se produce un cambio de rasante, no solo por una aproximación distinta a la pluralidad normativa, sino también por la necesidad de articular la complejidad legislativa derivada de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles. En este contexto, el Capítulo V Título Preliminar aborda los siguientes temas²⁴: asumir la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles, fijar las normas que se impongan por igual a todos los derechos civiles coexistentes en España²⁵, perfeccionar la regulación de la vecindad civil como criterio de sujeción a uno de los derechos civiles españoles y regular los conflictos de leyes entre dichos derechos civiles.

2. Asunción (¿definitiva?) de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles

8. Frente a la provisionalidad con la que se sostenía la pluralidad normativa en el antiguo art. 12 CC, conforme al cual los territorios con derecho foral “lo conservarán por ahora en su integridad”, la modificación del Título Preliminar introduce el art. 13 CC que, no solo descarta este carácter provisional, sino que consagra el pleno respeto de “los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes”. En realidad, la reforma del Título Preliminar del Código civil más que iniciar un ciclo, cierra una etapa cuyo objetivo no era otro que facilitar la adopción de un Código general para España²⁶. No obstante, y paradójicamente, la adopción sucesiva de las compilaciones provocó la renuncia de la función unificadora a la que servían, abandonando la provisionalidad con la que se permitía que persistieran los derechos forales y afectando profundamente la configuración que había presidido estructuralmente el ordenamiento jurídico español en materia civil en los últimos 250 años. En efecto, el pleno respeto de los derechos forales supone el reconocimiento de que cada derecho foral es un sistema jurídico que es derecho común en su respectivo ámbito territorial de aplicación²⁷.

Ahora bien, el reconocimiento de la coexistencia de regímenes civiles no estaba exento de limitaciones e inconvenientes. No hay que olvidar que el pleno reconocimiento se da después de haberse adoptado las compilaciones, un producto normativo heterogéneo que no solo reducía, sino que al mismo tiempo inmovilizaba los derechos “forales”. En efecto, si bien la tarea compilatoria mantuvo la diversidad normativa, supuso al mismo tiempo un retroceso respecto a los derechos que estaban siendo objeto de compilación. Las compilaciones son, en general, el producto de un recorte²⁸. Por otra parte, se trata

²⁴ Puestas de manifiesto en los últimos párrafos de la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo.

²⁵ Las Compilaciones podían contrariar las normas con aspiración a “rango constitucional” presentes en el Título preliminar CC 1889 dado que eran leyes asimismo estatales que fueron adoptadas con posterioridad. La modificación del Título Preliminar en 1974 intentaba cerrar esta posibilidad, restableciendo su aplicación prioritaria. *Vid.* el capítulo de R. ARENAS GARCÍA a esta y referencias allí realizadas.

²⁶ *Vid.* el párrafo séptimo de la Exposición de motivos de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil BOE núm. 69, 21 de marzo de 1973. “(...), se ha dado cima a las Compilaciones referidas a los distintos regímenes civiles coexistentes en el territorio nacional, que constituyen la primera etapa que ha de facilitar el logro de un Código general para España.”

²⁷ Sobre esta cuestión *vid.* F. BADOSA COLL, “Derecho civil común y derechos civiles especiales”, en *Memoria de Derecho civil*, Universitat de Barcelona, 2010, pp. 60-110. Afirmación de consenso que más tarde adquiere un potencial posiblemente inadvertido, cuando la CE ampara el desarrollo de los derechos civiles autonómicos, y que seguramente no ha sido todavía plenamente asumida por todos, como pone de relieve M. C. Gete-Alonso, *vid.* “Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019”, *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 41-89, en particular pp. 57: “Un Derecho Común¹⁴ al que se reconduce no sólo el elenco de materias de competencia exclusiva del Estado (las del art. 149.1ª.8 CE, o las del art. 13 CC) sino que en general se predica de todas las contenidas en el Código civil español de 1889; en una clara distorsión del significado histórico del término (aplicado al Derecho romano-canónico de la recepción) y olvidando que la función de supletoriedad de segundo grado no lo convierte en superior jerárquico. Un Código civil como Derecho común que, con el significado en el que se emplea ya desapareció y debió haberse eliminado cuando se reconoció la plurilegislación civil y que, si se mantiene, es con un significado diferente al histórico y en ningún caso extenso (como se pretende).”

²⁸ Así es, salvo en el caso del derecho navarro. Valga como ejemplo que el sistema de fuentes y los principios de autointegración establecidos en el anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña, arts. 3, 4, 5 y 6, fueron rechazados por la Comisión General de Codificación. *Vid.* LL. PUIG I FERRIOL, “La configuració del dret civil català des de la Constitució de Felip II de l’any 1599 fins al codi civil de Catalunya”, en C.E. FLORENSA I TOMÁS (dir)/J.M. FONTANELLES MORELL (COORD.), *La codi-*

de un proceso que en conjunto se llevó a cabo en un prolongado periodo de tiempo, lo que determinó que el resultado final no fuera el mismo -en cuanto al alcance y contenido- en cada uno de los territorios con derecho civil propio puesto que la permisividad varió en función del momento en el que se culminó la tarea compilatoria²⁹. Por fin, la tarea compilatoria supone la congelación del sistema de normas que representan los derechos forales, convirtiéndolo en un conjunto inerte que no goza de ninguna posibilidad de transformación más allá del control que pueda ejercer el único legislador existente, el estatal.

3. Relación vertical entre el CC y el resto de derechos civiles

9. El reconocimiento de los regímenes civiles “forales” no alteró la posición preeminente del llamado derecho civil común, por su carácter general y su aplicación directa en los ámbitos no regulados por los “derechos especiales o forales”. Tanto en el art. 12 CC, en su versión de 1889, como en el art. 13 CC, en su versión de 1974, se constata una específica determinación del ámbito de aplicación territorial del Título Preliminar y del Título IV del Libro I (“con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”, se precisa en la versión de 1974³⁰) cuya aplicación es obligatoria (versión 1889) o general y directa (versión 1974), por oposición al resto de disposiciones del Código civil cuya aplicación es supletoria en el territorio de los derechos forales³¹. Sin embargo, hay que tener presente que el art. 13 CC prevé una doble limitación³². Por una parte, la aplicación general y directa se predica en la medida en que determina los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación. Por otra parte, se establece una supletoriedad de segundo grado que, aunque enfatiza el carácter general del derecho civil común, posterga su aplicación dado que el “pleno respeto” supone reconocer que cada derecho civil es derecho común en su respectivo ámbito territorial³³.

4. Regulación de la vecindad civil como criterio de sujeción a uno de los derechos civiles españoles

10. En los arts. 14 y 15 se abordó la regulación de la vecindad civil, comprendida como el mecanismo de sujeción personal que fija el ámbito de aplicación de cada uno de los derechos civiles españoles. En una comparación entre la regulación de la vecindad civil establecida en el art. 15 CC, en su versión de 1889, y los arts. 14 y 15 CC, en su versión de 1974, se percibe un cambio en la formulación unilateral que de manera latente mantenía el art. 15 CC, heredado de la perspectiva adoptada en la primera redacción de 1888³⁴. La modificación efectuada en 1889 introdujo una cláusula de reciprocidad

ficación del Derecho civil de Cataluña, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 15-28, en particular p. 26; asimismo, E. BOSCH CAPDEVILA, “La compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?”, *Ius Fugit*, 2009-2010, t. 16, pp. 181-196, en particular p. 188 y ss. La propia composición de los miembros que elaboraron el anteproyecto y el texto definitivo de la Compilación -en el primer caso, íntegramente juristas catalanes, y, en el segundo, revisado por una comisión estatal en la que solamente había un representante catalán- es también buena muestra del control y recorte que se llevó a cabo en el proceso compilatorio.

²⁹ La aprobación de las Compilaciones se produjo en un período que va entre el año 1959 y 1973 lo que permite distinguir el margen de maniobra de que disponían las correspondientes Comisiones en función del momento en que se desarrollaron sus trabajos. Por ello, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 73-74 distinguen tres fases en este proceso de codificación.

³⁰ El motivo de la modificación adoptada en 1974 obedece a la delimitación del ámbito reservado a la regulación del Código civil, esto es las normas relativas al sistema matrimonial, dejando al margen el régimen económico matrimonial regulado de forma diversa en los distintos derechos civiles españoles, aspecto que no estaba literalmente explicitado en la disposición derogada por el art. 13 CC en 1974. *Vid.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13” en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1.083-1.201.

³¹ Sobre las diferencias entre el art. 12 CC (1889) y el art. 13 CC (1974), *vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”.

³² *Vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”.

³³ *Vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”, nota 33, con referencias al debate en la Ponencia de la Comisión de Justicia que tuvo lugar en ocasión de la adopción de la modificación del Título Preliminar del CC. *Vid.* asimismo M. C. BAYOD LÓPEZ, “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos. (en particular el derecho civil aragonés)”, *RDCV-V*, nº2, 1999, pp. 75-125.

³⁴ La primera redacción del art. 15 CC (1888) partía de la regulación exclusiva de la vecindad civil de las personas sujetas

que extendió las previsiones establecidas para determinar la vecindad civil “castellana” a los territorios de derecho foral³⁵. La modificación de 1889 permitió mantener una articulación coherente tanto con el art. 12 CC como con el art. 14 CC, cuando disponían respectivamente que “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” y que “Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 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”.

La reforma de 1974 no altera esta concepción sistemática y cabe decir que tampoco incorpora modificaciones esenciales respecto a la disposición que sería derogada (art. 15 CC 1889)³⁶. Simplemente, se asume que se trata de una regulación unitaria aplicable para determinar si se adquiere, se pierde o se recupera la vecindad civil en cualquiera de los territorios españoles con derecho civil propio, aunque la formulación es heredera todavía de una terminología que se va tornando caduca y que el constituyente, posiblemente por inercia, incorporó en la CE³⁷. En efecto, la vecindad civil tiene relevancia porque se suscita un conflicto de leyes y dicho conflicto se genera precisamente porque el derecho civil “común” deja de serlo, de lo contrario no habría conflicto de leyes. No tiene sentido, en consecuencia, mantener esta terminología, en particular la expresión “derecho especial”, que, por otra parte, retrotrae a la idea del código unitario.

5. Regulación de los conflictos de leyes entre los derechos civiles españoles

11. La aceptación de los derechos civiles especiales y forales, contenida en el art. 13 CC, conlleva una asunción también plena del tráfico jurídico interregional que, a su vez, va paralela a una mayor sofisticación en la regulación del tráfico jurídico internacional. Así, el art. 16 CC es, por así decirlo, trasunto del art. 13 CC. Ciertamente, el art. 16.1 CC mantiene la solución que ya preveía el art. 14 CC (redacción 1889) consistente en resolver los conflictos internos de leyes aplicando las normas de derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV. En efecto, el art. 14 CC establecía la aplicación de los artículos 9, 10 y 11, a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil. Dejando al margen en este trabajo la consideración acerca de la oportunidad y adecuación de esta solución³⁸, resulta evidente que el art. 16 CC explicita la asunción plena del tráfico jurídico interregional en el derecho positivo español. Así se desprende de la literalidad de la norma contenida en el primer inciso del art. 16.1 CC.

12. No obstante, es en los siguientes párrafos y apartados del precepto indicado donde se constata una preocupación por abordar el tráfico jurídico interregional con unas claves diferentes al de la regulación del tráfico jurídico internacional. Así es, tanto el apartado segundo del art. 16.1 CC, en el que se establece la inaplicación del artículo 12 CC sobre calificación, remisión y orden público para

al derecho civil de Castilla, dejando que en cada uno de los Apéndices del derecho foral correspondiente se determinara quien tenía la condición de aforado. Sobre ello, *vid.* E. GINEBRA MOLINS, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Estudis dret privat català, nº 6, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2002, pp. 336-353.

³⁵ El art. 15 CC en su versión de 1889 con una disposición que reza como sigue “Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.” La modificación fue debida a la presión ejercida por los juristas de territorios de derecho foral y, especialmente, por los juristas catalanes, *vid.* E. GINEBRA MOLINS, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, *op. cit.*, p. 343 y ss.

³⁶ Se mantuvo uno de los que fue el principal escollo una vez aprobada la CE, la discriminación por razón de sexo y, junto con ella, el principio de unidad familiar, *vid.* M. T. HUALDE MANSO, “Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, 720, pp. 1485-1558. Así, la modificación relevante proviene del impacto que tiene la CE, muy tardíamente reflejado por el legislador mediante la Ley 11/1990, de 15 octubre, sobre reforma del Código civil. *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 14”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1201-1248.

³⁷ Así disponía, y todavía dispone, el art. 14 CC “Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, (...)”.

³⁸ *Vid.* al respecto el capítulo de J. J. ÁLVAREZ RUBIO a esta contribución.

los supuestos de tráfico jurídico interregional³⁹, como el art. 16.2 CC⁴⁰, en el que se establecen reglas especiales en consideración al derecho de viudedad aragonés, o, por fin, el art. 16.3 CC⁴¹, relativo a la ley española aplicable a los efectos del matrimonio entre españoles, constituyen una prueba palmaria de la asunción de la pluralidad normativa y, con ella, de la necesidad de regular los conflictos internos de leyes teniendo en cuenta sus singularidades frente a la regulación del tráfico jurídico internacional, sin perjuicio de que el planteamiento no fuera tan profundo como debiera⁴².

III. Un nuevo paradigma. La Constitución y la configuración del Estado compuesto

13. Todo cambió, sin embargo, con la Constitución. No se trata solo del desplazamiento del Código civil por la Constitución, proceso que se había ido produciendo en la Europa occidental en el que sustituye la función constitucional del Código civil -especialmente en lo que se refiere a las normas relativas al sistema de fuentes, a la interpretación y a la aplicación y eficacia de las normas, aunque también por el programa económico-social que proyectaba en ámbitos tan diversos como la familia o la propiedad privada-. Se trata sobre todo de que la constitución deja de ser un documento meramente programático de carácter político y se reconoce que con ella se crea un nuevo orden social del que derivan principios fundamentales. Esto es especialmente cierto en España donde se transitaba de la legalidad franquista que amparaba un régimen dictatorial a la legalidad constitucional cuya legitimidad se basa en la soberanía nacional que reside en el pueblo español. Además de crear un nuevo orden político-social, la Constitución es un texto con alcance jurídico que constituye la fuente suprema del derecho en el nuevo ordenamiento y del que deriva la validez y eficacia de las normas⁴³. Se configura así un círculo cerrado, estableciéndose un sistema en el que la autoridad de todas las instituciones del Estado se fundamenta en la voluntad popular, pero ésta debe ejercerse siempre dentro del marco de la supremacía constitucional, que a su vez actúa como límite y garantía del propio orden democrático⁴⁴. Por consiguiente, el sistema de fuentes se estructura situando como vértice del ordenamiento a la Constitución, que es fuente originaria del derecho vigente. Así, la norma fundamental es la norma originaria de la que nace cualquier otra norma del sistema jurídico⁴⁵. Naturalmente ello tiene un impacto sobre el Título preliminar del Código civil puesto que queda sujeto a la norma fundamental⁴⁶. No se trataba, sin embargo, de establecer únicamente una jerarquía normativa y una estructura institucional a la manera kelseniana⁴⁷, la CE llevó

³⁹ Vid. M. E. ZABALO ESCUDERO, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1259-1282.

⁴⁰ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Artículo 16, apartado 2”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, 1283-1300.

⁴¹ Vid. M. E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 3”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1301-1315.

⁴² Vid. E. PECOURT GARCÍA, *El nuevo sistema español de Derecho interregional*, Pamplona, Instituto Español de Derecho Foral. Jornadas 1975, 1975, pp. 30-31, echando en falta una regulación más ambiciosa. Vid. también B. V. Hoffman y A. Ortiz-Arce, “El Nuevo Sistema Español de Derecho Internacional Privado (Conflictos de Leyes)”, *REDI*, 1977, 30, pp. 57-90.

⁴³ Vid. P. LUCAS VERDÚ, “Artículo 1º: Estado social y democrático de derecho”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, coord. O. ALZAGA VILLAAMIL, Vol. 1 (Preámbulo y artículos 1 a 9), 1996, pp. 95-164, con particular referencia al carácter del art. 1.

⁴⁴ Vid. V. FERRERES COMELLES, “The Evolution and Gestalt of the Spanish Constitution”, en Armin von Bogdandy (ed.), Peter M. Huber (ed.), Sabrina Ragone (ed.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Vol. II: *Constitutional Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 549-599, en particular p. 567.

⁴⁵ Dejando de lado, por ahora, la concepción que se pueda tener de la Constitución y de la consecuente interpretación que se vaya a realizar.

⁴⁶ Vid. I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 84, destacando que la vigencia del Título preliminar queda supeditada a lo dispuesto en la Constitución. Otra cosa es que quién tiene competencia exclusiva para adoptar las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas sea el legislador estatal, así como respecto del sistema de fuentes, con respeto “a las normas del derecho foral o especial” (art. 149.1.8ª CE). Vid. M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2022, pp. 127-129.

⁴⁷ En particular por lo que se refiere a la función reservada al Tribunal Constitucional como órgano independiente encargado de garantizar la supremacía de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Vid. arts. 159 a 165 CE y LO

consigno una profunda alteración de la arquitectura jurídico-política al configurar España como un Estado compuesto.

En realidad, la nueva configuración del Estado prevista en la CE *construye*⁴⁸ un nuevo paradigma sobre el que interpretar la pluralidad legislativa en España⁴⁹. En mi opinión, este paradigma se edifica sobre dos pilares. Por una parte, no se puede ignorar el componente histórico como justificación del origen del Estado autonómico. Se trata de un parámetro que no es nuevo, pero que adquiere una nueva dimensión con la entrada en vigor de la CE. Por otra parte, debe introducirse el componente democrático, como justificación del origen del Estado compuesto y como fundamento de la voluntad constituyente. Es este un parámetro que considero esencial, aunque debe advertirse de antemano que este fundamento no ha sido realmente reflejado en la jurisprudencia constitucional para dirimir el conflicto de competencias entre el Estado y las CCAA en materia civil. En suma, se quiere sostener que la configuración del Estado compuesto es un reflejo de la historia presente en la CE y una expresión democrática del pluralismo territorial que posteriormente debe proyectarse sobre la interpretación del art. 149.1.8ª CE.

1. La configuración del Estado compuesto como una apelación a la historia

14. No puede negarse que en la conformación compuesta del Estado y en las consecuencias institucionales que se derivan de dicha estructura, se encuentran ecos que provienen de la historia. De hecho, en sede constitucional hay diversas apelaciones a la historia con relación a la organización territorial del Estado. Aunque el TC ha negado taxativamente que el ejercicio de las competencias se fundamente en derechos históricos⁵⁰, es evidente que las circunstancias históricas están presentes en la CE y en la jurisprudencia constitucional. Así puede constatarse en distintas previsiones constitucionales.

15. Para empezar el propio art. 143 CE, fundamento general para la constitución de las CCAA⁵¹, en su primer párrafo, parte de la historia para que “las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes” o “las provincias con entidad regional histórica” puedan acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas y, consecuentemente, el art. 147 CE se refiere a la “identidad histórica” como elemento de denominación de cada CA⁵². De manera más evidente se constata esta apelación en la Disposición transitoria segunda. En dicha disposición existe una remisión implícita, por no decir oculta, al régimen jurídico republicano. En efecto, la referida disposición previó la tramitación de los estatutos de autonomía con acceso inmediato al marco de competencias previsto en el art. 148.2 CE, sin necesidad de que hubieran transcurrido los cinco años a que dicho artículo se refiere, a aquellos territorios que hubieren plebiscitado afirmativamente en el pasado proyectos de estatuto de autonomía, y al tiempo de promulgarse la Constitución contaren con regímenes provisionales de auto-

2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Sobre la incidencia de la doctrina germánica y de la configuración alemana del ordenamiento, *vid. op. cit.* V. FERRERES COMELLES, “The Evolution and Gestalt of the Spanish Constitution”, pp. 558-559.

⁴⁸ El término es también deliberado. Más que *constituir* un nuevo paradigma se crean las bases para *construir* un nuevo paradigma.

⁴⁹ *Vid.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España. Elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico”, *Revista catalana de dret públic*, 2011, 43, pp. 121-149, en particular, p. 122, que considera que el pacto constituyente sentó las bases para “la transformación del Estado unitario y centralista, que había presidido casi toda nuestra historia política y constitucional, en un Estado políticamente descentralizado.”

⁵⁰ *Vid. infra* párrafo 16.

⁵¹ Sin perjuicio de que en su segundo párrafo contenga, junto con el art. 146 CE, una de las vías de acceso a la autonomía, y que existan otras vías de acceso, cabe partir de las características fijadas en el art. 143 CE, en conexión con el art. 2 CE, para establecer quien tiene derecho a la autonomía. *Vid.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo I, Madrid, Cortes Generales, Edersa, pp. 165-239, en particular p. 195; aunque en el segundo caso el sujeto es más complejo por la participación del pueblo en plebiscito o referéndum, *vid.* p. 213. En el mismo sentido, *vid. op. cit.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España”, p. 122, destacando, sin embargo, el carácter distintivo que tiene el art. 151 CE frente al art. 143 CE.

⁵² *Vid.* el escrito de alegaciones formulado por el Gobierno de la Generalitat en la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (antecedente 17).

mía. La disposición posibilita el acceso directo a las competencias que van más allá del marco establecido en el art. 148 CE a aquellas entidades territoriales que históricamente habían demostrado voluntad de autogobierno, sin necesidad de cumplir los requisitos del artículo 151.1 CE. Estas entidades no son otras que las llamadas comunidades históricas, Cataluña, País Vasco y Galicia, que vigente la legalidad republicana⁵³, accedieron a la autonomía o estuvieron a las puertas de acceder a ella y que además han sido históricamente las que han promovido la conformación del Estado compuesto⁵⁴. Se ha alegado además que la referencia al pasado existente en la Disposición transitoria segunda debería permitir la consideración de los derechos históricos para “incorporar y actualizar el alcance y la configuración especial que la Constitución reservó a los territorios que en el pasado habían plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía (disposición transitoria segunda)”⁵⁵.

16. Asimismo, en la disposición adicional primera se establece una cláusula de amparo y respeto a los derechos históricos de los territorios forales, que hunde también sus raíces en circunstancias históricas. El TC ha negado reiteradamente que la Disposición adicional primera pueda proyectarse sobre la norma de competencia prevista en el art. 149.1.8ª CE, basando sus argumentos, primero, por consideración al alcance territorial de la expresión “territorios forales” que integra en su ámbito de aplicación exclusivamente a los territorios comprendidos geográficamente en la CA del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra⁵⁶ y, segundo, porque ha restringido materialmente su ámbito de aplicación a las instituciones de autogobierno de derecho público⁵⁷. Asimismo, ha afirmado que los derechos históricos son susceptibles de ser invocados en cuanto están recogidos por la Norma Fundamental.

17. Cabe colegir así que no se ampara que los derechos históricos antecedentes a la Constitución⁵⁸

⁵³ En el periodo de la Segunda República se aprobaron dos estatutos de autonomía, el de Cataluña en 1932 y el del País Vasco en 1936. El de Galicia no llegó a ser aprobado por las Cortes, pero sí plebiscitado afirmativamente en 1936.

⁵⁴ Especialmente Cataluña y el País Vasco, *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 36, 2, 1993, pp. 45-68, en particular p. 51, pero con mayor rotundidad aun en p. 55: “La suerte del proceso de transición democrática estaba indisociablemente ligada a la autonomía vasca y catalana, como lo estuvo en la II República y porque lo estuvo entonces. En estos dos casos había que enlazar y restablecer o restaurar. Había problemas políticos de ser o no ser. No se trataba de cómo estructurar mejor el poder territorial del Estado, sino, en el límite, de formar o no parte de ese Estado. No es —ni era— que el problema autonómico vasco y catalán sea o fuera más importante que otros: es que era y es otro problema, un problema distinto al de la configuración autonómica o no de otras partes de España, llamémoslas pueblos, tierras, regiones o comunidades. Era y es otra cosa”.

⁵⁵ *Vid.* las alegaciones del Parlamento de Cataluña al recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 que dio lugar a la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (antecedente 18), recogidas por el Magistrado EUGENI GAY MONTALVO en su voto particular que afirma a continuación, ya en el punto 6, que “(...), la Sentencia incurre en un positivismo exacerbado, casi afirmando que no existe nada antes de la Constitución. Sin embargo, ésta, que ciertamente es el fundamento de un nuevo ordenamiento jurídico, obedece asimismo a una realidad preexistente, que modula y explica al mismo tiempo el orden jurídico resultante. En este sentido, los derechos históricos de Cataluña son fundamento del autogobierno de Cataluña, cuyos elementos singulares recoge el art. 5 EAC, que la Constitución Española permitió recuperar, pues ciertamente el constituyente no ha actuado al margen de la historia de España ni la Constitución es resultado de un hecho espontáneo.”

⁵⁶ Doctrina que se ha mantenido sin variaciones desde la STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 2, declarando que se hace referencia “a ‘aquellos territorios’ integrantes de la Monarquía española que, pese a la unificación del Derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los decretos de nueva planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus propios fueros (entendidos tanto en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral”.

⁵⁷ *Vid.* STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, “(...) el sentido de la Disposición adicional primera C.E. no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda C.E.), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularización (*sic*) a determinadas partes del territorio de la Nación.”

⁵⁸ Como ha declarado el TC (*vid.* STC 158/2019, FJ 5, reiterando la doctrina establecida en la STC 76/1988, de 26 de abril), refiriéndose a la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, de acuerdo con la cual *la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución*, ni los títulos competenciales ni el conjunto de las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad “son el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven

fundamenten por sí solos los poderes de la CA⁵⁹, pero ello no impide una comprensión amplia⁶⁰ de las competencias que constitucionalmente se asumen como consecuencia de la constitución de una Comunidad Autónoma, si se tiene en cuenta que uno de sus fundamentos es la existencia de “características históricas” comunes o la existencia de una “entidad regional histórica” o la consideración de “nacionalidad”, que lleva implícita una carga histórica. Ciertamente, estas disposiciones no se refieren específicamente a la competencia en materia civil, pero constituyen una base sobre la que esa competencia debe ser interpretada porque forman parte de los fundamentos sobre los que se dispuso la organización del Estado compuesto. En este sentido, se ha apuntado que la generalidad de la redacción de la disposición adicional primera da pie a que pueda servir como dato de interpretación del artículo 149.1.8ª CE⁶¹.

En realidad, el propio TC ha tenido en cuenta, sino la vinculación de la disposición adicional primera con el articulado estatutario, sí el influjo de los derechos históricos al enjuiciar la constitucionalidad del art. 5 EAC⁶² en la STC 31/2010, de 28 de junio. En efecto, aunque se descarte que el EAC recabe “una facultad de actualización de los derechos históricos” en el sentido reservado por la Constitución a los territorios forales en su disposición adicional primera, el TC admite que “El art. 5 EAC sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa. Sin embargo, el enunciado íntegro del artículo permite descartar esa interpretación, así como la de que con él se hayan querido traer a colación para la Comunidad Autónoma de Cataluña los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución. Tanto los derechos históricos como las instituciones seculares y la tradición jurídica de Cataluña invocados por el precepto son únicamente aquellos «de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat», según concluye el propio art. 5 EAC. Se trata, pues, de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicio-

unos derechos anteriores y superiores a ella [la Constitución], sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones ‘históricas’ anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma disposición adicional primera CE y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia.” Descartando que mediante una norma estatutaria se vacíe de contenido la previsión constitucional o la interpretación que de ella ha hecho el TC. Así lo pone también de manifiesto E. MARZAL YETANO, “Cooperación o frustración. Minorías nacionales concurrentes:

⁴¹ caso español”, *Revista de Estudios Políticos*, 2021, 192, pp. 127-153, en particular p. 139, citando las SSTC 76/1988, FJ 3, 247/2007, FJ 4 a), 259/2015, FJ 4 y 42/2014, FJ 3, aunque reconoce que existen realidades sociohistóricas previas, pero desde la perspectiva jurídico-constitucional se trata de sujetos constituidos a partir de su reconocimiento constitucional.

⁵⁹ Como sucedió con la Ley de las Cortes de Aragón 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, que propició la STC 158/2019, de 12 de diciembre, y en la que se declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos que contenían una invocación a los derechos históricos, en particular en el art. 2 de la mencionada conforme a los siguientes términos: *Los derechos históricos residen en el pueblo aragonés, del que emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón, y serán amparados y respetados por todos los poderes públicos*, que, sin duda, dificultaban su admisión constitucional. Se estableció la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones en la medida en que los “derechos históricos” se constituían en fundamento del poder autonómico o en el origen de este o en la finalidad de su ejercicio (*vid.* STC 158/2019, FJ 5).

⁶⁰ Como pone de manifiesto el escrito de alegaciones formulado por el Gobierno de la Generalitat: “No se trataría de crear una doble legitimidad —una acorde al principio democrático y otra de raíz historicista— sino de plasmar una constatación histórica asumida por los textos normativos actuales legitimados por el poder constituyente”, STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (antecedente 17), recogido también por el Magistrado EUGENI GAY MONTALVO en su voto particular.

⁶¹ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho Privado y Constitución*, 1993, 1, pp. 15-82, en particular p. 50, poniendo de relieve que el sentido de las palabras “conservación, modificación y desarrollo” enlaza con el derecho que tienen determinadas CCAA a actualizar su propio Derecho civil. Sobre la relevancia del fundamento histórico, *vid.* W. KYMLICKA, “Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations”, *Political Theory*, 2018, 46 (1), pp. 81-91, en particular pp. 84-85, al evidenciar que las reclamaciones de los derechos de las minorías pueden ser entendidas como intentos para restaurar los fundamentos históricos sobre los cuales se legitimó inicialmente la estructura territorial del Estado.

⁶² Conforme a esta disposición, *El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat.*

nal primera de la Constitución. Y ello porque se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico. Con ese limitado alcance, por completo diferente al que la Constitución ha reconocido a los derechos de los territorios forales de la disposición adicional primera, el art. 5 EAC anticipa el elenco de competencias que, de acuerdo con la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña.”⁶³ El TC acaba concluyendo que el art. 5 EAC “no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que su inciso ‘en los derechos históricos del pueblo catalán’ no remite al contenido de la disposición adicional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma.”, pero, como veremos, es antecedente del argumento que más adelante el propio TC va a desarrollar en la STC 132/2019⁶⁴.

18. Por último, aunque va a ser objeto de análisis en los epígrafes IV y V, cabe subrayar que el art. 149.1.8ª CE también considera el componente histórico en la atribución de competencia en materia de derecho civil⁶⁵. Así es, en la medida en que esta competencia solo se atribuye a las CCAA en donde exista derecho civil propio al entrar en vigor la CE. Por consiguiente, a diferencia de lo que sucedía en el periodo republicano, la determinación de los sujetos competentes con potestad legislativa en materia civil tiene una evidente raíz histórica, de la cual la jurisprudencia constitucional extrae también una delimitación en el alcance de la competencia atribuida⁶⁶.

19. Hay otro dato que, por más obvio que sea, no debe ser olvidado. Esta descentralización y configuración del Estado compuesto no es solo una proyección consecuenta con la historia⁶⁷, es ante todo manifestación democrática tanto del pluralismo político como del pluralismo territorial derivado del reconocimiento jurídico de nacionalidades y regiones en España.

⁶³ Vid. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 10.

⁶⁴ En efecto, el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS en su voto particular a la STC 82/2016, de 28 de abril, expone su argumentación mediante el significativo título “Los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía”, dicha argumentación adquiere relevancia porque este fue un punto destacado posteriormente por el TC en la STC 132/2019, de 13 de noviembre, acerca del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, para afirmar que “el ordenamiento jurídico ha de contemplarse en su conjunto, como un sistema normativo dotado de estructura y coherencia interna y el mandato constitucional permite y avala su crecimiento orgánico”, vid. STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 4 (de la que fue ponente el mencionado Magistrado, J. A. XIOL RÍOS. Debe advertirse, sin embargo, que sintomáticamente en el FJ 10 de la STC 31/2010, de 28 de junio, reproducido en el texto principal, declara primero que los derechos históricos se refieren “a derechos y tradiciones de Derecho privado (...)”, y circunscribe inmediatamente después el elenco de competencias que derivan de la noción constitucional de los derechos históricos contemplados en el art. 5 EAC “en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña”, sustrayendo aquí el derecho civil al que también hace referencia el art. 5 EAC y del que se ocupa más adelante el TC en el FJ 76 de la STC 31/2010, de 28 de junio. ¿Se trata de una casualidad o hay un propósito deliberado? Y, si se trata de un propósito deliberado, ¿no hay contradicción en el párrafo reproducido en el texto principal cuando alude primero “a derechos y tradiciones de Derecho privado (...)” y después elude “el derecho civil” al que se refiere el art. 5 EAC?

⁶⁵ *A contrario vid.* STC 88/1993, de 12 de marzo, “la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E.” (el destacado es del autor); asimismo, vid. STC 158/2019, de 12 de diciembre de 2019, FJ 5, donde el TC declara “Desde un punto de vista general, no se puede objetar nada al mandato de que la interpretación jurídica tenga en cuenta los «antecedentes históricos». Dicho método de interpretación está perfectamente integrado en el ámbito del derecho privado (arts. 149.1.8 CE y 71.2 EAAR)”.

⁶⁶ Vid. *infra* párrafo 44.

⁶⁷ Se hace referencia al principio de espontaneidad como uno de los principios de la organización autonómica, entendido como el respeto a los hechos jurídicos o económicos ya existentes que provienen del curso de la historia y tienen una consistencia tradicional, vid. *op. cit.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, p. 186, aludiendo tanto al art. 149.1.8ª CE, como disposiciones adicionales 1 a 4, y a las disposiciones transitorias 2.ª y 4ª.

2. La configuración del Estado compuesto como una exigencia democrática

20. El modelo de Estado creado a partir de la CE y, en particular con base en el art. 2 CE, consagra el derecho a la autonomía como uno de los principios jurídico-políticos de organización, que se configura tanto como una expresión del reconocimiento, cuanto como una garantía de la aceptación de las nacionalidades y regiones en el marco de la unidad indisoluble de la Nación española⁶⁸. Se trata de dos principios estructurales de la organización territorial del Estado que adquieren en la CE la naturaleza de fundamentos del ordenamiento, razón por la cual determinan “implícitamente la forma compuesta del Estado en congruencia con la cual han de interpretarse todos los preceptos constitucionales”⁶⁹. Así, el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las CCA que se constituyan, gozando todas estas instituciones de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, conforme al art. 137 CE. Este es el pórtico de entrada a la organización territorial del Estado prevista en el título VIII CE del que se deriva el principio de garantía institucional proclamado por el TC⁷⁰, aplicado respecto de la autonomía local de municipios y provincias, y que en cierta medida puede ser extensible a las CCAA⁷¹. En efecto, aunque no es una garantía institucional en sentido técnico como la que se aplica a municipios y provincias, existe un paralelismo en la protección de su capacidad de autogobierno, especialmente por lo que se refiere a las competencias básicas⁷². El derecho a la autonomía, con potestad legislativa, conforma un régimen caracterizado por la diversidad en la unidad⁷³, de lo que se infiere un reconocimiento dispar en la capacidad de autogobierno. Esto es evidente en la atribución de competencia en materia civil prevista en el art. 149.1.8ª CE.

21. Uno de los principales factores que comporta una alteración de raíz respecto a la pluralidad normativa en derecho civil en contraste con el régimen anterior es la pluralidad de polos de producción

⁶⁸ *Vid. op. cit.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, p. 169; igualmente, *vid. op. cit.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España”, p. 127.

⁶⁹ *Vid.* STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2.

⁷⁰ *Vid.* STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, conforme a la cual “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional (...) Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas.”

⁷¹ *Vid.* STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, “La primera y más alta de las entidades a que se refiere el art. 137 de la Constitución es, por supuesto, la Comunidad Autónoma (...)”, de ahí que dicho principio pueda proyectarse a las CCAA, por ejemplo en el ámbito del desarrollo y ejecución del derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia, la distribución de competencias configurada por el bloque de constitucionalidad debe aplicarse al derecho europeo, *vid.* E. AJA FERNÁNDEZ, J. GARCÍA ROCA, J. A. MONTILLA, L. DíEZ BUESO, “Reflexiones sobre una posible reforma constitucional del sistema autonómico”, *Informe Comunidades Autónomas*, 2015, pp. 71-83, en particular p. 79; o bien con el propósito de que su “identidad institucional” no quede desfigurada, *vid.* STC 52/2017, de 10 de mayo, FJ 5.

⁷² Como se puso de manifiesto, “el acceso de las nacionalidades y regiones a la autonomía aparece regulado en la Constitución de acuerdo con unos principios dispositivos que permiten que el régimen autonómico se adecue en cada caso a las peculiaridades y características de esas regiones y nacionalidades”, *vid.* STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 2.

⁷³ *Vid.* STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 4, resulta “forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución. Desde ella, y en su marco, los Estatutos de Autonomía confieren al Ordenamiento una diversidad que la Constitución permite, y que se verifica en el nivel legislativo, confirmando a la autonomía de las Comunidades Autónomas el insoslayable carácter político que le es propio”. Asimismo, STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2, “el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del status jurídico público de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera, no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las autonomías.” Anteriormente, en STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, ya se aludía al equilibrio necesario entre la autonomía y la cohesión del conjunto del Estado español en el marco de los artículos 2 y 137 CE, del que se extrae “que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo” sin perjuicio “del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación”.

normativa, que constituye un elemento que reconfigura por completo la estructura del Estado⁷⁴. El art. 149.1.8ª CE encarna esta radical transformación, que es producto del reconocimiento de la diversidad territorial y esencia del pacto constitucional⁷⁵. La asunción estatutaria de la competencia en materia de derecho civil como expresión de la voluntad autonómica para ejercer la potestad legislativa constitucionalmente prevista constituye una premisa sin la que no se va a poder desarrollar dicha competencia⁷⁶. Una afirmación tan evidente de acuerdo con los parámetros constitucionales es, por el contrario, impensable con base en el art. 13 CC porque manifiesta no solo un reconocimiento de la pluralidad de derechos civiles, sino una *potestas* para regular de acuerdo con los intereses de política legislativa propios de cada comunidad autónoma⁷⁷.

22. El sentido y alcance del art. 149.1.8ª CE debe tener presente el significado constitucional que cabe atribuir a la organización territorial del poder que se fue concibiendo en el periodo preconstituyente y constituyente. El espíritu y finalidad que posee esta norma de atribución exigen tener en cuenta el carácter fundacional del Título VIII CE y la función que despliega en la articulación del ordenamiento jurídico. Sin estas consideraciones no puede realizarse una correcta interpretación de la incidencia del art. 149.1.8ª CE sobre el Capítulo V del Título preliminar del CC. La profunda transformación que acarrea la CE deriva esencialmente de dos pilares que en España están inextricablemente unidos. Por una parte, se instaura un régimen democrático de derechos y libertades. Por otra parte, el Estado, como expresión democrática de una sociedad plural, se constituye en Estado compuesto. La particular composición de España –debido a la convivencia de distintas lenguas, distintas culturas y distintas dinámicas sociales regidas por Derechos civiles de alcance diverso- y las demandas en favor de la autonomía realizadas cuando aún pervivía el régimen franquista dificultaban la instauración de una democracia con una regulación institucional fundada exclusivamente en el universalismo liberal, basado en la igualdad de derechos individuales sin distinciones culturales. No se trataba simplemente de adoptar una “política de la diferencia” que permitiera el reconocimiento de las diversas identidades culturales⁷⁸. Se asumía que el nuevo régimen debía recoger una reorganización formal del poder estatal del que se derivara un reconocimiento de las comunidades que lo integraban⁷⁹. De esta manera, la organización territorial del Estado no se reduce a una mera descentralización administrativa, ni tampoco se lleva a cabo solo un reparto territorial del poder para implicar a la ciudadanía en la toma de decisiones o de crear una mayor cercanía entre los ciudadanos y el gobierno (o los distintos gobiernos que configuran el Estado complejo). En el sentido de que el poder se divide y eso favorece la proximidad de los ciudadanos a los centros de decisión. Siendo todo esto cierto, el alcance del reparto territorial del poder va más allá en la CE, dado que implica el reconocimiento de la diversidad y de la diferencia⁸⁰.

⁷⁴ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, 25, p. 17.

⁷⁵ Por el contrario, *vid.* C. LASARTE ÁLVAREZ, “Autonomías y Derecho privado en la Constitución española de 1978”, *Revista de Estudios Regionales*, 1980, núm. extraordinario, Vol. 11, p. 185, manteniendo que el art. 149.1.8ª CE se asienta en un planteamiento historicista.

⁷⁶ El Tribunal Constitucional ha abordado en diversas sentencias el principio dispositivo y el derecho al autogobierno de las CCAA; aunque siempre bajo la “fuerza normativa dominante de la CE como *lex superior* de todo el ordenamiento”, así la STC 20/1988, de 18 de febrero, FJ 3; o en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 o FJ 12, entre muchas otras, y, en particular, la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76, que limita la competencia exclusiva en materia civil a la interpretación que del art. 149.1.8ª CE había venido realizando el TC en su jurisprudencia. Sobre esta asunción estatutaria *vid.* E. ROCA TRÍAS, “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”, AHDE, tomo LXXXII, 2012, pp. 175-200, en particular pp. 185-188.

⁷⁷ Vid. STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 12, “el Estatuto es vehículo de la pretensión de autonomía de un determinado territorio y manifiesta la voluntad del Estado, expresada en el marco prefigurado para ello en la Constitución, de nacimiento y configuración de un ente, la correspondiente Comunidad Autónoma, dotado de autonomía. Una autonomía que tiene naturaleza política y no meramente administrativa en virtud del mandato constitucional”, en relación con las CCAA que accedieran a la autonomía por la vía del art. 151 CE, pero que en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 5 se hace extensiva a todas las CCAA con independencia de la vía de acceso seguida.

⁷⁸ Vid. CH. TAYLOR, *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton, 1992, que centra su enfoque más en políticas públicas de reconocimiento de la diversidad cultural que en la estructura del Estado.

⁷⁹ Vid. *op. cit.* W. KYMLICKA, “Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations”, pp. 83-84, destacando que las reclamaciones de las minorías suelen ser, en esencia, un desafío a las afirmaciones de soberanía estatal

⁸⁰ Vid. *op. cit.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, p. 182, hacen referencia a una ver-

No obstante, este reconocimiento se efectúa sin prever derechos colectivos para las minorías culturales. En este sentido, la CE responde más a un modelo descentralizado en clave territorial⁸¹, en el que la soberanía reside en el pueblo español, que a una verdadera teoría de los derechos culturales colectivos. La organización autonómica del Estado no establece derechos colectivos culturales ni representación territorial en las instituciones del Estado, pero puede observarse que las CCAA ejercen competencias asumidas en función de su singularidad e idiosincrasia. En realidad, el reconocimiento de la diferencia y la asimetría entre las CCAA se expresa en el proceso de acceso a las CCAA, en el tiempo de asunción de las competencias, en la configuración institucional y en las competencias atribuidas⁸². Precisamente, una de ellas es la competencia en materia civil conferida de acuerdo con el art. 149.1.8ª CE que, como es sabido, no puede ser asumida por todas las CCAA⁸³.

23. En España el reconocimiento de las entidades territoriales es producto de las demandas de autogobierno que son legalmente asumidas incluso con carácter previo a la transformación jurídico-política llevada a cabo con la culminación del proceso constituyente⁸⁴. Puede llegar a decirse que las preautonomías, al anticipar el modelo de Estado con carácter inmediatamente anterior al proceso constituyente constituyen, en sí mismas, una plasmación de la voluntad constituyente. Cabe observar, sin embargo, que la organización territorial, e incluso el proceso de transición democrática, está indiscutiblemente vinculado a la presión ejercida especialmente desde Cataluña y el País Vasco⁸⁵. En este sentido, la Exposición de motivos del primero de los reales decretos-ley ilustra a la perfección el reconocimiento

tiente doble derivada de la autonomía, como un derecho reconocido y como un principio organizativo general del Estado para suscitar nuevas capacidades de decisión y participación.

⁸¹ *Vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 20; *vid. op. cit.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España”, p. 124, que precisa que se trata de una descentralización política.

⁸² El diseño constitucional español original preveía un modelo de organización autonómica con dos tipos de CCAA, que se diferenciaban principalmente por la velocidad y el alcance del proceso de autonomía. La vía lenta estaba prevista en el art. 143 CE, que al mismo tiempo se configura como el precepto base para el alcance a la autonomía, estableciendo un procedimiento más gradual para acceder a la autonomía y una limitación de las competencias. La vía rápida se contemplaba en la DT segunda (Cataluña, el País Vasco y Galicia) y en el art. 151 CE, que contemplaba un acceso directo, aunque con un procedimiento más exigente en el caso del art. 151 CE, y con una autonomía más amplia, en la medida que podían asumir directamente todas las competencias no reservadas al Estado (dentro del marco de los artículos 148 y 149 CE).

⁸³ Sobre este particular, *vid. infra* párrafo 45 y ss.

⁸⁴ Las preautonomías, con reflejo en las disposiciones transitorias de la CE, constituyen un antecedente de lo que será la clave de bóveda de la organización territorial del Estado. *Vid.* Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña; Real Decreto-ley 1/1978, de 4 de enero, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Vasco (cabe apuntar que anteriormente se había adoptado el Real Decreto-ley 20/1976, de 30 de octubre, por el que se deroga el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, sobre régimen económico-administrativo de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya; la fecha es significativa porque este Real Decreto-ley se adoptó con antelación a las elecciones de 15 de junio de 1977, comicios que eligieron las Cortes constituyentes). Posteriormente se adoptaron el Real Decreto-ley 7/1978, de 16 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Galicia; Real Decreto-ley 8/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Aragón; Real Decreto-ley 9/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el Archipiélago Canario; Real Decreto-ley 10/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Valenciano; Real Decreto-ley 11/1978, de 27 de abril, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Andalucía; Real Decreto-ley 18/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el Archipiélago Balear; Real Decreto-ley 19/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Extremadura; Real Decreto-ley 20/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Castilla y León; Real Decreto-ley 29/1978, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Asturias; Real Decreto-ley 30/1978, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Murcia; y Real Decreto 32/1978, de 31 de octubre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para la región castellano-manchega. Navarra constituye un caso aparte, no por el hecho de que hubiera dudas de su voluntad de autogobierno, pero lo cierto es que no fue reconocida como preautonomía y accedió a la autonomía mediante la LORAFNA, como expresión y reconocimiento de la foralidad -término perfectamente adecuado en este caso-, basándose en la potestad que le confería la DA primera CE para mantener el régimen foral específico de Navarra. Más tarde se constituyeron las CCAA de Madrid, La Rioja y Cantabria sin haber sido previamente preautonomías ni haber formado parte de ninguna preautonomía. Ceuta y Melilla, al amparo del art. 144.b) CE, se constituyeron en ciudades autónomas mediante LO 1/1995, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Ceuta y LO 2/1995, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Melilla.

⁸⁵ *Vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 19.

que se estaba llevando a cabo y las consecuencias que éste conllevaba⁸⁶. Este Real Decreto-ley tiene además dos particularidades que ponen de manifiesto, por una parte, la voluntad de reconocer de manera articulada la compleja composición del Estado y, por otra, la voluntad de “tender un puente con la ruptura cuya legitimidad se rechazaba”⁸⁷. En efecto, el Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña entronca directamente con la legalidad republicana en la medida en que se restablecía una institución que había sido abrogada por el régimen anterior precisamente con la aprobación de la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de abril de 1938 que derogó el Estatuto de Cataluña de 1932. El Real Decreto-ley 41/1977, como lo fue el Real Decreto-ley 20/1976, de 30 de octubre, por el que se deroga el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, sobre régimen económico-administrativo de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya⁸⁸, son textos de alto calado político y jurídico porque conforman el proceso constituyente. No cabe ignorar que se trata de normas con un contenido más simbólico que real y efectivo, tampoco hay que olvidar que tienen un carácter provisional y ni tan siquiera cabe desconocer que fueron la anticipación de un proceso generalizado del “sistema preautonómico” para implantar la “autonomía para todos”⁸⁹. No obstante, lo que se pretende subrayar es que hay un propósito fundacional que forma parte del pacto constitucional cuyo contenido incluye el reconocimiento del autogobierno y la atribución de la potestad legislativa en atención a la identidad de los entes territoriales que se van conformando. En este sentido, forma parte de esta identidad la voluntad históricamente manifestada de regular las relaciones entre particulares. Así es, se instaura un régimen democrático, se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE) y se establece un reparto territorial de competencias entre las que se incluye la competencia legislativa en materia civil, cuyo contenido hay que admitir que dista de ser nítido⁹⁰.

24. Por consiguiente, aunque decíamos que el Estado, como expresión democrática de una sociedad plural, se constituye en Estado compuesto, creo que, con mayor radicalidad aun, puede afirmarse que es una exigencia democrática que en España el Estado sea compuesto⁹¹. Se abre así un escenario completamente distinto al que hasta entonces había estado vigente, sin olvidar el paréntesis republicano que inevitablemente es tomado como referencia. El reflejo constitucional de la organización territorial es buena muestra de que la causa y origen de dicha organización se encuentra en el reconocimiento del pluralismo cultural, social y lingüístico. Debe entenderse que ello fundamenta también el reconocimiento del pluralismo jurídico en materia civil por vía del art. 149.1.8ª CE. En cualquier caso, se trata, sin duda, del reconocimiento al autogobierno de entidades territoriales con personalidad propia que responde a un modelo que trasciende una mera descentralización administrativa⁹².

25. Este es un punto que, a mi juicio, merece ser subrayado porque determina una nueva visión y caracterización de la plurilegislación civil frente a la que había existido hasta entonces. Si consideramos

⁸⁶ La primera frase del Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña es un ejemplo paradigmático de este reconocimiento “La Generalidad de Cataluña es una institución secular, en la que el pueblo catalán ha visto el símbolo y el reconocimiento de su personalidad histórica, dentro de la unidad de España.”, en la medida en que se reconoce la institución, se reconoce la historia y el origen, se reconoce la voluntad del pueblo catalán y se establece el marco en el que este reconocimiento se produce, la unidad de España.

⁸⁷ *Vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase...”, p. 53.

⁸⁸ El Preámbulo es una declaración explícita de los ejes sobre los cuales se iba a construir el proceso constituyente, *vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase...”, p. 54 y nota 21.

⁸⁹ *Vid. infra* nota 106.

⁹⁰ De ahí la necesidad de disponer de todos los elementos para interpretar el precepto. *Vid. infra* epígrafes IV y V.

⁹¹ Se trata, en cualquier caso de una articulación territorial tan arraigada que, como apunta J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “El Estado autonómico como Estado compuesto”, *Revista de Estudios Políticos*, 2000, 110, pp. 9-25, en particular p. 18, “Si afirmamos, cosa que hoy nadie dudaría, la determinación descentralizada de la democracia española, una rectificación cualitativa de nuestro sistema autonómico, a la vista de la afectación a la condición democrática del Estado, sería considerada desde un punto de vista jurídico más una supresión insostenible que una restricción aceptable.”, refiriéndose a la posibilidad de una reforma constitucional que alterara los rasgos esenciales de la organización territorial del Estado, sin la aprobación de las CCAA, pese a que ésta esté explícitamente prevista en la CE.

⁹² *Vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”, que subraya que la diversidad legislativa se constituye “como un rasgo de identidad política de la organización jurídica de España” (*cf.* arts. 2; 137; 138, 1; 143, 1; 149, 1, 8.a; 149, 3; 150, 3, entre otros, de la C. E.)”.

en primer lugar la estructura institucional se constata que, en efecto, la estructura territorial del Estado deja de ser unitaria y centralizada. El factor que origina un cambio sin apenas precedentes en la historia constitucional española es la posibilidad de que la regulación de los llamados derechos forales no sea adoptada por el legislador estatal como había sucedido hasta la fecha. De esta manera, la plurilegislación civil toma una dimensión absolutamente inédita al preverse la intervención de distintos actores legislativos que actúan en representación del pueblo de distintos territorios con intereses y políticas legislativas propios⁹³. Es así como la pluralidad legislativa hace honor a su sentido porque hay una pluralidad de legisladores. En otras palabras, sin dicha pluralidad, el ordenamiento plurilegislativo es tan inerte como inánime. Así, pese a la unidad del ordenamiento en cuyo vértice se encuentra la CE⁹⁴, los llamados derechos civiles, forales o especiales, son fruto de la “voluntad autonómica” de cada una de las CCAA que pueden tener competencia en materia de derecho civil⁹⁵. En suma, la atribución de competencia en materia de legislación civil adquiere pleno sentido por la proyección del Preámbulo⁹⁶ y del art. 2 CE⁹⁷ en la conformación del Estado, del que son manifestación los distintos procedimientos previstos para el acceso a la autonomía.

26. La pluralidad legislativa del ordenamiento español entronca directamente con la configuración compuesta del Estado establecida conforme a la CE. Se asiste, en consecuencia, al inicio de una pluralidad normativa que deja de ser unidimensional en la medida en que escapa del control de un solo legislador, el estatal. Por ello, puede afirmarse que las claves de la interpretación del art. 149.1.8ª CE no se encuentran en el art. 13 CC⁹⁸ que, como es obvio, deja de tener la función constitucional y constitutiva que poseía en el paradigma codificador⁹⁹. El precepto constitucional acaba definitivamente con

⁹³ Se trata de “hacer de la legitimación democrática el principio que ha de regir el ejercicio por la Comunidad Autónoma de los poderes que el Estatuto de Autonomía le confiere desde la Constitución”, conforme a la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, FJ 9.

⁹⁴ El Estado tiene un fundamento unitario al reposar sobre una soberanía nacional y un único poder constituyente, *vid.* I. DE OTTO, *Derecho constitucional*, Barcelona, 1987, pp. 245-254.

⁹⁵ Sin privar a las CCAA con Derecho civil propio de llevar a cabo la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, nada impide que éstas opten por no ejercer dicha competencia, que debe ser recogida en el correspondiente Estatuto de autonomía. *Vid.* la doctrina mantenida desde la STC 88/1993, de 12 de marzo, poniendo de manifiesto que la arrogación de competencia en este ámbito es voluntaria. “El artículo 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, también introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades Autónomas competencia para su conservación, modificación y desarrollo” (la cursiva es del autor), doctrina que evidencia el ejercicio de la competencia en cuanto fruto de una voluntad que debe ser respetada.

⁹⁶ *Vid.* el Preámbulo de la Constitución, *La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.*

⁹⁷ *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.*

⁹⁸ Se ha mantenido incluso que la entrada en vigor de la Constitución supuso una derogación pura y simple del art. 13 CC al ser desbordado por las previsiones constitucionales. *Vid.* J. LACRUZ BERDEJO, “El ocaso del artículo 13 (antes 12) del Código civil”, *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del derecho civil*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1983, p. 263 y ss. *Vid.* sin embargo R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 13 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pp. 150-151, que ve reforzado el precepto por los arts. 149.1.8ª CE y 149.3 CE.

⁹⁹ La función del art. 13 CC, y del Código civil en general, en el ordenamiento constitucional fue una de las argumentaciones sobre las que se basó el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, “Primera Ley del Código Civil de Cataluña”, que generó las alegaciones presentadas por el Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. (*vid.* ATC 349/2003, de 29 de octubre, por el que se levanta la suspensión y ATC 421/2004, de 3 de noviembre, por el que se acuerda el desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad 2099-2003, planteado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código Civil de Cataluña). Este caso refleja claramente el debate sobre el equilibrio entre la unidad del ordenamiento jurídico español y el reconocimiento del derecho civil propio de las comunidades autónomas con tradición jurídica diferenciada, como Cataluña. La posición del Presidente del Gobierno se centraba en el papel del Código Civil como norma común y unificadora, argumentando que el art. 13 CC tiene un papel integrador en el ordenamiento jurídico español, actuando como marco común

el carácter provisional de los llamados derechos civiles, forales o especiales. Pero, a diferencia del art. 13 CC, esto no es más que un punto de partida porque el dato que, sin duda, comporta un vuelco radical es la existencia de una pluralidad de legisladores. De esta manera, hasta ahora se ha tratado de exponer los fundamentos del Estado compuesto poniendo de manifiesto que el modelo construido en el art. 13 CC se ve ampliamente rebasado por el paradigma constitucional, de ahí aquella referencia efectuada anteriormente a “la contraposición de voluntades entre la subsistencia de un ordenamiento unitario y la conformación de un ordenamiento plurilegislativo en materia civil”¹⁰⁰. En definitiva, se transforma radicalmente la estructura institucional del Estado y, en menor medida, la configuración del ordenamiento. Ello afecta a los ejes de relación vertical y horizontal entre los distintos derechos civiles en el ámbito civil e interregional cuya dinámica ya no puede ser analizada solo a la luz del art. 13 CC, sino esencialmente a la de la CE y, en particular, a la del art. 149.1.8ª CE.

A continuación, debemos centrarnos propiamente en la regla de atribución de competencia que posibilita que determinados legisladores autonómicos puedan legislar también en materia de derecho civil.

IV. Presentación del art. 149.1.8ª CE: dificultades y problemas interpretativos

1. El art. 149.1.8ª como muestra de las dificultades de la creación de un Estado compuesto

27. La construcción de un Estado compuesto en un marco constitucional implica un equilibrio delicado entre las competencias del Estado y las de las entidades territoriales que lo integran. En referencia al art. 149.1.8ª CE, se establece una dualidad entre la competencia exclusiva del Estado en legislación civil y el reconocimiento de los derechos civiles de ciertas CCAA, cuyo origen se encuentra en los derechos preexistentes de estas CCAA, y la correlativa atribución de competencia. En este sentido, el art. 149.1.8ª CE no solo es una pieza clave del diseño constitucional español, sino también un testimonio de las complejidades inherentes a la creación de un Estado compuesto. En efecto, no solo se regula una materia esencial en el ámbito de las relaciones privadas -con la carga cohesionadora que dicha materia tiene-, sino que también se reflejan la diversidad jurídica existente en el territorio español y los retos que plantea su integración en la unidad del ordenamiento. Esta difícil combinación se pone de manifiesto en las limitaciones de una fórmula jurídica que intenta conciliar la unidad con la diversidad. Su principal inconveniente radica en su incapacidad para ofrecer una solución clara. Se trata de una norma intrincada que no logra desentrañar un asunto que ya de por sí es complejo y que está arraigado históricamente -con sus sombras y sus luces, con sus miedos y sus aspiraciones, con sus anhelos y sus fantasmas-.

27. Desde una perspectiva estática -centrada en el momento de adopción de la norma y su contenido literal-, el precepto constitucional refleja todavía las tensiones heredadas desde mediados del siglo XIX. En este contexto, el proceso constituyente pone de manifiesto dificultades y problemas que oscilan entre las limitaciones y condicionantes del periodo previo, que no se reduce únicamente al régimen dictatorial impuesto a finales de la década de los 30, y las oportunidades que ofrece el nuevo marco democrático que se aspira a instaurar. Se trata de cuestiones tan relevantes como la creación de un Estado compuesto, el carácter federal o no del mismo, el número de entidades territoriales que habían

en aquellas materias en las que no existe regulación autonómica. Sostuvo asimismo que la fragmentación del derecho civil en códigos autonómicos podría menoscabar la función unificadora del Código Civil en el sistema jurídico español y provocar el riesgo de ruptura de la unidad jurídica y generar incoherencias normativas y una posible ruptura en la unidad del ordenamiento jurídico español. Por su parte, la posición del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat se basó en invocar el art. 149.1.8ª CE, como precepto que reconoce la capacidad de las comunidades autónomas para conservar, modificar y desarrollar su derecho civil propio, producto de una tradición jurídica civil consolidada y reconocida por el Estatuto de Autonomía, lo que justifica su capacidad para desarrollar un Código Civil propio basado en la progresividad en la codificación que no contravenía los límites constitucionales. Se alegó también que la creación de un Código civil catalán era fruto del reconocimiento de la identidad jurídica y cultural catalana, amparada por la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

¹⁰⁰ *Vid. supra* párrafo 1.

de conformar dicho Estado -así como su configuración y el alcance y contenido de sus competencias-, las características que tales entidades debían reunir para concurrir en el proceso de constitución, la determinación de las vías de acceso a la constitución de las entidades territoriales, la potestad legislativa de tales entidades y el rango atribuido a sus normas, el reparto desigual o no de competencias -y, consecuentemente, el carácter simétrico o asimétrico del Estado compuesto-, el alcance de la competencia en materia civil del Estado y correlativamente la de las entidades territoriales que estaban por crear -la consecuente determinación de las entidades que podían tener competencia en este ámbito-, la relación vertical entre el derecho civil estatal y los derechos civiles autonómicos. Todo ello vinculado al difícil equilibrio entre diversidad y unidad del ordenamiento jurídico. No obstante, si se realiza un examen desde una perspectiva dinámica -que considere su potencial de desarrollo futuro y su integración en el sistema de desarrollo plurilegislativo en el que se inserta-, este precepto también representa un catalizador del cambio que, con el tiempo, ha transformado el ordenamiento plurilegislativo español hasta el punto que bajo el parámetro constitucional no cabe la unificación del derecho civil¹⁰¹.

28. Todas estas cuestiones emergen e impactan en el proceso de elaboración del modelo territorial del Estado y, a su vez, repercuten en el contenido de la competencia en materia civil, intrínsecamente relacionado con este modelo. Un proceso que, desde el punto de vista procedimental, no fue demasiado ortodoxo.

2. Proceso de elaboración

29. Para comprender el sentido y alcance del art. 149.1.8ª CE creo que es importante plantear cómo se forjó la redacción definitiva dado que en el proceso constituyente, o incluso inmediatamente antes de que este proceso se iniciara, la solución definitivamente adoptada no era tan evidente¹⁰².

30. Así, teniendo en cuenta los antecedentes y el contexto, cabían distintas opciones: 1) un Estado compuesto, con mención explícita de las entidades territoriales, que no tendrían, sin embargo, competencia en materia de derecho civil, al menos explícita -este es el caso del proyecto de Constitución republicana de 1873¹⁰³-; 2) un Estado compuesto, sin mención explícita de las entidades territoriales, pero supuestamente reducido a algunas regiones autónomas -por oposición a las regiones no autónomas- que tendrían competencia en materia de derecho civil, salvo un ámbito de materias muy específico cuya competencia quedaría reservada al Estado de manera exclusiva -este es el caso de la Constitución

¹⁰¹ *Vid. op. cit.* E. ROCA TRIAS, “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”, pp. 175-200; *vid. op. cit.* I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 451.

¹⁰² Para un examen detallado del proceso de elaboración del art. 149.1.8ª CE *vid.* E. BOSCH CAPDEVILA, “La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, núm. 701, pp. 1069-1144, en particular pp. 1093-1112; igualmente *vid. op. cit.* I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 40 y ss.

¹⁰³ La Primera República española, cuyas Cortes constituyentes optaron de inmediato por un modelo de organización territorial de carácter federal, no consiguió consolidarse y el proyecto de Constitución española de 1873 nunca llegó a promulgarse. El carácter federal del republicanismo en aquel momento, no así en la Segunda República, era consustancial e inherente a dicho movimiento, *vid.* A. PÉREZ AYALA, “La I República. Marco político y proyecto constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 1999, 105, pp. 29-71, en particular en pp. 48-49 y en p. 53. Resulta interesante destacar, como pone de manifiesto el referido autor, que el proyecto de Constitución de 1873 de la I República prefigura la organización territorial resultante de la CE 1978 por lo que se refiere a las entidades territoriales que configuran el Estado. Desde luego, el mapa de estados federados (citando en el art. 1º, los estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia y Regiones Vascongadas) no es idéntico al del mapa autonómico actual, pero es muy similar, si dejamos de lado Cuba y Puerto Rico. Ahora bien, en el proyecto de Constitución 1873 no consta una atribución de competencia a los estados federados en materia civil. En cambio, se confería competencia a los poderes de la federación en materia de Códigos generales (*vid.* el punto 15 del Título V De las facultades correspondientes a los poderes públicos de la federación). Evidentemente, ya en el terreno de las hipótesis retrospectivas, desconocemos si ello hubiera impedido que los estados federados adoptaran “Códigos especiales”.

republicana de 1931¹⁰⁴;- 3) un Estado compuesto, sin mención explícita de los territorios autónomos -CCAA¹⁰⁵-, pero que posibilitaba que un número amplio de entidades pudieran acceder a la autonomía -no es este el modelo latente en la CE 1978, pero es el que se impuso¹⁰⁶-. El modelo que finalmente tuvo acogida en el proceso constituyente planteaba, sin embargo, la cuestión de determinar qué CCAA tenían competencia legislativa en materia civil. El problema se resolvió con la conocida expresión del “allí donde existan”, con los problemas interpretativos que ello suscitó¹⁰⁷. No era esta, sin embargo, la solución inicialmente acogida.

31. El anteproyecto de Constitución¹⁰⁸ respondía en este punto al modelo de la Constitución republicana, estableciendo lo siguiente en su art. 138: *A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: (...) 7. Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio; ordenación de los Registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España*¹⁰⁹. La redacción

¹⁰⁴ Debido a la brevedad del periodo republicano no tenemos suficientes datos, pero lo cierto es que los movimientos iniciados para la constitución de regiones autónomas se produjeron en los territorios donde había Derecho civil propio. Así, Cataluña y País Vasco, donde se consiguió un Estatuto que llegó a estar vigente, y Galicia, cuyo Estatuto no pudo ser aprobado debido al inicio de la Guerra Civil, aunque se celebró previamente un plebiscito con resultado favorable en 1936, pero también en Aragón, Baleares y Navarra. *Vid.* A. ARCE JANÁRIZ, *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 22 y ss. Asimismo, M. DE LASALA LLANAS, “La restauración del Derecho anterior a la Constitución de la República de 1931 y la revisión futura del sistema de derecho civil internacional e interregional en España”, *Bulletin de l’Institut Juridique International*, 1939, p. 207, alude a los territorios que “hubieran podido lograrlo (el Estatuto), si con el tiempo, tan ahincadamente como la región catalana, lo hubieran perseguido, el antiguo Reyno de Aragón, Baleares, Navarra y Vizcaya, (...)”. *Vid.* igualmente I. BARRAL I VIÑALS, *La conflictivitat competencial. Dret civil*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomic, 1995, pp. 23-24 y C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8 de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *Derecho Privado y Constitución*, 1993, 1, pp. 125-150, pp. 129-130. En realidad, la Constitución de 1931 preveía la constitución de regiones autónomas (art. 11), pero el régimen republicano elevó también a categoría las regiones no autónomas, cuya identificación se produjo en el art. 10 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de 7 de junio de 1933 (publicada en la Gaceta de Madrid el 14 de junio de 1933), a los efectos de nombrar vocales que las representaran en dicho órgano, *vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase ...”, pp. 49-50; igualmente, A. PÉREZ AYALA, “Federalismo y autonomías. La organización territorial del Estado en el constitucionalismo republicano”, *Revista de Derecho Político*, 2000, 48-49, pp. 177-217, en particular p. 215-216. En cualquier caso, el listado no excluye que estas regiones no autónomas pudieran haberse constituido en autónomas, como de hecho sucedió con el País Vasco y estuvo a punto de suceder respecto de Galicia, con el Estatuto plebiscitado.

¹⁰⁵ Pronto desaparece la expresión “territorios autónomos” presente en el anteproyecto de Constitución y no prospera la expresión “regiones autónomas”, presente en algunas de las enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución.

¹⁰⁶ Haciendo referencia a la extensión o no del modelo autonómico, *vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase ...”, pp. 56-57, que no comparte el modelo que se acabó imponiendo de acuerdo con el criterio de “autonomía para todos” mantenido por M. CLAVERO ARÉVALO de quien cita su prólogo a la edición de textos de los *Regímenes preautonómicos*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2.ª edición, 1978. Las ideas que se barajaban para elaborar la Constitución a inicios de 1977 eran otras, según el periodista E. JULIANA, quien, basándose en los libros de A. HERNÁNDEZ, “Suárez y el Rey”, Espasa, 2009 y J. M. OTERO NOVAS, “Asalto al Estado”, Biblioteca Nueva, 2005, alude a la elaboración de un borrador inicial de la Constitución en marzo de 1977 en el artículo “Así empezó el *café para todos*”, *La Vanguardia* 23.1.2011, apuntando que el modelo de organización territorial se estructuraba con “tres estatutos de corte federativo y de distinta sustancia (Cataluña, País Vasco y Galicia) y una amplia desconcentración administrativa en el resto del país, con regiones sin potestad legislativa”. Lógicamente este borrador no consta en los anales del Congreso. Baste esta referencia para poner simplemente de manifiesto que la configuración del modelo de organización territorial presentaba muchas dudas y no pocas tensiones.

¹⁰⁷ *Vid. infra* párrafos 45 y 46.

¹⁰⁸ Para un examen de los borradores de constitución presentados inicialmente por los grupos parlamentarios con respecto a este tema, *vid. op. cit.* E. BOSCH CAPDEVILA, “La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006”, en particular pp. 1094-1096; asimismo *vid. op. cit.* I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica...*, pp. 40-64.

¹⁰⁹ *Vid.* art. 138, *BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, p. 693. En el mismo sentido, las actas de la ponencia constitucional de la sesión de 15 de noviembre de 1977 que pueden consultarse en el siguiente enlace <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 327, aunque en lugar de relaciones jurídico-civiles consta relaciones jurídico-cívicas. Cabe observar, no obstante, que se propone ya una modificación al art. 138.7 del anteproyecto de la Constitución en el voto particular formulado el 21 de diciembre de 1977 (único voto particular en el que consta la fecha de la presentación) por parte del portavoz de Alianza Popular con la finalidad de que se estableciera la competencia exclusiva del Estado en materia de “7. Derecho civil, sin perjuicio de las partes incluidas en las compilaciones forales”, *vid. BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, p. 703, que prefi-

se inspiraba directamente en el art. 15 de la Constitución republicana de 1931¹¹⁰, con contenido muy similar. Era, en cambio, muy distinto al del proyecto de Constitución 1873 en la Primera República¹¹¹. No obstante, hubo un momento en que el rumbo de la Ponencia constitucional viró sensiblemente por lo que se refiere a la organización territorial del Estado, determinando un cambio en la concepción inicial de la atribución de competencia en materia civil¹¹².

32. En efecto, dos meses más tarde¹¹³, en la Ponencia constitucional se examinó el Título VIII y se planteó una discusión acerca del texto que había que revisar. La disyuntiva pasaba por examinar el anteproyecto presentado en el Congreso a la luz de las enmiendas allí formuladas¹¹⁴ o bien examinar un nuevo borrador del Título VIII presentado por el Grupo Parlamentario de UCD¹¹⁵ que no consta que se

guraba ya el alcance geográfico de la competencia autonómica que posteriormente se fijó con la expresión “allí donde existan”. El grupo parlamentario Socialista proponía otra redacción de la reserva, más amplia desde el punto de vista material, conforme a la cual “Es competencia de las Cortes la legislación exclusiva y del Gobierno y la Administración central la ejecución directa de las siguientes materias: 1. (...) e) Relaciones jurídico-civiles referentes al matrimonio y al estatuto personal y familiar. Principios generales en materia de obligaciones y contratos, derechos reales y sucesiones y régimen subsidiario en estas materias”, mientras que los Territorios Autónomos tendrían la legislación exclusiva y la ejecución de las siguientes materias: f) Relaciones jurídico-civiles en materia de sucesiones, derechos reales, obligaciones y contratos de acuerdo con lo dispuesto en el número 1, e)”, *vid. BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, pp. 721-722.

¹¹⁰ De acuerdo con el art. 15, bajo el Título I. *Organización nacional*, se establece que *Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia* (el destacado es del autor), del que, de conformidad con el art. 16, derivaba la competencia de las regiones autónomas en materia de legislación civil, salvo las cuestiones comprendidas en el art. 15. Destacando la importancia de dicho precepto por ser la primera vez que se reconocía constitucionalmente la pluralidad legislativa en materia civil y por su influencia en la CE 1978, *vid. M. P. GARCÍA RUBIO, “La legislación civil. En especial la ley de divorcio de 1932”*, en *Comentarios a la Constitución de 1931 en su 90 aniversario*, J. OLIVER ARAUJO, A. RUIZ ROBLEDO (dirs.), Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 511-528.

¹¹¹ *Vid. supra* nota 103.

¹¹² *Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”*, *Revista jurídica de Catalunya*, 1979, Vol. 78, núm. 3, pp. 643-668.

¹¹³ Se trata de la sesión de la ponencia constitucional celebrada el 7 de marzo de 1978, *vid. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf, vid. p. 341-342.*

¹¹⁴ En relación a las enmiendas (*vid. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf*) efectuadas al precepto que estamos analizando es significativa la enmienda núm. 85, presentada el 29 de enero de 1978 por el diputado E. GASTÓN SANZ, del Grupo Mixto, “Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio; ordenación de los registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España, todo ello sin perjuicio de los derechos forales y de las peculiaridades jurídicas recogidas en cuerpos ya existentes, cuyo mantenimiento y modificación corresponderá a los pueblos y territorios donde se aplique” (*vid. p. 67*); compárese con la enmienda núm. 183 presentada por el grupo de Minoría Catalana “Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio, ordenación de los Registros e Hipotecas, la regulación de los Estatutos personal, y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España, así como las bases de las obligaciones contractuales sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas que estuvieren vigentes en el Derecho sustantivo de los territorios autónomos” (p. 103) o con la enmienda núm. 309 presentada por el Grupo Socialistas de Catalunya “Es competencia de las Cortes Generales la legislación exclusiva y del Gobierno y de la Administración central la ejecución directa de las siguientes materias: 1. (...) e) Relaciones jurídico-civiles referentes a la forma del matrimonio y al estatuto personal y familiar; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.”, mientras que los Territorios Autónomos tendrían la legislación exclusiva y la ejecución de las siguientes materias: f) Relaciones jurídico-civiles en materia de familia, sucesiones, derechos reales, obligaciones y contratos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, e)” (*vid. p. 147*). Interesante también la enmienda 661 presentada por el Grupo parlamentario Vasco que completa la versión inicial del art. 138 del anteproyecto mediante la siguiente enmienda núm. 661 “6. Determinación de las fuentes del Derecho, respetando las legislaciones y derechos históricos forales; aplicación ...”, *vid. p. 266*. Un análisis más completo puede consultarse en *vid. op. cit. I. DURÁN MARTÍN, La España asimétrica...*, p. *vid. op. cit. I. Durán Martín, La España asimétrica...*, pp. 44-49.

¹¹⁵ De cuya existencia se tuvo conocimiento en el momento en que se estaban efectuando los votos particulares al texto original del anteproyecto, *vid. BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, p. 723, donde constan los votos particulares del Grupo Parlamentario de UCD, “Ello no implica la exclusión de reservas de índole técnica respecto a la formulación de algunos cri-

hubiera mostrado al resto de Grupos Parlamentarios para la formulación de enmiendas¹¹⁶. Este borrador contenía una versión del precepto completamente distinta a la del anteproyecto al prever que *El Estado tiene competencia exclusiva e indelegable sobre las siguientes materias: (...) 15. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales que en ningún caso podrán afectar a las reglas relativas a la determinación de las fuentes del derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones civiles de España*¹¹⁷. El texto es aceptado por los grupos parlamentarios de la ponencia con el voto en contra de los diputados Solé Tura, en representación del Grupo Comunista, y Roca Junyent, en representación del grupo Minoría vasco-catalana y se acuerda partir del texto de dicho borrador con análisis de las enmiendas presentadas al texto del anteproyecto.

33. Posteriormente, en la sesión de 13 de marzo de 1978, el grupo de la UCD presenta lo que “debe entenderse como una propuesta formal de redacción del Título VIII”¹¹⁸, que contiene una nueva versión de la regla de competencia con ligeras variaciones con respecto a la versión de la sesión anterior, pero sin que aparezca aun el “allí donde existan”. La regla de competencia queda establecida como sigue: *8. 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 la forma del matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y norma para resolver los conflictos de leyes*¹¹⁹. Esta fue ya la redacción que se tomó como base y en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución presentado el 26 de junio de 1978 aparece la versión casi definitiva del precepto¹²⁰, cuya redacción se fue “perfeccionando”¹²¹ -si se puede utilizar este verbo- hasta llegar a la formulación definitiva¹²².

34. El *iter* pone de manifiesto que, mediante una maniobra poco ortodoxa, que posiblemente no estuvo exenta de tensión, se quiso abandonar el modelo autonomista, adoptado en el art. 15 CE 1931 y asumido en el anteproyecto de Constitución, consistente en reconocer pocas regiones autónomas/ territorios autónomos y atribuir competencia en materia civil de manera indiscriminada a los territo-

terios incorporados al borrador de Constitución como, por ejemplo, sería el caso de algunos extremos del Título VIII de dicho borrador y que serán planteados en trámites ulteriores al proceso de elaboración del texto constitucional.” En dicha sesión, de 13 de marzo de 1978, consta que los representantes del Grupo Comunista, J. SOLÉ TURA, y del grupo Minoría vasco-catalana, M. ROCA JUNYENT, “expresan su disconformidad con estos cambios de criterio y con las dificultades que entraña esta forma de proceder”, *vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, p. 345, hay que recordar que se trataba de unas sesiones que, por su carácter reservado, carecen de una versión oficial publicada del contenido de sus reuniones.

¹¹⁶ Mostrando también su extrañeza al respecto, *vid. op. cit.* E. BOSCH CAPDEVILA, “La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006”, en particular pp. 1101-1102 que apunta desconocer el motivo, por falta de evidencias, que llevó la Ponencia a introducir la expresión “conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales”. Advierte también el cambio de formato J. DELGADO ECHEVERRÍA, *vid. op. cit.* “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, p. 328, señalando igualmente que, ante el desconocimiento de los motivos reales del cambio, el intérprete nunca podrá determinar su preciso alcance.

¹¹⁷ *Vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 343, *vid.* p. 348.

¹¹⁸ *Vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 344.

¹¹⁹ *Vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 348. El Informe de la Ponencia hace suyo este texto, *vid.* BOC de 17 de abril de 1978, núm. 82, p. 1640, después de rechazar las enmiendas presentadas.

¹²⁰ *Vid.* BOC de 1 de julio de 1978, núm. 121, p. 2616, conforme a la cual el estado tiene competencia exclusiva en materia de: *8.ª 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 obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso a las normas de derecho foral.*

¹²¹ *Vid.* BOC de 24 de julio de 1978, núm. 135, p. 2970; BOC de 6 de octubre de 1978, núm. 157, p. 3441; BOC de 13 de octubre de 1978, núm. 161, p. 3572.

¹²² *Vid.* BOC de 28 de octubre de 1978, núm. 170, p. 3728.

rios que se constituyeran en regiones autónomas/territorios autónomos¹²³. Evidentemente, no es ajeno a esta modificación el modelo territorial que se estaba concibiendo. Se trataba, en realidad, de adaptar la atribución de competencia que contendría el art. 149.1.8ª CE al diseño constitucional que empezaba a implantarse y que consistía de dos tipos de comunidades autónomas como estrategia para equilibrar las demandas de autonomía históricas y el proceso de autogobierno generalizado en España. La CE 1978 dispuso de dos vías de acceso al autogobierno¹²⁴. Por una parte, la llamada vía lenta, prevista en el art. 143 CE, que prevé que el elenco de competencias que puede ser asumido por las CCAA de acuerdo con esta vía se limita a las competencias establecidas en el art. 148 CE, sin perjuicio de que, transcurridos cinco años desde su constitución, quepa ampliar las competencias dentro del marco del art. 149 CE. Por otra parte, la llamada vía rápida, establecida en el art. 151 CE¹²⁵ -con unos requisitos más exigentes que los del art. 143 CE- al que pudieron acogerse también las CCAA que se constituyeron de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda¹²⁶, que no estuvieron sometidas a la restricción temporal de cinco años prevista en el art. 148.2 CE. La práctica política y jurídica llevó a un modelo autonómico de alcance global y más homogéneo, dado que las reformas estatutarias y las transferencias competenciales posteriores equipararon, *de facto*, las competencias de todas las comunidades, eliminando las diferencias entre la “vía lenta” y la “vía rápida”¹²⁷. Pero ello no obvia que confluyeran dos fuerzas motrices. Por una parte, el reconocimiento de las demandas históricas de las comunidades con tradición de autogobierno y/o fuerte identidad nacional. Por otra parte, la de evitar tensiones territoriales, permitiendo que otras regiones accedieran a la autonomía de manera gradual¹²⁸. Tampoco obvia que aún así hay diferencias entre CCAA, como muestra evidente la competencia en materia civil, y que el formato del art. 149.1.8ª CE es deudor del previsto en el art. 15 CE 1931.

En este contexto, cabe apreciar que existe una coincidencia temporal que no es nada casual en el proceso de aprobación de las preautonomías. Obsérvese que, salvo la preautonomía catalana y la vasca, el alud de aprobaciones de los regímenes preautonómicos se dio a partir del 16 de marzo de 1978 de manera coetánea a la presentación en la Comisión de la Ponencia Constitucional del borrador del Título VIII de lo que sería el texto de la Norma Fundamental¹²⁹.

35. Se estaba gestando una generalización del modelo autonómico y ello tenía un impacto en la atribución de competencia en materia civil. Así, el abandono del modelo autonomista supuso adoptar un modelo foralista, comprendido en el sentido de que tal competencia se atribuía únicamente a los territorios constituidos en CCAA en los que *existía* el llamado derecho foral¹³⁰. En este sentido, no cabe duda

¹²³ Paradójicamente, el modelo que hace extensiva la constitución de CCAA en todos los territorios de España ya fue apuntado en la etapa republicana, *vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 19, refiriéndose a la posición de ORTEGA Y GASSET postulando en favor de la generalización del sistema de regiones autónomas.

¹²⁴ El anteproyecto hace referencia en el art. 128 a las nacionalidades y regiones como territorios autónomos que pueden constituirse de acuerdo con el proceso previsto en el art. 129, sin que los votos particulares cuestionen la vía única de acceso al autogobierno. Los aspectos más significativos en este momento hacían referencia al orden de los Títulos. Tanto por parte del Partido Comunista como por Minoría Catalana se propone un orden de los Títulos distinto, pasando el Título VIII a ser el Título III, con un título distinto “De la organización del Estado y los Territorios Autónomos” (Partido Comunista), *vid.* p. 706, o “De los Territorios Autónomos” (Minoría Catalana), *vid.* p. 708. Por su parte, Alianza Popular propugnaba la desaparición del término “nacionalidades” en beneficio de “regiones autónomas”, así como la sustitución de la palabra “autogobierno” por la de “autonomía”. No obstante, en el Dictamen de la Ponencia designada por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se recogen ya las dos vías de acceso, *BOC* de 17 de abril de 1978, núm. 82. La semilla de la doble vía se encuentra en dos enmiendas presentadas en sentido similar por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda 350), *vid.* p. 162, y por el Grupo Parlamentario Socialista de Catalunya (enmienda 302), *vid.* p. 144, al art. 129 del anteproyecto de Constitución, *vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. Aunque en ellas no se presente el elemento temporal, cinco años, que después se introdujo.

¹²⁵ Únicamente Andalucía se acogió a esta vía.

¹²⁶ Caso de las CCAA de Cataluña, País Vasco y Galicia, *vid. supra* párrafo 15.

¹²⁷ La vía de acceso determinaba

¹²⁸ Más adelante, y después del 23F, se celebró el Pacto de las Autonomías el 31 de julio de 1981 que consagró el proceso de generalización de las autonomías previamente impulsado. *Vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 24.

¹²⁹ *Vid. supra* nota 84.

¹³⁰ *Vid. op. cit.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, pp. 643-668.

de que el primer inciso de la redacción vigente del art. 149.1.8ª CE es fruto de la voluntad de restringir el número de CCAA con competencia en materia civil con la finalidad de evitar la proliferación de derechos civiles en territorio español¹³¹. Esta opción explica quizá que la atribución de la competencia a las CA con derecho civil propio conste en el art. 149.1 CE, donde figuran las competencias que en exclusiva se atribuyen al Estado, en lugar de preverse en el art. 148 CE, donde figura el listado de competencias concebido para la totalidad de las autonomías¹³². En cualquier caso, la redacción definitiva del precepto ha generado un conflicto competencial relevante por la forma en la que esta competencia se atribuye a las CCAA con derecho civil propio y por el hecho de que no se abandona por completo la redacción y sentido original de la versión inicial al mantener en el segundo inciso que el Estado ostenta la competencia exclusiva “En todo caso” de las materias allí reseñadas. En suma, el art. 149.1.8ª CE y los problemas interpretativos que genera no son más que una plasmación de la indefinición del constituyente al configurar la articulación del Estado compuesto. Esta indeterminación se pone en evidencia también en la atribución de competencia en materia civil, dejando en manos del TC una decisión de naturaleza híbrida, de carácter político-jurídico¹³³.

V. Problemas interpretativos del art. 149.1.8ª CE

36. El art. 149.1 CE es una norma que prevé las materias en que el Estado tiene competencia exclusiva, delimitando en ocasiones estas competencias con las atribuidas de manera general a las CCAA. En particular, la regla 8ª confiere competencia exclusiva al Estado en materia de legislación civil, *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. El segundo inciso del art. 149.1.8ª CE enlaza con la atribución de competencia exclusiva al Estado y se configura como una excepción a la competencia atribuida a las CCAA en el primer inciso, lo que explicaría el “En todo caso” con el que se inicia esta segunda parte de la norma en la que se listan a continuación aquellas materias que quedan reservadas a la competencia exclusiva del Estado. Respecto al segundo inciso, los principales problemas interpretativos residen especialmente en delimitar el alcance del ejercicio de la competencia autonómica en materia de legislación civil frente a las materias reservadas al Estado¹³⁴.

37. La formulación de esta norma es compleja y con un significado difícil de extraer que ha propiciado una abundante conflictividad competencial, lo que, por otra parte, no sorprende si se advierte que está en juego la configuración del ordenamiento jurídico en materia civil. Existen, en esencia, dos posibles interpretaciones, la autonomista y la foralista¹³⁵. A mi juicio, ambas interpretaciones son posi-

¹³¹ Vid. R. MOLINER NAVARRO, “Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª del nuevo Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2007, 18, pp. 345-365, en particular p. 354.

¹³² Vid. J. EGEA FERNÁNDEZ, “Codificació civil i competència legislativa de la Generalitat de Catalunya”, *Dret Català*, 2003, 4.

¹³³ Así es tanto en la en la STC 132/2019 -*vid.* A. FONT I SEGURA, “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Una cuestión de Principios?”, *REDI*, 2020, 72, pp. 321-328; poniendo también de manifiesto este posicionamiento del TC, *vid.* S. ÁLVAREZ SANTIAGO, “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña ¿Incidente o punto de inflexión?”, *REDI*, 2020, 72, pp. 313-320, como sucedió, a mi juicio, también en la STC 88/1993. Con carácter general, *vid. op. cit.* D. JOVE VILLARES, “El Tribunal Constitucional como constituyente prorrogado de la constitución territorial”, p. 238.

¹³⁴ Como se ha indicado, *vid.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Conexión y bases de las obligaciones contractuales a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 235-272, en particular p. 239, “A la vista del precepto constitucional, la medida, y el límite, de la competencia autonómica vienen determinados, de un lado, por la inteligencia que se realice del término desarrollo, y, de otro, por las materias reservadas en todo caso al Estado.”

¹³⁵ Para la postura autonomista, entre muchos otros, *vid.* E. ROCA TRIAS, “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”, *RJC*, 1979, pp. 7-36; L. PUIG I FERRIOL/ E. ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Casa Editorial, S.A. 1988. p. 6 y ss.; A. VAQUER ALOY, “Los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” del artículo 149.1.8.a de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán”, *DPyC*, 1994, núm. 2, pp. 239-250, en particular p. 246-247 y 250; J. EGEA FERNÁNDEZ, Competencia en materia de Derecho civil, *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, 332-339.. Para la postura foralista, entre

bles dado que, al marco autonomista del precepto, que proviene de la redacción originaria del anteproyecto de Constitución inspirada en la previsión establecida en la Constitución republicana 1931, se le añadió la fórmula foralista, lo que contribuye a la confusión y posibilita defender ambas posiciones. La música es autonomista, mientras que la letra es foralista. Conforme a la primera, las CCAA constituidas en territorio con derecho civil propio al entrar en vigor la CE puede legislar en materia civil, salvo en las materias cuya competencia queda reservada a favor del Estado, conforme al segundo inciso del art. 149.1. 8ª CE¹³⁶. El art. 149.1.8ª CE no es un simple reconocimiento estático del derecho preexistente, sino que habilita activamente a las CCAA competentes para adaptar, reformar y expandir dichos derechos según sus propias necesidades y valores. De acuerdo con la segunda, las CCAA donde exista derecho civil propio, tienen competencia en la medida en su ejercicio responda a una actualización del mismo acorde con sus principios generales inspiradores. Se parte de un concepto de “derechos civiles, forales o especiales” que abarca las normas tradicionales vigentes al entrar en vigor la CE cuyo desarrollo es posible solo si las normas autonómicas adoptadas mantienen con aquéllas una conexión razonable.

38. No puede negarse que las expresiones recogidas en la primera excepción -no en el segundo inciso, puesto que son mayoritariamente deudoras del esquema republicano- presentan un vínculo evidente con la pugna presente a lo largo de casi un siglo. En efecto, terminológicamente la referencia a los “derechos civiles, forales o especiales” retrotrae a la expresión empleada en el CC. No obstante, hay que puntualizar que, en primer lugar, se abandona la expresión “instituciones forales”, contenida en el art. 6 de la ley de Bases de 1888¹³⁷ o en el en el art. 5 del Real Decreto de 17 de abril de 1899¹³⁸, apoyada en una visión fragmentaria y reduccionista; que, en segundo lugar, amplía el alcance de la expresión establecida tanto en el art. 12 CC 1889 como en el art. 13 CC, posterior a la modificación del Título Preliminar en 1974, que aludiendo a los derechos civiles no comprendidos en el CC utilizan la expresión “derecho foral” y “derechos especiales o forales”, respectivamente. La locución constitucional es producto de la enmienda presentada por el diputado Solé Tura¹³⁹ frente a la redacción que se había propuesto por la Ponencia Constitucional, y que había sido objeto de una evidente tensión al suplantar la versión del anteproyecto de Constitución¹⁴⁰, conforme a la cual se hacía referencia a “los derechos forales”. El propósito de la enmienda, que fue aceptada, era poner de manifiesto que se admitía que las CCAA iban a tener una legislación propia que no podía reducirse al desarrollo de las legislaciones forales vigentes en aquel momento¹⁴¹. Por otra parte, en la locución “allí donde *existan*” (el destacado es del autor), sobre

muchos otros, y con distintos matices, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *RJC*, 1979, pp. 323 y ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, p. 73 y ss. Otras clasificaciones han sido propuestas, *vid. ad ex.* J. A. XIOL RÍOS, “Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI”, en C. BAYOD LÓPEZ (dir.), *La Constitución Española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 207-226, que distingue entre la “histórico-foral”, la “federal” y, la “foral residual”. La federal correspondería a la autonomista y la foral residual a la foralista. La histórico-foral mantiene que cualquier CA puede asumir la competencia prevista en el art. 149.1.8ª CE si hubiere tenido derecho civil, foral o especial, aun cuando éste no estuviere vigente en el momento de la entrada en vigor de la CE. E. ROCA TRÍAS, *vid. op. cit.*, “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”, p. 184 distingue entre las posiciones maximalistas, las restrictivas y las foralistas.

¹³⁶ *Vid. op. cit.* C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8.ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, pp. 129-131, quien otorga al art. 149.1.8ª CE una función de reconocimiento explícito de los derechos civiles de los territorios forales que, a la luz de la DA primera CE, “se manifiesta no solamente en sí mismos considerados, sino también en que esos derechos puedan alcanzar el grado de normalidad legislativa del que carecían”.

¹³⁷ “El Gobierno, oyendo á la Comisión de Códigos, presentará á las Cortes en uno ó en varios proyectos de ley los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias ó territorios donde hoy existen.”

¹³⁸ El Real decreto fue adoptado para el nombramiento de comisiones especiales “con el objeto de formar los proyectos de ley en que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincia o territorios donde hoy existan”

¹³⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 90. 1978, p. 3318.

¹⁴⁰ Sobre esta cuestión, *vid. supra* párrafos 32 y 33, también nota 115.

¹⁴¹ *Vid. op. cit.* I. DURBAN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 53.

cuya introducción no se realizó ninguna explicación¹⁴², todavía resuena el eco de la expresión utilizada en los citados artículos, ya sea “donde hoy *existan*” (el destacado es del autor), contenida en el art. 5 del Real Decreto de 17 de abril de 1899¹⁴³, o, de forma no tan fiel¹⁴⁴, “donde hoy *existen*” (el destacado es del autor), contenida once años antes en el art. 6 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Hay pues una inercia secular que tiene una indudable incidencia en el lenguaje empleado en el art. 149.1.8ª CE.

39. Frente a ello, no hay que olvidar que en la interpretación del art. 149.1.8ª CE destacan dos criterios hermenéuticos que creo se deben imponer al puramente literal, ya de por sí ambiguo en esta norma. Se trata, por una parte, del criterio teleológico y, por otra parte, del criterio sistemático. En este sentido, hay que tener en cuenta el significado profundo que tiene el art. 149.1.8ª CE al constituir un vuelco sobre una dinámica unificadora secular. Como se puso de manifiesto, hay un cambio de paradigma fruto del reconocimiento de la pluralidad en el seno del Estado¹⁴⁵. De las páginas antecedentes ya puede apreciarse que el art. 149.1.8ª CE no es una norma que proclame el pleno respeto de los “derechos forales y especiales”, como sucede en el art. 13 CC. El precepto constitucional da por descontado este respeto y asume una función completamente distinta. Es una norma que parte del Estado compuesto y con fundamento en esta realidad constituida, consecuencia de una exigencia democrática, atribuye competencia legislativa en materia civil a distintos legisladores, entre ellos el estatal. Se trata de algo inconcebible en la historia contemporánea española que únicamente tuvo reflejo en derecho positivo durante la Segunda República. La concepción del art. 13 CC queda desplazada y las claves de la interpretación deben encontrarse en el fenómeno plurilegislativo -ahora real¹⁴⁶- que se crea y se desarrolla con la CE. Como se pondrá de manifiesto, la interpretación del art. 149.1.8ª CE ha sufrido una evolución que responde a ese desarrollo. Las cuestiones interpretativas que suscita el art. 149.1.8ª CE se refieren a un problema propio de la CE -la atribución de competencia en materia civil- que es inexistente en el momento en que se adoptó el art. 13 CC. En consecuencia, no creo que quepa descifrar el precepto constitucional conforme a la norma contenida en el CC, ni a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, ni a los debates que tuvieron lugar en las Cortes para su aprobación. Por consiguiente, parece evidente que la CE no pretende reproducir el modelo apendicular o compilatorio. La creación de un modelo en el que coexisten múltiples legisladores, con todo lo que ello implica¹⁴⁷, responde a un objetivo distinto que no es otro que el reconocimiento de la pluralidad y la diversidad; de una diversidad en materia de derecho civil en la que no hay más prevalencia que la que deriva de la norma constitucio-

¹⁴² *Vid. op. cit.* I. DURBAN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 53, que lo atribuye al refuerzo de la excepcionalidad y la asimetría.

¹⁴³ *Vid.* Gaceta de Madrid, núm. 108, de 18 de abril de 1899.

¹⁴⁴ Posiblemente se trate de una mera cuestión de matiz, pero resulta curioso que en la CE se utilice el tiempo verbal presente del modo subjuntivo que expresa una cierta incertidumbre, expectativa y dependencia por el cumplimiento de determinadas circunstancias. Puede inferirse que en la Ley de Bases de 1888 la diversidad legislativa era un dato insoslayable -fuere o no molesto-, por eso se utilizó el tiempo verbal presente del modo indicativo, como sucede en el art. 5 [Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, (...) El destacado es del autor]. Mientras que, once años más tarde, en tiempos del Real Decreto de 1899, el CC ya estaba vigente y su aplicación, con la fuerza del mandato que contenía, relegaba o pretendía relegar a los derechos civiles forales o especiales hacia la desaparición, de ahí el tiempo verbal presente del modo subjuntivo. Pero, ¿tenía sentido mantener el modo subjuntivo en la CE en un momento en que estaba ya vigente el art. 13 CC, después de la modificación del Título Preliminar del CC en 1974, que parte del pleno respeto, no a la subsistencia de “instituciones forales”, sino a regímenes jurídicos civiles reconocidos, cuya existencia no estaba en cuestión? La inercia, si no centralizadora, foralista, es tal que ni se ajusta a la realidad normativa. Se trata, como decía, de una cuestión de matiz, y no hay duda de que el art. 149.1.8ª CE se interpreta conforme al “allí donde existen” más que conforme al “allí donde existan”. Si bien es cierto que esta cuestión bien pudo tener incidencia en el caso de Valencia, *vid.* M. YZQUIERDO TOLSADA, “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2016, vol. 8, núm. 2, pp. 330-347, en particular p. 331.

¹⁴⁵ *Vid. op. cit.* E. ROCA TRÍAS, “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978 ...”, pp. 28-29; en el mismo sentido, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La destrucción de la obra codificadora”, Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 7, 2020, pp. 3-22, en particular p. 6, aunque desde una posición foralista restrictiva de acuerdo con la cual frente a la legislación civil estatal los derechos civiles o forales o especiales no dejan de serlo, atribuyendo a estos términos una significación constitucional en virtud de la cual su ámbito material queda restringido.

¹⁴⁶ *Vid. supra* párrafo 25.

¹⁴⁷ Distintas cámaras parlamentarias, elecciones autonómicas, autogobierno, distintas políticas legislativas, etc.

nal. El problema, claro está, se encuentra en fijar los límites de la unidad, pero desde luego tales límites deben estar en una esfera distinta del planteamiento unificador imperante en los regímenes precedentes. La clave sistemática tiene también transcendencia. No se trata solo de la incidencia que pudiera haber tenido la DA Primera en la delimitación de la competencia en materia de derecho civil¹⁴⁸ -cuya influencia como criterio hermenéutico creo que puede sostenerse si tenemos presente que el art. 149.1.8ª CE no es en sí mismo garantía de la foralidad civil¹⁴⁹-, sino de la función del art. 149.1.8ª CE en el marco de la complejidad estructural de la organización territorial del Título VIII, con futuras CCAA sin derecho civil propio y con futuras CCAA con derecho civil propio, accediendo al *status* de CA por distintas vías. En realidad, la configuración del art. 149.1.8ª CE se da como consecuencia del cambio en la concepción de la estructura territorial del Estado que el constituyente quiso introducir, sin que en ello hubiera consenso en la Comisión de la Ponencia Constitucional¹⁵⁰. Se planteó así el dilema relativo a la ubicación de la regla de competencia¹⁵¹, ya fuere de forma fraccionada entre los arts. 148 CE -competencias de las CCAA- y 149.1 CE -competencias exclusivas del Estado-, o bien de forma conjunta en el art. 149.1 CE, con las dificultades interpretativas que generaba tanto una solución como la otra. De esta forma, en el art. 149.1.8ª CE se aúnan dos reglas competenciales con un impacto a tres bandas, el Estado, las CCAA sin competencia en materia civil y las CCAA con competencia en materia civil. Por una parte, se trataría de una regla de competencia exclusiva en favor del Estado en materia de legislación civil frente a las CCAA sin derecho civil propio. Por otra parte, de una regla de competencia exclusiva del Estado en las materias listadas en el segundo inciso de la disposición, frente todas las CCAA, tanto si tienen derecho civil propio como si no. De nuevo, el problema está en fijar los límites de la competencia de las CCAA que tienen derecho civil propio.

40. Los principales problemas interpretativos que suscita el primer inciso del precepto constitucional derivan, por una parte, del alcance material de la competencia conferida, lo que obliga a precisar la delimitación de la noción “legislación civil” y el significado de la expresión “conservación, modificación y desarrollo” -especialmente, del término “desarrollo”-, dado que determina la extensión de la competencia autonómica y, por otra parte, del significado y contenido de la expresión “allí donde existan”, mediante el que se delimita el ámbito subjetivo de la competencia atribuida a las CCAA. Cabe apuntar con carácter previo que la doctrina jurisprudencial que ha adoptado el TC es sin lugar a dudas de raíz foralista, pero ha tendido a facilitar la construcción de un Estado compuesto con un ordenamiento en materia civil con una notable diversidad legislativa. Sin llegar, con todo, a una interpretación autonomista.

1. Objeto de la competencia en materia civil

41. El criterio jurisprudencial adoptado para fijar el significado y alcance de los términos “conservación, modificación y desarrollo” se encuentra condensado en la STC 31/2010, relativa a la constitucionalidad del art. 129 EAC, donde el TC recuerda la doctrina foralista que dejó sentada en la STC 88/1993. Conforme a esta doctrina el art. 149.1.8 CE, al mismo tiempo que atribuye una competencia exclusiva al Estado sobre la “legislación civil”, también «introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1). Así, la “garantía de la foralidad

¹⁴⁸ En este sentido, *vid. op. cit.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, p. 335. También *vid. op. cit.* C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8.ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, pp. 129-130. Esta posición es, sin embargo, rechazada por el TC, *vid. supra* párrafo 16.

¹⁴⁹ Como puso de manifiesto el Magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en su voto particular a la STC 88/1993, de 12 de marzo, “(...) debe tenerse en cuenta que la provisionalidad con que concibió la continuidad de los Derechos civiles particulares en el momento de redactarse el Código civil ya fue superada por la Constitución de 1931 y también, posteriormente, al admitirse el pleno respeto a estos ordenamientos civiles en la redacción dada al art. 13 del Código civil por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo. De manera que la idea de garantía foral, en atención a estos antecedentes, ni puede elevarse a última ratio del precepto ni servir adecuadamente para establecer el contenido y la finalidad del art. 149.1.8 C.E.”

¹⁵⁰ *Vid. supra* párrafos 32 y 33, también nota 115.

¹⁵¹ *Vid.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, 3, pp. 11-44, en particular, p. 16.

civil” que deriva del art. 149.1.8ª CE asegura la protección y reconocimiento de los derechos civiles propios de determinadas CCAA mediante una competencia que es exclusiva. Así, la cláusula “sin perjuicio” atribuye competencia a algunas CCAA para legislar en materia civil, pero no especifica con claridad los límites de esta competencia. En este sentido, esta competencia debe ponerse en relación con los términos “conservación, modificación y desarrollo” expresados en la norma constitucional que, siguiendo al TC, son los “que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables”. En este sentido, el TC delimita el ejercicio de la competencia exclusivamente en torno al art. 149.1.8ª CE y al correspondiente Estatuto de Autonomía, excluyendo la toma en consideración de la DA Primera CE porque su sentido “no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil”. Centrándose en el art. 149.1.8ª CE, el TC ve un continuismo en la expresión “conservación, modificación y desarrollo”, al enlazar un término con el otro y encadenar la competencia bajo el parámetro del derecho preexistente. En este sentido, crea un concepto *constitucional* de desarrollo -que no coincide con el sentido que le da la RAE¹⁵²- que “debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil” permitiendo «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”». La interpretación no se restringe, en consecuencia, al estricto derecho foral preexistente y posibilita, como no podía ser de otra manera, una ampliación mediante el criterio de las instituciones o materias conexas con las ya reguladas.

42. En cualquier caso, la competencia atribuida tiene carácter exclusivo, pero quedando limitada a su objeto, dado que como ha declarado reiteradamente el TC «“la competencia exclusiva en materia de derecho civil” se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la “legislación civil” como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del art. 149.1.8 CE.»¹⁵³.

43. Es conforme a esta clave que el TC adopta como parámetro habilitante de la competencia autonómica la doctrina de la institución conexas¹⁵⁴. De acuerdo con esta doctrina las CCAA dotadas de derecho civil foral o especial pueden regular “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”. Así, continúa el TC, «los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales», por eso «la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya

¹⁵² Conforme a su primer significado, desarrollar es de acuerdo con el diccionario de la RAE “Aumentar o reforzar algo de orden físico, intelectual o moral.”, siendo sus sinónimos, conforme este diccionario, “aumentar, acrecentar, amplificar, incrementar, desenvolver”.

¹⁵³ Por todas, vid. STC 95/2017, de 6 de julio de 2017, FJ 3.

¹⁵⁴ Aunque hay que recordar que en la jurisprudencia constitucional se utilizan distintas expresiones, como ha destacado S. ÁLVAREZ SANTIAGO, *vid. op. cit.*, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, p. 316, tales como “conexión suficiente”, “instituciones conexas”, “conexión institucional orgánica”, “materias conexas”, pese a la relevancia que esta doctrina tiene, como pone de manifiesto el citado autor. Sobre los distintos grados de intensidad y el significado de tales expresiones, así como su proyección en la jurisprudencia constitucional, *vid. op. cit.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, pp. 14-15. Todo ello no hace más que profundizar en la indeterminación de la disposición. Sobre el diferente alcance de tales expresiones, especialmente entre “conexión institucional preexistente” y “conexión institucional orgánica”, *vid.* M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, 33, pp. 47-78, en particular pp. 59-66.

reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.»

Ahora bien, declara el TC, “[e]se crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos”, dado que no se atribuye una “una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”. Es decir, el límite se encuentra en una concepción reductora del derecho civil propio de las CCAA -es un derecho civil que “es foral o especial” frente a la “legislación civil” que es competencia exclusiva del Estado¹⁵⁵- y cuya existencia se admite por la “singularidad civil”, un concepto arcaizante que, de nuevo, congela y restringe, ya que se entiende como una preservación de los derechos forales o especiales para asegurar que no se diluyan las tradiciones jurídicas que constituyen una parte esencial de la identidad de ciertas CCAA¹⁵⁶. Por tanto, la jurisprudencia del TC establece con su interpretación unos límites a la potestad legislativa que se encuentran ya en el primer inciso del art. 149.1.8ª CE, a los que hay que añadir los del segundo inciso. Puede decirse que, en la práctica, este criterio no ha impedido el desarrollo de los derechos civiles de las CCAA -salvo algunos casos flagrantes¹⁵⁷-, pero eso supone ignorar que esta doctrina es de por sí restrictiva y que está anclada en una concepción que deriva más de la aproximación historicista y de la visión que tradicionalmente se ha fraguado en el Título Preliminar del CC -tanto en 1889, como en 1974-, que de la aproximación consistente en el reconocimiento de una personalidad colectiva -que, aunque también está presente, viene condicionada por la aproximación históricamente centralizadora y, por tanto, restrictiva del desarrollo del derecho civil propio de las CCAA-. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la coexistencia de los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil en algunas CCAA se da “por razón de la especialidad o foralidad”, no porqué el reconocimiento de la personalidad propia de la CA comporte un autogobierno que incluya una *potestas* para regular el derecho civil. Por consiguiente, al estar ligada esta interpretación a “la especialidad o foralidad” preexistente se priva de antemano que el desarrollo de los distintos derechos civiles autonómicos sea homogéneo y condiciona, aunque de modo flexible, los límites de su desarrollo en función de los ámbitos regulados por el legislador estatal en periodo preconstitucional¹⁵⁸.

Con todo, el criterio de la “institución conexas” permite una interpretación amplia y flexible¹⁵⁹ que ha posibilitado un notable desarrollo de los derechos civiles autonómicos teniendo como límite último, no obstante, las instituciones preexistentes vigentes al momento de entrar en vigor la CE. Ahora bien, hay que subrayar que este es un límite laxo puesto que la exigencia de conexión no impone que el desarrollo normativo se relacione “con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan”¹⁶⁰. Así, la Compilación de cada uno de los derechos civiles propios no es el vector -o al menos el único vector- a considerar, sino que la conexión podrá ir referida al derecho civil propio en su conjunto, siempre que estuviera vigente al entrar en vigor la CE¹⁶¹.

¹⁵⁵ STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 2, “debiendo pues entenderse que «la competencia exclusiva en materia de derecho civil» se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la «legislación civil» como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del art. 149.1.8 CE.”

¹⁵⁶ Una restricción que va en la línea fijada en la concepción constitucional del desarrollo al fijar que la actualización de los contenidos del derecho civil autonómico se efectúa “según los principios informadores peculiares del Derecho foral”.

¹⁵⁷ STC 133/2017, de 16 de noviembre.

¹⁵⁸ *Vid. op. cit.*, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Conexión institucional necesaria: ...”, pp. 47-78 pone de manifiesto esta disimilitud.

¹⁵⁹ Dependiendo de la posición foralista el alcance de la competencia es más o menos extensa, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *RJC*, 1979, pp. 323 y ss. por contraposición a la posición más reductora de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil, Instituto Vasco de Administración Pública*, Oñati, 1983, p. 73 y ss.

¹⁶⁰ *Vid.* STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4. Por ello, se ha mantenido que, en realidad, “la necesidad de que la conexión fuera institucional nunca ha sido mantenida en la jurisprudencia constitucional”, *vid. op. cit.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reperto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, p. 15.

¹⁶¹ Aspecto que motivó la presentación de un voto particular a la STC 88/1993, de 12 de marzo, por parte del Magistrado

Esta flexibilidad facilita la adaptación de los derechos civiles autonómicos a las necesidades sociales y económicas contemporáneas.

En contra del cambio de paradigma que, a mi juicio, supuso la CE, al dejar de lado la concepción decimonónica tendente a la unidad y unificación del ordenamiento en materia civil sin perjuicio de que tolerara la existencia de “instituciones forales”, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional, si bien de forma muy flexible y aperturista, da la impresión de que continúa manteniendo el planteamiento inserto en el CC¹⁶², aunque fuere el CC posterior a la modificación del Título Preliminar. En efecto, apoyándose paradójica y contradictoriamente en un argumento histórico como el de la “conexión institucional preexistente”, el TC perpetúa el carácter fragmentario y dispar de la coexistencia en España de regímenes civiles (en terminología del art. 13 CC, anacrónica desde 1978). Un carácter fragmentario, hay que añadir, que en nada contribuye a la seguridad jurídica, especialmente si los límites materiales de los derechos civiles autonómicos se basan en un criterio de resultado tan incierto como el de la conexión suficiente¹⁶³ porque responde a una apreciación casuística, particularizada, historicista y territorializada de la constitucionalidad del desarrollo de dichos derechos civiles.

44. Este planteamiento puede verse profundamente alterado con el posicionamiento del TC en la sentencia 132/2019¹⁶⁴ -sobre la impugnación de diversos preceptos del Libro VI del CCCat- cuyo impacto se extiende más allá de la cuestión catalana¹⁶⁵ al introducir una importante variación en la doctrina jurisprudencial de la “conexión suficiente” que afecta a la delimitación de las competencias autonómicas frente a las exclusivas del Estado y tiene, en consecuencia, un impacto sobre el conjunto del sistema plurilegislativo. El TC pretende que la STC 132/2019 pueda ser vista como el producto lógico y consecuente de una evolución de la doctrina de la conexión suficiente, o mejor dicho del crecimiento orgánico, que es una doctrina en construcción paralela a la evolución del despliegue del ejercicio de la competencia en materia de derecho civil en el Estado de las autonomías¹⁶⁶, pero lo cierto es que, tal como lo argumenta el TC, no convence en este punto¹⁶⁷.

Como se ha visto, hasta entonces el TC había mantenido que una norma autonómica en materia civil de desarrollo del derecho civil propio de la CA debe guardar un vínculo razonable con las instituciones preexistentes vigentes al entrar en vigor la CE, para que pueda considerarse válida bajo el primer inciso del artículo 149.1.8ª CE. No obstante, la STC 132/2019 adopta una interpretación expansiva de la competencia autonómica. En efecto, la doctrina de la conexión suficiente determinaba la conexión razonable desde la institución preexistente a la institución adoptada de nuevo por el legislador autonómico. Era un análisis institución por institución. Por el contrario, en la STC 132/2019 la consta-

CARLES VIVER I PI-SUNYER.

¹⁶² Vid. el voto particular del Magistrado J. D. González Campos, *supra* nota 149. M. C. GETE-ALONSO considera que “no se ha asumido el modelo de estado de las Autonomías, del que incluso se reniega por algún sector. De lo que es corolario necesario, por lo que hace al tema que nos ocupa, se sigue sin admitir la realidad de la situación plurilegislativa civil.”, *vid.* “Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019”, *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 41-89, en particular pp. 56-57.

¹⁶³ Sobre este punto, *vid.* el voto particular a la STC 88/1993, de 12 de marzo, por parte del Magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. Poniendo de relieve también la inseguridad derivada de dicha doctrina, *vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43, en particular pp. 18-21. En el mismo sentido, A. FONT I SEGURA, “La STC 132/2019, sobre el libro VI del Código civil de Cataluña: ¿una cuestión de principios?”, *REDI*, 2020, Vol. 72/2, pp. 321-328, en particular pp. 322-324. También R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, *AEDIPr*, XIX-XX, 2019-2020, pp. 615-626, en particular pp. 616-617.

¹⁶⁴ Vid. STC 132/2019, de 13 de noviembre.

¹⁶⁵ Así lo han puesto de relieve, entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La destrucción de la obra codificadora”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 7, 2020, pp. 3-22; y R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, *AEDIPr*, XIX-XX, 2019-2020, pp. 615-626.

¹⁶⁶ Como declara el TC “(...) porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada (...)”, STC 132/2019, FJ 3.

¹⁶⁷ Por todos, *vid. op. cit.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43, en particular p. 26.

tación del vínculo con el derecho preexistente vigente al entrar en vigor la CE es genérico, basado en la conexión orgánica para avalar el crecimiento orgánico porque el punto de partida es el conjunto del derecho preexistente¹⁶⁸. Hay que precisar, sin embargo, que esta aproximación ya se había efectuado. Basta con citar la STC 156/1993, de 6 de mayo, donde la supresión del requisito de los testigos en los testamentos notariales se consideró constitucional la normativa impugnada por la conexión orgánica con la regulación de las sucesiones y, en particular, con la sucesión testada. En cambio, lo que puede constituir una alteración de la doctrina es una modificación temporal en el alcance de la conexión. En este sentido, el TC acepta que la conexión suficiente pueda derivar tanto del derecho preconstitucional como de normas postconstitucionales que mantuvieran una relación razonable con el acervo normativo autonómico¹⁶⁹. Se ha puesto de manifiesto, sin embargo, que no es la primera vez que el TC toma en consideración normas postconstitucionales en la aplicación de la doctrina de la conexión suficiente¹⁷⁰. Con todo, resulta evidente que no había habido un cambio explícito del factor temporal de la conexión hasta la STC 132/2019.

La alteración de la doctrina ha sido criticada por su falta de consistencia con resoluciones anteriores más estrictas¹⁷¹. Esta interpretación continúa manteniendo el criterio de la “conexión suficiente”, pero no cabe duda que al mismo tiempo que amplía las posibilidades legislativas de las CCAA con derecho civil propio, plantea interrogantes sobre la coherencia doctrinal del Tribunal, especialmente en comparación con sentencias anteriores más restrictivas. El cambio es tan profundo que hay autores que se preguntan si realmente es un punto de inflexión y si esta nueva orientación se va a sostener en posteriores sentencias¹⁷². Las críticas más severas alertan sobre el riesgo de que esta sentencia erosione el Código Civil como eje vertebrador del derecho en España, favoreciendo una fragmentación legislativa difícil de gestionar en el futuro¹⁷³.

Si no decae la nueva interpretación de la “conexión suficiente” -al referirse el TC en STC 157/2021, FJ 4, al art. 149.1.8ª CE no hace suya la doctrina sobre la conexión con normas postconstitucionales, tal como fue formulada en la STC 132/2019¹⁷⁴-, se va a mantener una interpretación formalmente “foralista” -se continúa invocando la doctrina mencionada centrada más en las instituciones que en el derecho civil autonómico como un todo¹⁷⁵- en relación con el desarrollo del derecho civil de las CCAA, pero con un alcance tan amplio, como consecuencia de la laxitud en el enfoque respecto a la conexión suficiente y al desarrollo normativo autonómico, que en la práctica el TC estará efectuando una interpretación autonomista, conforme a la cual el único límite a la competencia autonómica en materia civil es el segundo inciso del art. 149.1.8ª CE¹⁷⁶. De hecho, la STC 132/2019, subraya que las bases de

¹⁶⁸ *Vid. op. cit.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, p. 317-318.

¹⁶⁹ *Vid.* STC 132/2019, FJ 2.

¹⁷⁰ *Vid. op. cit.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, pp. 24-25, señalando la STC 133/2017, de 16 de noviembre y la STC 41/2018, de 26 de abril. Ahora bien, que las haya tenido en cuenta no redundaría en la atribución de competencia, como puede apreciarse en la STC 133/2017.

¹⁷¹ Los votos particulares del Magistrado A. OLLERO TASSARA y del Magistrado A. MONTOYA MELGAR a la STC 132/2019 discrepan abiertamente de la variación de la doctrina de la conexión suficiente tal como la había concebido hasta entonces el TC. Apuntando también este punto, aunque con un planteamiento general de la competencia de las CCAA en materia de derecho civil radicalmente distinto y, en particular, con una visión crítica de la doctrina de la conexión suficiente, *vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43, en particular p. 6.

¹⁷² *Vid. op. cit.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, pp. 319 y ss.

¹⁷³ *Vid. op. cit.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La destrucción de la obra codificadora”, pp. 21-22.

¹⁷⁴ Retomando la fórmula empleada en la STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4 a), conforme a la cual “la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.”, más restrictiva que la presente en el FJ 3 de la STC 132/2019.

¹⁷⁵ De ahí el análisis que lleva a cabo el TC, contrato por contrato (FJ 4 y ss.), pese al planteamiento preliminar (FJ 3)

¹⁷⁶ Observando también esta contraposición entre el formato y el sustrato de la argumentación, *vid. op. cit.* S. ÁLVAREZ GON-

las obligaciones contractuales representan un límite infranqueable para la competencia autonómica, incluso en aquellos casos en que las CCAA pretendan desarrollar figuras contractuales conectadas con su derecho histórico. Así, por un lado, refuerza la rigidez del segundo inciso del art. 149.1.8ª CE, al delimitar con claridad¹⁷⁷ las materias reservadas con carácter exclusivo al Estado, pero, por otro lado, flexibiliza el primer inciso. No cabe duda de que esta nueva orientación, si se mantiene, tiene implicaciones significativas para el modelo competencial español. Si bien garantiza un marco común en los ámbitos básicos previstos en el segundo inciso, cambia por completo el panorama plurilegislativo español¹⁷⁸. No obstante, cabe señalar que este planteamiento también genera incertidumbre sobre los límites de esta conexión y su impacto en el sistema jurídico español ya que podría dar lugar a una fragmentación normativa en detrimento de la unidad del sistema.

2. Sujetos de la competencia en materia civil

45. Los sujetos de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil no vienen explícitamente fijados en el art. 149.1.8ª CE. Como vimos¹⁷⁹, esta delimitación se efectúa con la fórmula “foralista”, por así decir, “allí donde existan” que posee una doble función, locativa y temporal. El TC desprende de dicha expresión que el art. 149.1.8ª CE establece que solo pueden ejercer esta competencia las CCAA que, asumiendo esta competencia en el Estatuto, tuvieran derecho civil vigente en su territorio en el momento de entrada en vigor de la Constitución¹⁸⁰, con independencia de la vía de acceso seguida para el autogobierno¹⁸¹. Existe, en consecuencia, una legitimación histórica, pero, por mandato constitucional, se exige una continuidad en el tiempo. En este sentido, puede observarse que, tanto la expresión de la “voluntad autonómica” como la pervivencia histórica del derecho foral al tiempo de la adopción de la CE, deben conjugarse como requisitos cumulativos para que constitucionalmente se reconozca la atribución competencial. Según la jurisprudencia constitucional no es necesario que el derecho civil propio vigente en aquel momento estuviera compilado, bastaba con se tratara de una costumbre civil¹⁸², también vigente en aquel momento. No obstante, más tarde, el TC declaró la inconstitucionalidad de la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano, la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y la Ley 5/2012, de uniones de hecho formalizadas¹⁸³, pese a que el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana dispusiera su competencia para “la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil foral valenciano” en el art. 31.2 y comprendiera

ZÁLEZ, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, p. 316, quien pone de relieve las contradicciones que comporta. Hay que apuntar que la ambivalencia tampoco es fortuita. De hecho, el art. 149.1.8ª CE responde a un sustrato foralista contenido en un formato autonomista.

¹⁷⁷ Si es que ello es posible en temas tan ambiguos y abiertos como el de las bases de las obligaciones contractuales.

¹⁷⁸ Algunos autores advierten que podría generar una carrera por la competencia en materia civil, incluso entre CCAA que no tuvieran un Derecho civil propio al entrar en vigor la CE, *vid. op. cit.* R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, p. 622, que apunta además que no debe generar desigualdades entre CCAA, p. 623.

¹⁷⁹ *Vid. supra* epígrafe IV y V.

¹⁸⁰ SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1; 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76.

¹⁸¹ *Vid.* A. ARCE JANÁRIZ, *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 46 y ss. La STC 88/1993, de 12 de marzo, consideró conforme a la Constitución la ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón, de acuerdo con la tesis presentada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico”, *REDC*, 1982, 5, pp. 63-93, y de ahí se ha destacado que el TC se ha centrado especialmente en el origen y fundamento histórico de las competencias en materia de Derecho civil “foral”, con independencia de la vía de acceso a la autonomía o del grado o alcance de la misma, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil”, *Juris*, 1994, 1, pp. 37-76.

¹⁸² Más precisamente, “normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución” que subsistieran en el territorio de la CA, STC 121/1992, FJ, *vid.* también la STC 182/1992 16 de noviembre, lo que explicaría la constitucionalidad de la ley de arrendamientos históricos valenciana, la ley de arrendamientos rústicos gallega o el fuero de Guipúzcoa, aunque respecto del último no se ha pronunciado el TC.

¹⁸³ En las SSTC 82/2016, de 28 de abril; 192/2016, de 16 de noviembre, y 110/2016, de 9 de junio, respectivamente. En las tres SSTC formula voto particular el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

una disposición transitoria tercera, según la cual “la competencia exclusiva sobre el derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española”. El TC descartó que pudiera establecerse, por falta de acreditación¹⁸⁴, la existencia de reglas consuetudinarias al entrar en vigor la CE en las materias reguladas por el legislador autonómico que permitieran su conservación o modificación ni tampoco ninguna institución civil diferente a la regulada, pero con una conexión suficiente con estas materias, que permitiera su desarrollo.

46. Adviértase que al establecer la entrada en vigor de la CE como punto de partida se fija la delimitación y alcance de la diversidad legislativa avalando la situación preexistente¹⁸⁵. Como se ha puesto de manifiesto¹⁸⁶, “entender que una frase tan genérica como «allí donde existan», utilizada por el artículo 149.1.8 CE exige el dato de la vigencia efectiva del Derecho foral o especial en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, (...) tiene su fundamento, a mi juicio, en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o «por ahora» en los territorios donde «subsistan», como decía en su redacción original el Código civil. No parece necesario esforzarse en demostrar que esta concepción residual no es la que mantiene la Constitución, que habla de una manera amplia de la legislación en materia de «derechos forales o especiales» como competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas y reserva al Estado concretas materias que son las que verdaderamente se considera necesario mantener frente a estos derechos en el ámbito de su competencia exclusiva”¹⁸⁷. En efecto, ello no concuerda con el nuevo paradigma que se edifica con la CE, basado en un Estado compuesto como apelación a la historia y como una exigencia democrática.

VI. Reflexiones a modo de conclusión

47. La configuración de España como un Estado compuesto responde tanto a una apelación histórica como a una exigencia democrática. Lejos de ser fruto del azar o de consideraciones exclusivamente funcionales, esta forma de organización territorial refleja el reconocimiento de la pluralidad y diversidad que caracteriza a España. El proceso histórico que culmina con la adopción de la Constitución de 1978 establece un paradigma que supera la tolerancia pasiva hacia la diversidad normativa, instaurando un marco de reconocimiento activo de la misma. Este reconocimiento no se limita a la diversidad normativa en sí misma, tampoco a las entidades territoriales constituidas en CCAA, sino que se proyecta sobre el propio Estado, que se ve reflejado en su pluralidad interna. Esta consciencia, que tiene reflejo jurídico en la CE, no se produce, en cambio, con la representación de España como Estado unitario.

48. El derecho civil ofrece un ejemplo paradigmático de esta transformación. Desde el proceso de codificación, marcado por tensiones entre la unificación y la diversidad normativa, hasta la consolidación constitucional de los derechos civiles autonómicos, se ha transitado hacia una estructura plurilegislativa que otorga vida propia a los distintos ordenamientos civiles mediante las potestades legislativas autonómicas. Pese a las divergencias sustantivas en ámbitos tan relevantes como, por ejemplo, la capa-

¹⁸⁴ Debe demostrarse “su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas”, STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6.

¹⁸⁵ Basta aportar como cita la declaración realizada en STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6, “Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española.”, que demuestra cómo la situación preexistente condiciona la solución a la pluralidad legislativa en el momento fundacional. Este es precisamente uno de los puntos debatidos en el voto particular del Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

¹⁸⁶ Párrafo 2 del voto particular emitido por el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

¹⁸⁷ Muy crítico con esta posición, vid. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, “¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?”, *DPyC*, 2017, 31, pp. 111-162, en particular pp. 121-124. Vid., por el contrario, F. J. PALAO GIL, “We cannot turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y Derecho civil”, *DPyC*, 2017, 21, pp. 163-216.

cidad de las personas o los derechos reales, este desarrollo no compromete la unidad del ordenamiento jurídico, que se encuentra garantizada por los principios constitucionales y, en particular, por el segundo inciso del art. 149.1.8ª CE, eje articulador de las relaciones entre particulares a nivel estatal.

49. El art. 149.1.8ª CE encarna, además, las complejidades de la construcción de un Estado compuesto. Lejos de ser una norma simple -como en principio debería ser una norma de atribución de competencia-, dicha disposición condensa tensiones y debates interpretativos que revelan la diversidad de visiones sobre el modelo territorial. Aunque el Tribunal Constitucional ha construido una jurisprudencia con bases foralistas, ha avanzado hacia un modelo que refleja una clara vocación autonomista, sin renunciar a la centralidad del Estado en las materias definidas como exclusivas que garantizan la seguridad del tráfico jurídico. La CE prevé otros mecanismos para asegurar la unidad del ordenamiento en el ámbito civil, siendo el más relevante el que deriva de la unidad de jurisdicción. La coexistencia de derechos civiles no es una amenaza a la unidad del ordenamiento jurídico; más bien, reafirma su pluralidad y su capacidad de integrar la diversidad en un marco de principios comunes. En este contexto, un sistema unitario para resolver los conflictos internos de leyes -un verdadero sistema de derecho interregional y no el actual art. 16 CC- constituye el antídoto más eficaz para la incertidumbre y la desconfianza.

50. Posiblemente hace falta un debate desasosegado que posibilite una reforma constitucional del art. 149.1.8ª CE sobre la función del derecho civil en la sociedad contemporánea, la asunción de la diversidad legislativa, la determinación de los ámbitos sobre los que dicha diversidad puede asumirse y los sujetos habilitados para regularlos. Mi posición es absolutamente sobrada. De hecho, ya se desprende de las páginas que preceden estas reflexiones. Con todo, creo que falta una coordinación institucional entre los distintos actores que, sin menoscabo de la diversidad y del ejercicio de la competencia exclusiva que les ha sido atribuida, neutralizaría recelos y desconfianzas y contribuiría a disipar, o al menos a anticipar, los riesgos inherentes a las divergencias.