

# WE CANNOT TURN THE CLOCK BACK: RIGIDEZ CONSTITUCIONAL, FORMALISMO JURÍDICO Y DERECHO CIVIL VALENCIANO

*We cannot turn the clock back: Constitutional rigidity,  
legal formalism and Valencian Civil Law*

FRANCISCO JAVIER PALAO GIL  
Universitat de Valencia  
palao@uv.es

## *Cómo citar/Citation*

Palao Gil, F. J. (2017).

*We cannot turn the clock back: rigidez constitucional,  
formalismo jurídico y derecho civil valenciano.*  
Derecho Privado y Constitución, 31, 163-216.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.04>

(Recepción: 1/09/2017. Aceptación tras revisión: 19/09/2017. Publicación: 27/11/2017)

## **Resumen**

El Tribunal Constitucional declaró nulas, mediante tres sentencias publicadas a lo largo de 2016, las principales leyes mediante las que la Generalitat Valenciana había comenzado a desarrollar la competencia que el Estatuto de Autonomía, en su redacción de 2006, le reconoce en materia de derecho civil. El artículo realiza una crítica de las sentencias y hace hincapié en la escasa argumentación utilizada, sus múltiples contradicciones internas y el contexto general en que se han producido.

**Palabras clave**

Derecho civil valenciano; estatuto de autonomía y control de constitucionalidad; competencias de la Comunidad Valenciana.

**Abstract**

The Constitutional Court declared invalid, by means of three sentences published in 2016, the main laws that the Valencian Government enacted in order to develop the competency that the Statute of Autonomy, in the drafting passed in 2006, bestowed in matters of civil law. The paper makes a critical reflection on the sentences, emphasizing the little technical argument used, its multiple internal contradictions and the general context in which they have occurred.

**Keywords**

Valencian Civil Law; statute of autonomy and control on constitutionality; competencies of the Valencian community.

## SUMARIO

---

I. EXORDIO. II. LA POBREZA ARGUMENTAL. III. LA CONVALIDACIÓN DE UN FRAUDE PROCESAL. IV. FALACIAS, APORÍAS, PARADOJAS Y ANTINOMIAS: UNAS SENTENCIAS CARENTES DE LÓGICA. V. PERO ¿HUBO ALGUNA VEZ UNA COSTUMBRE FORAL? VI. LA VERDADERA LECTURA DE LOS PRECEPTOS DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA. VII. UNAS SENTENCIAS POLÍTICO-JURÍDICAS. VIII. *RULES OF THIS NATURE ARE NOT «SET IN STONE»*. IX. COLOFÓN. LAS SECUELAS (SEGURAMENTE) INMEDITADAS DE UNAS SENTENCIAS POCO MEDITADAS. *BIBLIOGRAFÍA*.

---

### I. EXORDIO

Mi especialidad es la historia del derecho, aunque es cierto que he dedicado esfuerzo y tiempo a conocer y exponer las bases de un problema que para los valencianos es muy antiguo y que sigue teniendo ciertos visos de irredentismo jurídico. Sobre esa cuestión ha vuelto a pronunciarse recientemente el Tribunal Constitucional (TC) con unas sentencias decepcionantes —ya lo indica el título— que demuestran que sigue sin entender los entresijos de ese problema.

Comoquiera que ha transcurrido más de un año desde la primera de las sentencias, que abrió el camino a las demás, ya han aparecido algunos comentarios, la mayoría un tanto a vuelapluma —incluso en blogs— y desde el ámbito del derecho privado. Trataré de incorporar algunos de los elementos más destacados de dichos análisis mientras avanzo en la exposición, pero advierto de que las líneas de crítica se van a centrar preferentemente en los aspectos más constitucionales de la cuestión y de las tres sentencias del TC aparecidas entre abril y noviembre de 2016.

### II. LA POBREZA ARGUMENTAL

La primera de las sentencias<sup>1</sup> despacha en apenas siete folios del *BOE* una cuestión que es compleja y que ha tenido —y sigue teniendo— una gran

---

<sup>1</sup> STC 82/2016, de 28 de abril, que declara la inconstitucionalidad de la ley que regula el régimen económico matrimonial valenciano (número de recurso: 9888-2007).

repercusión social y mediática en la Comunidad Valenciana. Es evidente que no cabía esperar un texto como el de la sentencia del Estatuto de Cataluña, cercano a las quinientas páginas. Pero no era descabellado aguardar un fallo más extenso, sobre todo si tenemos en cuenta que la interposición del recurso se había producido casi una década antes. Concretando su estructura, vemos que las páginas 1-8 recogen los antecedentes; a partir de la página 9 se detallan los fundamentos jurídicos, si bien al principio se resuelven algunas cuestiones previas; por todo ello, el núcleo de la argumentación jurídica en torno a la cuestión central —la inconstitucionalidad de la ley— ocupa las páginas 11-18, es decir, las siete a las que antes me refería, una extensión similar, por cierto, a la del único voto particular. Y, si eliminamos las citas de literales o de antecedentes jurisprudenciales, aún menos. No parece que estemos hablando de un recurso de inconstitucionalidad que afecta a una ley entera —con otras dos más al fondo— y, de rebote, al ejercicio de una competencia recogido por extenso en un Estatuto de Autonomía y sobre una materia que afecta a todos los ciudadanos. Antes bien, da la impresión de que el TC se ha encontrado cómodo ante un asunto menor como el que se pueda presentar en una cuestión de inconstitucionalidad sobre aspectos burocráticos o administrativos en la aplicación de un reglamento local. Eso hace todavía más incomprensible la tardanza en la publicación del fallo, pues se podía haber redactado en un par de semanas... Desgraciadamente, una circunstancia así obliga a plantearse elementos explicativos al margen de los meramente jurídicos, como luego tendré ocasión de exponer.

En cualquier caso, la argumentación que uno encuentra en los pocos párrafos en que realmente hay una reflexión jurídica sobre el fondo del problema, no limitada a reproducir los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 121/1992, de 28 de septiembre, es de brochazo grueso (véase, en especial, el Fundamento Jurídico [FJ] 3): están llenos de las mismas ideas y expresiones que se vertieron hace décadas y producen una intensa sensación de copia. La explicación que las páginas 15 a 17 proporcionan sobre la modificación que sufrió la Ley de Régimen Económico Valenciano (LREM) en el año 2009, por ejemplo, son de una simpleza llamativa: es una exposición

---

*BOE* núm. 131, de 31 de mayo de 2016. Me referiré en esencia a ella porque: *a*) las otras dos sentencias posteriores la siguen prácticamente al pie de la letra en sus razonamientos; *b*) se supone que la ponente de esta primera es la especialista sobre la materia y la que ha establecido el criterio seguido por el tribunal de forma mayoritaria. No obstante, me referiré a esos dos fallos (STC 110/2016, de 9 de junio, número de recurso: 4522-2013; y STC 192/2016, de 16 de noviembre, número de recurso: 3859-2011) cuando entienda que aportan datos relevantes para el comentario.

bastante sucinta de los hechos para la que se ha copiado de forma incompleta y arbitraria el contenido del preámbulo de la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de reforma de la LREMV. Esa explicación tiene la virtualidad, aún más destacada, de ocultar cuidadosamente que la reforma obedecía en realidad a las negociaciones sostenidas en la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración general del Estado y la Generalitat Valenciana; solo había que poner en relación los artículos que el informe del director general de Desarrollo Autonómico del Ministerio de las Administraciones Públicas señalaba como posiblemente inconstitucionales, con los modificados o suprimidos por la ley, para sacar las debidas conclusiones. Pero es que, además, esto ya se ha explicado y publicado por algún autor especialmente cualificado (Torrejón, 2014)<sup>2</sup>. La ponente de la sentencia, sin embargo, optó por limitarse a reproducir el contenido del preámbulo como si de esta clase de textos legales (o más bien paralegales) pudiéramos extraer consecuencias decisivas para el proceso e ignoró, así, una doctrina inconcusa del propio tribunal, que afirma que los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo (por todas, STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2).

La escasez de análisis y razonamiento no se limita a estos extremos, sino que es patente a lo largo de todo el texto. Así, la interpretación del art. 49.1. 2.<sup>a</sup> del Estatut d' Autonomia de la Comunidad Valenciana (EACV) se ventila en un par de párrafos; no importa que entre 1977 y 1982 se produjera un intenso debate político y doctrinal hasta llegar a la solución —y redacción— del art. 31.2 del EACV de ese último año. Como apunta la Abogacía de la Generalitat en su escrito de alegaciones, hubo una clara intención del EACV, desde su inicial aprobación en el año 1982, de equipararse a los estatutos de los territorios que gozaban de unos derechos forales compilados en el momento de entrada en vigor de la Constitución española (CE), alejándose de aquellos otros estatutos cuya forma de enfocar sus competencias en materia civil estaba claramente volcada a la tutela de las costumbres que pudieran subsistir. Tampoco parece importar que, durante los trabajos previos a la reforma de 2006, hubiese una discusión igualmente profunda sobre la potestad para legislar en materia de derecho civil. El resultado fue una de las mayores apuestas del Gobierno valenciano en el ámbito competencial, pues a la redacción del art. 49.1.2.<sup>a</sup>, que recogía la anterior del 31.2, se añadieron el art. 7 y la Disposición Transitoria Tercera con el fin de determinar con claridad cuál era la intención del Consell y de las Cortes Valencianas en relación con la potestad legislativa atribuida a la

---

<sup>2</sup> Emilio Torrejón fue el director general de la Abogacía de la Generalitat entre 2007 y 2009, un período en que se sucedieron los contactos entre la Administración central y la autonómica para tratar de solucionar el conflicto. Además, véase Guillem (2010).

Generalitat Valenciana en dicho art. 49.1.2<sup>a</sup>: «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»<sup>3</sup>. Lo que se quiso superar con todo ello fue la sentencia del TC del año 1992 sobre la Ley Valenciana de Arrendamientos Históricos y los malentendidos que esta causaba. Pues bien, nada de esto parece tenerse en cuenta en el fallo, más allá de disertar de forma general sobre la posición de los estatutos de autonomía en el sistema de fuentes y la posibilidad de estos de interpretar o regular las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, para concluir que el legislador autonómico no ha podido decir lo que, a todas luces, ha dejado por escrito y todos hemos entendido sin esfuerzo...

Pero es que poco más se extiende al interpretar el art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la CE, que ha hecho correr ríos de tinta desde 1992 —y antes, por supuesto<sup>4</sup>—, pero que aquí se expone en unos pocos párrafos y con la falta de precisión y detalle impropias de una de las más altas instituciones del país. Casi veinticinco años después de la STC 121/1992, encontramos los mismos argumentos, las mismas razones, como si nada hubiera pasado entre medias, como si no se hubieran aprobado estatutos de autonomía llamados de *segunda* y *tercera generación*, como si no se hubiesen precisado ámbitos competenciales y no hubieran surgido conflictos nuevos, como si no estuviésemos a las puertas de una reforma de la CE derivada de esas tensiones<sup>5</sup>. Este es un punto en el que

<sup>3</sup> He podido estudiar en el archivo de las Cortes valencianas la tramitación de la reforma estatutaria en este apartado, así como las diecisiete comparecencias que celebró la comisión parlamentaria encargada de la reforma en que se reclamó el reforzamiento de la competencia en materia de legislación civil. Muchas de ellas, y desde posiciones muy diversas (del Consejo de la Juventud de la CV a las asociaciones agrarias, pasando por los sindicatos), fueron sumamente explícitas sobre la importancia de este punto.

<sup>4</sup> García de Enterría (1985) ya señaló que el art. 149.1.8.<sup>a</sup>, en lo referido a los derechos forales, era una norma asistemática que tiene la misma naturaleza que las materias contenidas en la relación del art. 148.1, y que, por ello, estaba sujeto a su régimen.

<sup>5</sup> Sin ánimo de ser exhaustivo, entre la STC 121/1992 y la actualidad han aparecido no menos de 80 monografías, capítulos de libro y estudios en revistas científicas sobre el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE; y una parte no pequeña, en esta misma revista. Otros muchos aparecieron al socaire de la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña. A su vez, la reforma del EACV y las leyes promulgadas en su virtud también han generado un número considerable de aportaciones. Hablamos, en total, de miles de páginas, con opiniones muy diversas, pero que en la mayoría de casos se hacen eco de las tensiones creadas por el desarrollo del derecho civil foral y el conflicto constitucional y jurídico que causa. Ni el menor rastro de todo ello puede encontrarse en la STC 82/2016 o en

la ponente de la primera sentencia, Encarna Roca Trías, estaba plenamente de acuerdo cuando, ya en calidad de magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, comentó la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña:

Estas argumentaciones me llevan a las conclusiones de urgencia siguientes:

1. La STC 31/2010 no utiliza ningún argumento que permita constatar que el Tribunal haya llevado a cabo una evolución clarificadora en una materia redactada de manera poco clara en el texto constitucional. Se limita a repetir los argumentos utilizados en anteriores sentencias que tampoco han contribuido a aclarar nada este enrevesado tema.
2. La utilización de la expresión «derecho foral o especial», aunque es respetuosa con la literalidad del texto constitucional, indica también una falta de evolución. La Constitución de 1978 no podía hacer otra cosa que utilizar esta expresión, que ahora ha sido sobradamente superada.
3. El reconocimiento de la competencia sobre fuentes del derecho civil no resulta nada afortunada, en tanto que seguimos sin saber cuál es el orden de los «respetos» en materia de fuentes según el artículo 149.1. 8.<sup>a</sup> CE, en la segunda parte (Roca Trías, 2010)<sup>6</sup>.

Seguramente la literalidad de la cita me evita ahondar en los comentarios. Pero la autora, sin duda, esperaba «una evolución clarificadora en una materia redactada de manera poco clara en el texto constitucional». Un lustro después, me imagino que la materia seguía redactada de manera poco clara; y, desde luego, no ha habido ninguna clase de evolución clarificadora en la interpretación del Alto Tribunal. Desde mucho antes, hay que apuntar. Recientemente, Mari Paz García Rubio nos recordaba en un simposio celebrado en Valencia que, en materia de derecho civil, la doctrina del TC ha sido escasa, poco original y sintomática de una falta de trabajo y rigor intelectual alarmantes. Permítaseme, pues, sentirme defraudado ante las expectativas que aquel texto me hizo albergar cuando la ponente fue nombrada magistrada del TC en 2012...

---

las dos que siguieron tras ella: como si nada hubiera sucedido desde 1992 y estuviéramos igual que entonces.

<sup>6</sup> Tampoco tienen desperdicio los comentarios de Ferran Badosa y Joan Egea sobre los términos de la sentencia.

Por tener, la primera sentencia —también las otras dos— hasta tiene faltas de ortografía llamativas: por ejemplo, «acerbo» por «acervo» en la página 11, que acaba dando al párrafo un segundo sentido muy interesante, pero, sin duda, no querido por la ponente; o las donaciones *propter* «*nutcias*» de la página 17. Todos nos equivocamos, es cierto; pero habiendo tenido nueve años para redactar un texto de menos de 25 páginas, al menos se podía haber hecho una última revisión, como hacemos todos a la hora de publicar un trabajo, lo que habría evitado otros errores *ad congruentiam*, como al final del último párrafo del FJ 4. La falta de precisión alcanza hasta algún matiz que puede considerarse vejatorio para algunos, como el uso del término «provincias valencianas» fuera de contexto (p. 19), en vez de «País Valenciano» (el adecuado en 1978) o el instaurado por el Estatuto de 1982, «Comunidad Valenciana», que tampoco se usa correctamente en denominaciones como «Comunidad Autónoma de Valencia» o «Generalitat de Valencia», que no existen y que uno no recuerda haber visto nunca.

### III. LA CONVALIDACIÓN DE UN FRAUDE PROCESAL

La sentencia (FJ 2) admite abiertamente que la mayor parte de la LREMV se impugnó fuera de plazo y de forma inválida. Creo que los elementos que se dan cita en una circunstancia tan extraordinaria como esta —algo pocas veces o nunca visto— deben exponerse con detenimiento. La Comisión de Seguimiento de Actos y Disposiciones de las comunidades autónomas del Ministerio de Administraciones Públicas se reunió el 14 de mayo de 2007 a instancia del Ministerio de Justicia, que planteó discrepancias en torno a los artículos antes citados. El 28 de mayo, el director general de Desarrollo Autonómico del MAP remitió a la Generalitat Valenciana un informe no rubricado en que se mostraba la posible inconstitucionalidad de una serie de preceptos de la LREMV y se proponía el cauce de cooperación previsto en el art. 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) para discutir y, en su caso, resolver la mencionada discrepancia. La Generalitat accedió el 30 de mayo, y el 7 de junio se constituyó la Comisión Bilateral de Cooperación, que convino iniciar negociaciones con ese fin. El preceptivo acuerdo se publicó en el *BOE* días después<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat en relación con la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, publicado por Resolución de 8 de



El informe del director general de Desarrollo Autonómico del MAP no cuestionaba en ningún momento el ejercicio de la competencia, ni la condicionaba a la observancia de una costumbre preexistente. En este punto —y en el texto del informe— creo que se debe insistir, tanto o más incluso que en el simple hecho del fraude procesal, pues ese fraude puede ser, en realidad, doble. El testimonio de Jesús Emilio Torrejón, que por entonces era el director general de la Abogacía de la Generalitat —y que intervino directamente en las negociaciones como miembro de la Comisión Bilateral—, aporta algunos datos relevantes para entender el carácter seminal de aquel informe en el fondo de la cuestión que se debatía:

[...] considerándose un texto de vital importancia para comprender por qué entendemos que en un principio el Estado corroboró el pacto político abordado en les Corts al que hemos hecho referencia inicialmente, para alcanzar un desarrollo pleno de esta competencia, pacto que fue abandonado por parte de la Administración del Estado a lo largo de las negociaciones para atrincherarse nuevamente en las tesis previas a la reforma de 2006, derivadas de la doctrina emanada de la Sentencia TC 121/1992.

La mayor y principal evidencia de todo cuanto manifestamos la encontramos en el hecho incuestionable de las propias opiniones del Estado plasmadas en su escrito de negociación, en cuyos argumentos nunca condicionaron el ejercicio de la competencia a la observancia previa de una costumbre preexistente. Esta premisa sine qua non, que acabó constituyendo el argumento central de su recurso ante el Tribunal Constitucional, y sigue siendo en el presente momento su argumento primigenio frente a cualquier foro «negociador» al que nos hemos enfrentado sobre la materia, nunca fue puesta de manifiesto por el Estado en su informe de 28 de mayo de 2007 de una forma contundente.

De haber sido así, no habrían cuestionado la constitucionalidad solo de los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 LREMV, sino más bien al contrario, habrían cuestionado, tal y como actualmente hacen, si están datadas las costumbres sobre un Régimen Económico Matrimonial propio de los valencianos, costumbres que, huelga decirlo, es evidente que no existen, y nunca el legislador Valenciano planteó su existencia.

Si nos fijamos en el contenido del informe de 28 de mayo de 2007 del MAP, apreciamos de forma indubitada que su autor parte en todo momento de las tesis de las «Instituciones conexas» desarrollada por el Tribunal Constitucional en su doctrina

---

junio de 2007, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial (BOE núm. 148, de 21 de junio).

sobre el ejercicio de la competencia en materia de derecho civil, y aunque es cierto que cita también la Sentencia 121/1992 del TC, relativa al derecho civil valenciano y la conexión del desarrollo de esta competencia con la existencia de costumbres propias, lo hace de forma tangencial para centrarse en lo que considera extralimitaciones de una hipotética legislación civil valenciana preexistente (Torrejón, 2014: 387-388).

Uno invitaría al amable lector a profundizar en el texto de aquel informe, que, por desgracia, no es público, y que, por su extensión, no se puede reproducir aquí. Allí se aprecia que el reproche de inconstitucionalidad se centra en aspectos como el régimen de prescripción y caducidad de las acciones, la regulación de exigencia de publicidad registral en determinados actos —lo que sí podría vulnerar una de las reservas expresas al Estado del art. 149.1.8.<sup>a</sup>— o el incumplimiento del requisito de tratarse de instituciones conexas. Los esfuerzos interpretativos se centraron en evitar que ciertos aspectos colaterales de la regulación de la LREMV invadieran la reserva estricta del art. 149.1.8.<sup>a</sup> *in fine*. En ningún momento se exigía la existencia de una pretendida costumbre foral; y, sin embargo, se admitieron sin reproche alguno instituciones tan esenciales como el régimen común de separación de bienes como supletorio, la «germania» o la carta de nupcias.

A los historiadores nos gusta explicar el trasfondo de las cuestiones que estudiamos, dar razones de un súbito cambio o revelar circunstancias que, a los juristas, enfrascados en la exégesis del derecho legislado, se les escapan. En este caso, la alteración de las condiciones sobre las que se construyó la negociación acerca de la posible inconstitucionalidad de la LREMV debe vincularse con el final de la legislatura autonómica del período 2003-2007 y las elecciones del último de esos años. La amplia reforma del EACV entró en vigor en abril de 2006 y, poco después, comenzaron los trabajos en la Comisión de Codificación Civil Valenciana para concretar aquellos aspectos en que cabía legislar, una vez concretada la competencia. No obstante, el deseo del Gobierno autonómico de promulgar una primera ley sobre derecho civil antes del fin de la VI Legislatura (el 30 de marzo de 2007 se cerró el último período de sesiones) hizo que se precipitara la elección de la materia y la redacción y el desarrollo de un texto articulado. A partir de ese momento, la cercanía de las elecciones autonómicas para la conformación de un nuevo parlamento regional creó el caldo de cultivo necesario para el desencuentro entre los dos partidos mayoritarios, PPCV y PSPV-PSOE. La rapidez en la tramitación obligó a utilizar el mecanismo de la proposición de ley, que no se había usado antes

en la legislatura<sup>8</sup>. A resultas de todo ello, la ley fue aprobada con los votos a favor de los grupos parlamentarios Popular y Esquerra Unida-l'Entesa, y el voto en contra del Grupo Parlamentario Socialista, que estaba en desacuerdo con la regulación de algunas instituciones, pero no en el fondo de la cuestión: la competencia.

El Gobierno de la nación correspondía al PSOE y estaba presidido por José Luis Rodríguez Zapatero. El desencuentro en torno a la LREMV llevó al Ministerio de Administraciones Públicas, entonces ocupado por el valenciano Jordi Sevilla, a echar un pulso al Gobierno autonómico, en manos del PP y de Francisco Camps, antes de unas elecciones que en la Comunidad se planteaban en clave abiertamente autonómica. La decisión socialista —entre otras más— conllevó una dura derrota del PSPV en las urnas, que acabó arrasando al ministro Sevilla, cesado en el mes de julio, a parte de su equipo y a Joan Ignasi Pla, secretario general del PSPV, ya en el mes de octubre. Cuando se acerca el vencimiento del plazo de seis meses abierto el 21 de junio con la publicación en el *BOE* de la constitución de la Comisión Bilateral, a un lado de la negociación los protagonistas son los mismos, pero, al otro, el cambio es sustancial: Elena Salgado había sustituido a Jordi Sevilla al frente del MAP, y una gestora pilotada por Joan Lerma, a Joan Ignasi Pla, uno de los artífices de la reforma estatutaria de 2006 (en la que, sin embargo, Lerma no había desempeñado papel alguno). Por ello no es de extrañar que, cuando el director general de Desarrollo Autonómico pide celebrar una nueva reunión el 7 de noviembre<sup>9</sup>, y esta se produce en Valencia el día 20 de noviembre, las bases de negociación hayan cambiado por completo en la parte del Estado central: desde el inicio, sus representantes exigen la condición indispensable de acreditar la existencia de una serie de costumbres vigentes *secundum legem* que legitimaran la LREMV. De este modo, fue imposible hallar un punto de encuentro entre ambas delegaciones y así, el 21 de diciembre de 2007, exactamente nueve meses menos un día después de que se hubiera publicado

<sup>8</sup> La proposición de ley fue presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 25 de octubre de 2006 y publicada en el *Boletín Oficial de les Corts Valencianes (BOCV)* de 16 de enero. La toma en consideración se realizó el 30 de enero, presentándose 211 enmiendas parciales. La Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalitat elaboró el dictamen el día 1 de marzo, y fue debatida y aprobada por el Pleno el día 7 de marzo. Se publicó en el *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (DOCV)* núm. 5.475, de 22 de marzo de 2007; en el *BOCV* núm. 273/VI, de 2 de abril; y en el *BOE* núm. 95, de 20 de abril. Véase Soriano (2007: 482-484).

<sup>9</sup> Las elecciones y el varapalo sufrido por los socialistas habían interrumpido las reuniones de la Comisión Bilateral; pese a los intentos de la Administración autonómica por reinstaurarlas, el Gobierno no accedió a ello.

la LREMV en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, el Consejo de Ministros acordó promover un recurso de inconstitucionalidad contra... en un primer momento no se supo muy bien qué. Y me explico: la nota que proporcionó el Gabinete de Prensa de La Moncloa tras la reunión del Consejo anunció un recurso «referido a varios artículos de la Ley de la Comunidad Valenciana de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, de 2007». Y así lo recogió la prensa nacional y regional al día siguiente. Sin embargo, ese mismo día, la Abogacía del Estado presentaba en el TC un escrito de interposición de recurso en el que comenzaba aclarando que este tenía por objeto la impugnación de la totalidad de la ley. Habida cuenta de que las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas (*ex art. 5 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno*), parece que la única forma de conocer sus resoluciones, mientras no se publiquen en el *BOE*, es atender a las referencias y resúmenes que proporciona el citado Gabinete de Prensa. Y si la noticia que este dio mencionaba «varios artículos» y no la ley entera, ¿fue ese el acuerdo del Consejo? Y si así fuera, ¿quiere eso decir que el abogado del Estado actuó por su cuenta siguiendo otras instrucciones distintas de las del Consejo y prevaricó al interponer el recurso? Y no fue esa la única irregularidad del día...<sup>10</sup>

Esta magnífica ceremonia de la confusión seguiría por un tiempo. La reacción del Gobierno autonómico no se hizo esperar, primero exigiendo al Ejecutivo estatal —no era posible hacerlo al PSPV, por entonces descabezado— que fuese consecuente con el pacto alcanzado entre socialistas y populares en la redacción del EACV. Después, cambió *motu proprio* los artículos comprendidos en el informe del director general de Desarrollo Autonómico del MAP a través de la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de Modificación de la LREMV, incluida la derogación de los arts. 30, 37, 47 y 48. Pudo perfectamente no haberlo hecho, pero con ello entendía cumplir con lo exigido por el MAP para retirar el recurso de inconstitucionalidad. También las Cortes valencianas creyeron lo mismo...<sup>11</sup> Pero no solo las más altas instituciones de

<sup>10</sup> La CE deja bien claro en su artículo 162.1.a) que corresponde en exclusiva al presidente del Gobierno la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad, lo que ratifica el art. 2.2.i) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Sin embargo, José Luis Rodríguez Zapatero se hallaba ese día de visita en León, y el Consejo de Ministros lo presidió María Teresa Fernández de la Vega. ¿Puede el presidente del Gobierno encomendar una función que la CE le reserva sin que contemple la eventualidad de una delegación en otra persona?

<sup>11</sup> El texto fue presentado por el Consell, solicitando la tramitación por lectura única, el 17 de septiembre de 2009, lo que se hizo por la Mesa, aceptando la propuesta, el 6 de octubre. Se aprobó en sesión plenaria el 28 de octubre y se publicó en el *DOCV* (núm. 6.131) el 10 de noviembre. Los letrados de las Cortes, Francisco Visiedo y En-

la Comunidad Valenciana: también las del Estado central en ella. Porque Ricardo Peralta, delegado del Gobierno, así lo afirmó en un artículo publicado el 17 de octubre en el diario *Las Provincias*, tras criticar la situación de inflación legislativa que producía la LREM-V:

[...] si la Comunidad Valenciana no tiene derecho foral compilado y las únicas costumbres que han sobrevivido se refieren fundamentalmente a cuestiones agrarias, la Generalitat carece de competencia para regular las materias de Derecho Civil antes referidas. Y que no se diga que se trata de recuperar instituciones antiguas ya que ello resulta difícil de proclamar respecto de la anunciada custodia compartida de los hijos.

Por estas consideraciones [...] el Gobierno de España se vio obligado, fracasado el intento de negociación en Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat Valenciana, de recurrir ante el Tribunal Constitucional la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, recurso admitido y en trámite.

Solo cabe celebrar que la Generalitat haya decidido modificar dicha Ley, remitiendo el oportuno Proyecto de Ley ante les Corts. *Tras su aprobación el Gobierno de España procederá a informar al Constitucional de su voluntad de no proseguir con el recurso* (Peralta, 2009)<sup>12</sup>.

La imputación de Francisco Camps en el caso Gürtel, el impacto de la crisis económica y la lenta agonía del Gobierno de Zapatero acabaron por romper cualquier recuerdo del antiguo pacto sellado por PP y PSOE en torno al EACV de 2006 y la competencia sobre el derecho civil valenciano. No es esta la única clave política de las sentencias de 2016, pero dejemos este relato aquí, por el momento.

Lo que voy tratando de demostrar es la existencia de una deslealtad institucional espantosa por parte del Gobierno de la nación, que se plasmó en un fraude procesal tácitamente reconocido por el propio tribunal juzgador al

---

rique Soriano, dan así por resuelto el litigio: «El conflicto ha quedado definitivamente solucionado con la modificación del texto recurrido mediante la Ley 8/2009 de 4 de noviembre, de la Generalitat, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciana»; véase Visiedo y Soriano (2010: 405).

<sup>12</sup> La cursiva es mía. La afirmación final («Tras su aprobación el Gobierno de España procederá a informar al Constitucional de su voluntad de no proseguir con el recurso») demuestra que ni siquiera el más alto representante del Estado central en la Comunidad Valenciana, es decir, su delegado, se enteraba de lo que realmente estaba pasando.

excluir en la admisión a trámite del recurso la impugnación de la mayor parte de la LREMV. Sin embargo, la deslealtad, el fraude y la incongruencia, lejos de ser objetos de censura, se ven más bien recompensados con la declaración de nulidad de la ley entera por conexión o consecuencia, sin que los preceptos que debieron ser salvados de dicha declaración le merecieran a la ponente poco más que una lectura superficial, tal y como pone de manifiesto el magistrado Xiol Ríos en su voto particular. Creo que él explica mejor que yo lo inadecuado y lo profundamente injusto de tal decisión:

[...] la opinión mayoritaria hubiera debido respetar la pervivencia de los preceptos impugnados extemporáneamente por la Abogacía en el Estado.

La opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia reconoce que gran parte de los preceptos impugnados lo han sido extemporáneamente; sin embargo, extiende la nulidad a ellos por conexión o consecuencia, sin ni siquiera examinarlos. Para ello se cita selectivamente (la cita selectiva autorreferente con pretensiones autoritativas es, a mi juicio, demasiado frecuente en la jurisprudencia del Tribunal) un remoto precedente de cuyo contenido se deduce que en el caso allí enjuiciado los preceptos legislativos a los que el Tribunal extiende la declaración de nulidad en aplicación del artículo 39 LOTC habían quedado sin contenido práctico alguno por depender su aplicación directamente de la vigencia de los preceptos anulados contra los que se formuló la impugnación. En los casos en los cuales no se ha dado de manera inequívoca una relación similar de conexión o consecuencia (especialmente en los casos en que la conexión ha pretendido fundarse en el ámbito objetivo del motivo de nulidad, como es el caso) el Tribunal hasta el momento, según se me alcanza, ha rechazado siempre hacer uso del artículo 39 de la LOTC, en consonancia con el carácter dispositivo de la justicia constitucional y con el constante razonar de la jurisprudencia según el cual la insuficiente argumentación sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal, aun cuando sea formalmente impugnado por el legitimado para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, impide examinar su contenido (cuánto más si la impugnación es extemporánea). A mi juicio, en consecuencia, el Tribunal, no ya por un alegado principio de igualdad entre las comunidades autónomas, sino por respeto a la presunción de constitucionalidad de la ley y, en último término, por una exigencia ineludible de coherencia inherente al ejercicio de la jurisdicción (A. Bickel, H. Wechsler, entre otros muchos) debió examinar únicamente los preceptos impugnados en tiempo por la Abogacía del Estado.

Dicho con otras palabras: la mayor parte del TC se sirve de una sentencia que —podríamos decir con cierta licencia— pasaba por allí, referida a un tema tan vinculado al derecho civil como la recaída en el recurso promovido por la Diputación Regional de Cantabria contra un artículo de la Ley Estatal de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestre, y otros

dos artículos y un anexo de una ley de hace veinticinco años por la que se declaraba reserva natural a las Marismas de Santoña y Noja. El amable lector puede pensar que estoy de broma, pero no es así: este es el mejor precedente —porque es el único— que ha podido encontrar el TC para declarar nula una entera ley autonómica impugnada por un recurso afectado, este sí, de nulidad en su mayor parte. Un mínimo ejercicio interpretativo habría permitido deslindar la parte que se considera afectada por el recurso de la que debería haberse salvado; la posibilidad de reintegración de un texto así era perfectamente factible, tanto por el Consell de la Generalitat como por las propias Cortes valencianas. Xiol Ríos nuclea lo injusto del fallo en torno a dos principios que juzga básicos —y lo son, sin duda— dejando al margen un alegado, y no reconocido por el tribunal, principio de igualdad entre las comunidades autónomas: por un lado, la presunción de constitucionalidad de la LREM; y, por otro, una exigencia ineludible de coherencia inherente al ejercicio de la jurisdicción. Podríamos poner en duda el primero, por supuesto; con mucha más dificultad, el otro. Pero la coalición de ambos me parece insuperable si hablamos de técnica constitucional. La coherencia en el ejercicio de la jurisdicción debió haber actuado como un blindaje para la parte de la ley que fue impugnada extemporáneamente, pues, como señala Xiol, los casos en que el TC ha hecho uso del art. 39.1 LOTC son muy escasos, pero nunca lo ha hecho cuando la conexión se ha fundado —como en el presente supuesto— en el ámbito objetivo del motivo de nulidad y no se ha demostrado una relación de dependencia directa en la aplicación entre los preceptos anulados y aquellos a los que se extiende la nulidad.

Siempre hay una primera vez en todo. Pero, para ello, quizá habría que haber ido más allá del «análisis de conjunto» que la sentencia afirma realizar, renunciando, así, a llevar a cabo un análisis de cada uno de los preceptos; es decir, la ponente se conforma con «una mera lectura del total de su articulado» para extraer conclusiones tan obvias como que «todos ellos son marcadamente de naturaleza civil» y acabar dando por nula una ley entera. Como recuerda el voto particular, «la insuficiente argumentación sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal, aun cuando sea formalmente impugnado por el legitimado para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, impide examinar su contenido (cuánto más si la impugnación es extemporánea)». En este caso, no solo es examinado, sino que se acogen sus argumentos por completo y sin la menor crítica. La superficialidad con que se enjuician los preceptos de la ley parece más propia de aquel razonamiento que precede a la desestimación de un recurso por ser evidente su falta de base... Pero es que, además, todo este razonamiento se cae por su propio peso cuando se estudia la sentencia recaída en el recurso sobre la Ley de Uniones de Hecho Formalizadas. En este caso, el ponente dedica cinco folios a comprobar concienzudamente y «uno a uno

el contenido de los preceptos de la Ley para restringir la declaración de nulidad, por este motivo, solamente de los que tengan carácter civil». Ese mismo ejercicio, sin embargo, no se hizo en la primera de las sentencias, que marca la pauta para las demás; en ella, esta cuestión se resuelve en dos párrafos. ¿Por qué? El FJ 7 de la STC 82/2016 despacha con brevedad la razón de la nulidad completa de la LREMV:

La inconstitucionalidad por conexión de los artículos antes citados se deriva del análisis del conjunto que forman con los impugnados. Se trata de una unidad inescindible con las normas en las que se ha apreciado el vicio de inconstitucionalidad, dado que el legislador autonómico las ha concebido como un todo unitario y, sin duda, carece de sentido e incluso podría entrañar una manipulación de la voluntad del legislador dejarlas vigentes en el ordenamiento jurídico, aisladas del conjunto normativo en el que nacieron y que les da pleno sentido<sup>13</sup>.

Este modo de razonar, sin embargo, no es aplicable a la Ley de Uniones de Hecho Formalizadas, pese a que esta, que tiene solo quince artículos, ha visto anulados once de ellos. No obstante, en este último caso, el ponente no se pregunta si el legislador autonómico los ha concebido «como un todo unitario» o si «carece de sentido e, incluso, podría entrañar una manipulación de la voluntad del legislador» dejarlos vigentes en el ordenamiento jurídico, «aislados del conjunto normativo en el que nacieron y que les da pleno sentido». La finalidad de un despropósito como este no es otra que permitir afirmar que la nulidad de la ley es parcial. Pero el lector paciente puede tratar de reconstruir lo que queda de la ley y discurrir si los cuatro tristes artículos restantes, alguno hecho jirones<sup>14</sup>, forman «un todo unitario» que se ajusta a la «voluntad del legislador». La misma lógica de la primera de las sentencias habría llevado a una declaración de nulidad completa, como reclamaba la Abogacía del Estado

<sup>13</sup> En este caso, la ponente se arroga la capacidad de desentrañar la voluntad del legislador autonómico tras una «mera lectura» de los preceptos que este promulgó. Si hubiese estudiado con alguna dedicación la génesis de los preceptos estatutarios y de la propia ley, a lo mejor la opinión hubiese sido otra.

<sup>14</sup> Puede comprobarse, por ejemplo, el esmero de cirujano con el que el ponente ha unido los pedazos del artículo primero que le parecían salvables de la declaración de inconstitucionalidad, hasta componer un texto inteligible. Las explicaciones que proporciona en el FJ 9 sobre la constitucionalidad de las disposiciones finales son buena muestra de hasta dónde puede llegar un jurisperito firmemente instalado en el «cielo de los conceptos jurídicos» sobre el que Ihering ironizó hace más de un siglo, basado en el «mundo firmísimo de la teoría, desligada de toda consideración por la vida práctica».



y como hubiese sido de desear por mor de la coherencia entre fallos. Pero la lógica y la coherencia no son, precisamente, virtudes que uno pueda encontrar entre los párrafos de estas sentencias.

#### IV. FALACIAS, APORÍAS, PARADOJAS Y ANTINOMIAS: UNAS SENTENCIAS CARENTES DE LÓGICA

El diccionario de la RAE define la *aporía* como «un enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional»; dicho de otro modo, es un razonamiento que concluye en un juicio que es en sí contradictorio, en un problema insuperable que, a menudo, toma la forma de una paradoja. Una forma muy común de paradoja es aquella que desarrolla razonamientos en apariencia válidos, que parten de premisas en apariencia verdaderas (y a veces pueden serlo), pero que conducen a contradicciones o situaciones contrarias al sentido común, generalmente porque los argumentos que se usan son falaces. Filósofos y lógicos huyen de las aporías porque constituyen un embudo natural en el arte de razonar; de ahí que siempre comiencen haciendo una depuración de las premisas de las que parten a la hora de inferir, pues saben que, si estas son inconsecuentes, irracionales o falsas, será imposible resolver el problema al que se enfrenten, porque más tarde o más temprano aparecerá ese embudo al que me refero y ya no será posible ir más allá. Al fin y al cabo, el significado etimológico de *aporía* es ese: dificultad para pasar o atravesar porque el paso es inconcebible. También suelen depurarse los argumentos para evitar las falacias, que son esas explicaciones que parecen verdaderas y válidas, pero que un análisis más detallado muestra como falsas.

El proceso del razonar que hasta ahora ha seguido el TC respecto del derecho civil valenciano, tanto en la Sentencia 121/1992, como en las tres sentencias del año 2016, es una aporía digna de figurar en un manual de lógica. Y, por tanto, su conclusión (es decir, la sentencia), a la que se llega tras usar unas cuantas falacias, no es otra cosa que una paradoja; y, como estamos en un campo especializado, el del derecho, esa paradoja se acaba revistiendo de antinomia.

Vamos por partes. La sentencia afirma, en su FJ 4 (p. 19), lo siguiente:

Por tanto, según resulta expresamente de la disposición transitoria primera EACV de 1982 y del art. 1.1 LOTRAVA, la competencia autonómica en materia de derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la LOTRAVA, que en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el art. 149 CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, que permite a las comunidades autónomas

legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial existente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un derecho foral valenciano susceptible de actualización independientemente de su preexistencia.

Esta premisa es discutible en varios aspectos. La Disposición Transitoria Primera del EACV de 1982 se vincula a una interpretación del art. 149.1.8 CE que es la del tribunal, pero no la de los autores de aquel primer Estatuto. Los borradores y proyectos previos al texto definitivo así lo demuestran. De hecho, en el definitivo art. 31.2 se eliminó la referencia a la CE, que sí se recogía en el llamado «Estatut de Morella» de 1979, considerado el precedente más cercano al redactado final<sup>15</sup>. Este decía lo siguiente: «La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 2. Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano».

Como es bien sabido, la redacción valenciana sigue la de los estatutos de aquellos territorios cuya competencia en materia de derecho civil no se discute: el País Vasco, Comunidad Foral de Navarra, Cataluña, Aragón, Islas Baleares y Galicia. Es un argumento antiguo, que usó la Abogacía de la Generalitat en su escrito de alegaciones de 27 de mayo de 2008. Al mismo tiempo, se aparta de la regulación presente en los estatutos de las comunidades pertenecientes al bloque del derecho común, como Castilla y León o Extremadura. La intención del legislador valenciano es inequívoca en cuanto a seguir los pasos de aquellas y no de estas. Y el camino recorrido hasta la reforma de 2006 demuestra que existen dos vías en cuanto a las normas de derecho civil propias de cada comunidad. Las de la primera vía han optado por reforzar su competencia, desligándose de forma patente de las viejas compilaciones, concediendo un mayor papel en las reformas estatutarias al derecho foral<sup>16</sup> y desarrollando la potestad hasta el extremo, como en el caso de Cataluña. Es la vía de la ley, la norma por excelencia de nuestro tiempo.

<sup>15</sup> El llamado «Estatut de Morella» fue un anteproyecto presentado a principios de 1979. Recoge en su Título II, art. 7 («De las competencias del País Valenciano») lo siguiente: «Corresponde al País Valenciano la legislación exclusiva, la potestad reglamentaria y la ejecución en las siguientes materias: [...] 3.<sup>a</sup> Derecho civil propio, *en los términos previstos por el art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución*» (la cursiva es mía). Véase Aguiló (1992: 253 y ss.).

<sup>16</sup> Un modelo es el Estatuto de Aragón que, en su reforma de 2007, coloca el «derecho foral» como uno de los tres pilares de su afirmación como «nacionalidad histórica» y de la identidad propia de la comunidad. El resultado es una profusión de artículos en que se reconoce ese papel central del derecho propio.

Otras comunidades como la Región de Murcia y el Principado de Asturias, sin embargo, han seguido el ejemplo de Castilla y León o Extremadura, y se han ocupado de las instituciones consuetudinarias conservadas hasta nuestros días. En estos casos, optan por conservar, defender o prestar atención a las costumbres que han sobrevivido en el tiempo a la derogación impuesta por el Código Civil (CC) o por el mero transcurso de los siglos y el desarrollo social consiguiente. Pero no se plantean la modificación y el desarrollo, como las regiones de la primera vía, sino su exposición y compilación, con el mayor rigor posible y con el fin de concretar el perfil jurídico de una norma —la costumbre— que presenta serios problemas de definición y especificación. La vía o el camino elegidos son distintos porque no existe un cuestionamiento de la pertenencia de estas comunidades al bloque del derecho común, el del derecho de Castilla y León, en cuya Corona estaban integrados sus territorios desde la Edad Media, ni un conflicto histórico convertido en agravio jurídico, como en el caso de la Comunidad Valenciana.

Los autores del EACV de 1982 estaban pensando en que, a su entrada en vigor, la Generalitat asumía la potestad legislativa sobre el derecho civil valenciano «en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución», pero «hasta tanto se ejercite la competencia estatal contemplada en el artículo ciento cincuenta coma dos, de la Constitución». Es decir, que en el momento en que se produjese la transferencia pactada para igualar la Comunidad Valenciana con las demás que habían accedido a la autonomía a través del art. 151 CE, esa potestad legislativa se entendería completa y equiparable a la de comunidades como Cataluña, Galicia o el País Vasco. La Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia de competencias a la Comunidad Valenciana en materia de titularidad estatal (LOTRAVA), dictada al amparo del art. 150.2 CE, dio cobertura constitucional a las competencias contenidas en el EACV que excedían del marco del art. 148 CE. Que lo entendieran mal es otra cosa: la del derecho civil valenciano es, al fin y al cabo, una historia de mucha gente que comprende las cosas muy mal en la Comunidad Valenciana, y de otra gente (menor en número) que las entiende perfectamente en Madrid, que es donde, al final, se juega y se decide la partida, pese a que vivimos, al parecer, en un país cuasifederal. Pero el juego entre el art. 31.2 y la DT 1.<sup>a</sup> del EACV, por un lado, y el art. 1.1 de la LOTRAVA, por otro, no se entendió en la Comunidad Valenciana en el sentido en que se define en el FJ 3 de la sentencia, ni siquiera tras la STC 121/1992.

Otra de las falacias usadas habitualmente por el TC es la que concierne al uso de la competencia plasmado en la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos (LAHV). La Abogacía del Estado afirma que la Generalitat había aceptado la interpretación del art. 149.1.8.<sup>a</sup> en el sentido de que las comunidades autónomas sin derecho foral compilado

solo tienen competencia para legislar las costumbres derivadas de los antiguos fueros que hayan subsistido, al ejercer su propia competencia mediante la elaboración y promulgación de la LAHV: «Fue por tanto la Comunidad Valenciana la que aceptó que su competencia sobre derecho foral civil exigía acreditar la subsistencia de una costumbre derivada de los antiguos fueros».

Este tipo de falacia, la de la afirmación del consecuente (o error inverso), es bastante común. Lo que el abogado del Estado afirmarí­a es lo siguiente: premisa 1: si tienes una competencia limitada al carecer de compilación, entonces haces una ley a partir de la costumbre vigente; premisa 2: haces una ley a partir de la costumbre vigente; conclusión (3): por lo tanto, tienes una competencia limitada al carecer de compilación. La forma de refutar esta falacia es tan sencilla como el propio argumento usado: se trata de demostrar que la segunda parte de la primera de las premisas (haces una ley a partir de la costumbre) puede suceder como consecuencia de algo diferente de la primera parte (tienes una competencia limitada al carecer de compilación).

La Ley 6/1986 fue un texto de alcance modesto: diez artículos, tres disposiciones finales y una transitoria regulaban un tipo de contrato de origen decimonónico —no foral, por tanto— y de ámbito reducido a la huerta de la capital y algún enclave aislado, es decir, menos de un 0,5 % de la superficie territorial de la comunidad autónoma. Es fácil pensar que la LAHV se promulgó porque recogía una costumbre aún en vigor, y con ello la Generalitat pensó ajustarse estrictamente a los reducidos límites de su competencia<sup>17</sup>. Pero pudo haber una causa diferente, como así fue. El caso es que en febrero de 1986, el Grupo Parlamentario Comunista de las Cortes Valencianas presentó una proposición no de ley sobre arrendamientos históricos con el fin de proteger a los inquilinos de esta clase de contratos, en general labradores modestos, del vencimiento de los contratos que preveía la Disposición Transitoria Primera-Tercera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980<sup>18</sup>. Apenas unas semanas después, las Cortes pidieron al Consell que elaborara el correspondiente anteproyecto de ley, que se presentó en septiembre. Tras los trámites correspondientes (enmiendas, informe de la ponencia y dictamen de la comisión), la ley se aprobó el 19 de diciembre, justo a tiempo de evitar

<sup>17</sup> Es un error presente hasta en algún constitucionalista valenciano, como Garrido (2002: 129).

<sup>18</sup> Dicha disposición transitoria suponía que estos arrendamientos concluirían a fines de 1986. La aplicación de la nueva ley permitiría a los propietarios actualizar e incrementar notablemente la renta que pagaban los arrendatarios, lo que comportaría en la mayoría de casos la resolución del contrato y el desahucio de estos. En el mismo sentido, Ley 2/1986, del Parlamento gallego, de Prórroga de Arrendamientos Rústicos Históricos en Galicia.

el inicio del proceso de privación de la propiedad. El preámbulo de la ley establece que «la Comunidad Valenciana puede legislar sobre arrendamientos rústicos en la medida en que cabe apreciar la existencia de un derecho consuetudinario especial»; pero en ningún momento afirma que ese es su único título justificativo. La ley no se hizo porque hubiera un deseo de codificar un derecho consuetudinario vigente, y de este modo la Generalitat reconociera lo limitado de su competencia; la ley se promulgó, y con urgencia, para evitar un perjuicio notable a un grupo de labradores valencianos y, de paso, para proteger un elemento esencial del paisaje de la capital, como es la huerta. Y para ello se invocó el art. 31.2 del EACV y se dio un título competencial adicional. Pero no es, en absoluto, el único.

La prudencia podría ser uno de los criterios que ayude a explicar por qué el legislador valenciano optó por positivizar una vieja institución que pervivía como costumbre en la huerta de la capital a fin de estrenar su flamante competencia para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil valenciano. Pero lo cierto es que la Generalitat no tenía intención de usar la competencia regulada en el art. 31.2 EACV en los primeros años tras el acceso a la autonomía. Bastante había con asumirla en los servicios básicos como sanidad o educación, infrafinanciados e infradotados, o alcanzar un presupuesto razonable para ello. En este escenario, ocuparse de un derecho civil dos veces abolido y perseguido con saña por la propia Administración central no era la máxima prioridad. La ley del año 1986 solo buscaba atender una situación de emergencia, sin mayor pretensión.

Pero el recurso presentado por la Abogacía del Estado poco después de que se promulgara la ley, y que solo cabe calificar de feroz —el escrito de alegaciones era bastante más extenso que el de la propia ley—, sí que causó una preocupación mayor y, sobre todo, un bloqueo efectivo en el ejercicio de la competencia hasta que se produjese la sentencia del TC. Aunque el recurso solo afectaba a tres artículos de la ley y a su disposición transitoria, en la práctica lo que pretendía era eliminar completamente la potestad al situar al producto resultante —la LAHV, en este caso— en un rango inferior al de la ley; es decir, en la nada más absoluta:

Nada hay que objetar, así, a que la Comunidad Autónoma de Valencia legisle en la medida en que sea apreciable la existencia de un Derecho consuetudinario especial, pero tal posibilidad no debe alterar las fronteras entre el Derecho común (y la competencia estatal sobre legislación civil) y Derecho foral (que es, en el caso de la Comunidad Valenciana, una competencia sobre Derecho consuetudinario), y para que tales límites no se vean alterados es forzoso reconocer que una posible reducción de las costumbres a Derecho escrito no puede traducirse jamás en una variación en la jerarquía de fuentes aplicables a un instituto jurídico cualquiera. No por el hecho de

codificarse podrá aspirar la costumbre a ocupar una posición jerárquica diferente a la que tenía en su forma de expresión primitiva. Si la costumbre regía en defecto de una ley aplicable, la Ley autónoma que la sancione no podrá pretender ocupar el rango de ley preferente frente a una ley estatal anterior o posterior a su vigencia. [...]

Por ello, en suma, se impugna la Ley; por un lado, no refleja una realidad consuetudinaria efectivamente existente, como condición constitucional imprescindible, sino que crea *ex novo* una normativa sin ninguna conexión previa con usos vigentes, que entra en contradicción con la normativa estatal, como lo prueba el hecho mismo de que la Ley impugnada se haya visto precisada a establecer una exención o dispensa del propio régimen general de la legislación del Estado. Además, y de manera general, se señala una violación del art. 149.1.8 de la Constitución, en cuanto la Ley impugnada invade la legislación civil, la exceptúa de aplicación y coloca en lugar preferente una normativa nueva.

El escrito de alegaciones de la Abogacía del Estado afirmaba algo tan temerario como que la ley «no refleja una realidad consuetudinaria efectivamente existente», cuando las pruebas aportadas sobre la vigencia de los arrendamientos históricos eran simplemente irrefutables. No contento con ello, además, exigía que la norma resultante quedara en cualquier caso por debajo de «una ley estatal anterior o posterior en su vigencia», pues, aunque se pusiera por escrito, no dejaba de ser derecho consuetudinario, y ese debía ser su lugar sin que pudiera modificar su jerarquía en el cuadro de fuentes del derecho. Es decir, cualquier derecho civil valenciano quedaría al albur de la promulgación por el Gobierno de la nación de una ley que fuese coincidente en la materia. En resumidas cuentas, el escrito de la Abogacía del Estado vaciaba de contenido la competencia, pues, aunque no la negaba, la circunscribía a aquellas normas de carácter consuetudinario con arraigo efectivo e implantación general en el territorio, sin usos diferentes que pudiesen resultar contradictorios; y colocando su resultado —la ley autonómica— por debajo, en rango, de cualquier otra ley estatal anterior o posterior a su vigencia.

En su contestación, el Gabinete jurídico de Presidencia de la Generalitat, aparte de demostrar la raigambre histórica de esta clase de arrendamientos, buscó acotar el ámbito competencial en el que se movían las Cortes y el Gobierno valencianos, y que en absoluto se circunscribía a la positivización de costumbres:

El contenido propio de esta competencia viene definido por las tres posibilidades de conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil valenciano, expresiones estas que impiden la interpretación expuesta por el recurrente, que parece referir la competencia autonómica a la mera posibilidad de reducir una costumbre a Derecho escrito.

Como conclusiones, en cuanto a lo expuesto, se formulan, pues, las siguientes: que para el ejercicio de la competencia autonómica basta con la existencia de un Derecho consuetudinario propio que recaiga sobre una institución igualmente propia, no regulada por el Derecho común; que dicha competencia no supone solo la posibilidad de reflejar la costumbre en norma escrita, sino que se extiende a la modificación y desarrollo del Derecho creado por aquella y, aún más, supone la atribución de una competencia de desarrollo de ese Derecho civil valenciano, que podría haber llevado al legislador aun más allá de lo que lo ha hecho y, por último, que el ejercicio de esta competencia no puede quedar limitado por el ejercicio de la que el Estado ostenta en materia de legislación civil. pues cada una de estas competencias tiene su propio ámbito de actuación.

La Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre de 1992, acuñó la ya famosa tesis «agro-consuetudinaria» —así la llamó el profesor Francisco Blasco—: al carecer la Comunidad Valenciana de derecho civil propio o foral compilado al aprobarse la Constitución, la competencia legislativa quedaba limitada a las probadas costumbres forales que se hubieran podido conservar, generalmente en el ámbito agrario: los arrendamientos históricos, las ventas *a l'ull o per alfarrassar* o *al pes o per arrovat*, y poca cosa más...

Este entendimiento amplio del precepto consuetudinario es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31.2 del EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano» no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común.

Sin perjuicio de las observaciones y matizaciones que después se harán, no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado art. 149.1.8 de la Constitución y que se configura en el art. 31.2 del EACV, precepto, este último, cuya virtualidad competencial ha de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal.

El TC asumió sin mayor examen la falacia argumentada por la Abogacía del Estado, y sancionó que, al legislar sobre una institución consuetudinaria, la Generalitat estaba mostrando cuál era su ámbito competencial. En vano trató esta de ampliarlo alegando la facultad que tenía para desarrollarlo y el verdadero alcance del art. 31.2 EACV.

Un hecho que demuestra que, en la Comunidad Valenciana, tanto las instituciones públicas como una parte de las profesiones jurídicas no entendieron ni compartieron el giro dado por el TC al ejercicio de la competencia, fue la reacción producida ante la sentencia. Tras varios años de movimientos, manifiestos y mociones en las Cortes, en septiembre de 2002 se creó el Observatorio de Derecho Civil Valenciano, y en 2004, una Comisión de Codificación Civil Valenciana. El resultado de todo ello fue la reforma del EACV que tuvo lugar en 2006 y que, como señalé al principio, fue una de las mayores apuestas del Gobierno valenciano en el ámbito competencial<sup>19</sup>.

Solo un año más tarde, la Ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, constituía el primer hito de esta nueva vía. A ella le siguieron la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos Progenitores no Conviven (conocida como Ley de Custodia Compartida); la Ley 5/2012, de Uniones de Hecho Formalizadas; y la Ley 3/2013, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias. Las tres primeras fueron recurridas ante el TC, como es bien sabido, por el Gobierno de la nación. Coincidiendo con la interposición del primero de los recursos, comenzó una nueva campaña en ayuntamientos y entidades cívicas para pedir su retirada y el reconocimiento por parte del Estado de la competencia en los términos contemplados en el Estatuto de Autonomía. Las Cortes valencianas pidieron que se instase al Gobierno central a no presentar recurso ante el TC contra la Ley de Custodia Compartida y a desistir del recurso ya interpuesto contra la Ley de Régimen Económico Matrimonial. Finalmente, la Associació de Juristes Valencians ha venido promoviendo desde junio de 2015 un manifiesto en que se instaba al Gobierno español a retirar los recursos y a permitir el afianzamiento del desarrollo legislativo del derecho civil propio. Para cuando estas líneas se escriben, más de doscientos municipios se han adherido a él (los de mayor población, hablamos de más de cuatro millones de habitantes), así como numerosas entidades, asociaciones, las facultades de derecho, colegios profesionales —entre ellos, los de abogados, incluido el autonómico—, etc.<sup>20</sup>.

Y ahora vuelvo al razonamiento de páginas atrás: ¿alguien en su sano juicio puede aún sostener que todo el esfuerzo desplegado por la Comunidad Valenciana, sus instituciones públicas y privadas, entre 1982 y 2017, en torno

<sup>19</sup> Véase Garrido (2008: 82).

<sup>20</sup> Tras las sentencias del TC, el manifiesto ha cambiado su contenido y la redacción actual contiene un alegato decidido a favor de la competencia de la Generalitat para legislar en materia de derecho civil valenciano.



a afirmar y definir su competencia para legislar en materia de derecho civil, se ha hecho respecto de algo que no existe?

## V. PERO ¿HUBO ALGUNA VEZ UNA COSTUMBRE FORAL?

La vía consuetudinaria, impuesta por el TC en 1992, no era la querida por la Generalitat porque estaba condenada al fracaso desde el primer momento. Hace siglos, como bien sabemos los historiadores, que por ese camino no es posible ir más allá de recoger algunas instituciones sin apenas significación, meras curiosidades jurídicas para cualquier profesional del derecho. Además, los problemas que plantea la costumbre como materia prima para el desarrollo de la competencia son prácticamente insuperables. En primer lugar, porque es, hoy día, escasa, por no decir que inexistente. En los últimos veinte años se ha hecho un considerable esfuerzo por tratar de hallar y documentar las instituciones jurídicas consuetudinarias que aún pervivieran en el territorio de la comunidad. El resultado ha sido peor que magro. Más allá de los arrendamientos históricos, apenas si se han podido describir algunas modalidades de compraventa de la cosecha de naranja, como la venta *a ull* o estimada, o la venta al peso o *per arrovat*; y ciertos usos agrarios propios de la Albufera de Valencia, como el espigueo del arroz en Sueca, el herbaje o los aprovechamientos de la pesca<sup>21</sup>. Estos institutos presentan un valor social testimonial, pues se hallan reducidos al ámbito agrícola, y en algún caso de una zona geográfica muy concreta. Su presencia en el tráfico jurídico y su impacto económico y social son mínimos. Por añadidura, su extremado localismo hace también extremadamente difícil su generalización a todo el ámbito de la comunidad autónoma, como ya apuntó el abogado del Estado en el recurso contra la Ley de Arrendamientos Históricos. El alegato fue desestimado, pero apuntaba a un problema grave: ¿por qué los usos de una determinada zona o comarca pueden ser impuestos en detrimento de los existentes en otras distintas<sup>22</sup>?

Ninguna de estas constituye, sin embargo, la dificultad principal. Esta es, como señalaba el profesor Montés en su estudio sobre el derecho foral valenciano, el carácter peculiar de la costumbre como fuente del derecho:

<sup>21</sup> La monografía básica, en este punto, es la de Ramón Fernández (2002).

<sup>22</sup> El espigueo, por ejemplo, existe en varios pueblos y comarcas, tanto en terrenos de regadío como de secano. ¿Debe generalizarse y hacerse obligatoria la costumbre existente en la Albufera de Valencia? El sentido común nos dice que no, lo que reduce aún más el alcance de la compilación de un derecho como este. En este sentido, véase Verdura (2000: 315-318).

La costumbre como fuente del Derecho presenta problemas y dificultades reiteradamente suscitados y no resueltos. Se ha dicho que «el Derecho consuetudinario es uno de los más oscuros e intrincados problemas de la Ciencia del Derecho» —en alusión a Felipe Clemente de Diego—, pues costumbre es la «norma creada e impuesta por el uso social», pero tal definición, por sí insuficiente, encubre además una tautología, puesto que vendría a significar, como atinadamente se ha señalado, que «la costumbre es la norma resultante de la costumbre», salvo que pudiera distinguirse entre la norma creada (costumbre) y la práctica que la crea (uso), lo que es más difícil de lo que pudiera pensarse (Montés Penadés, 2007: 305-306).

La costumbre es una fuente secundaria, subsidiaria y limitada; era una curiosidad en los tiempos de Joaquín Costa, y ya ha llovido desde entonces. En nuestra época, la del derecho racional y codificado, que se basa de forma casi exclusiva en la ley escrita, ocupa un espacio marginal. Recientemente, el iushistoriador suizo Pío Caroni nos recordaba que la Edad Contemporánea es la del imperio de la ley y la de la expulsión fáctica de la costumbre del cuadro de las fuentes efectivas del derecho:

[...] la codificación del derecho, y más aún la del privado, al poner fin a la vigencia práctica del antiguo derecho [...] confirma la entidad del cambio provocado por la codificación: a la primacía de la *consuetudo*, tanto la popular como la sapiencial, opuso el predominio (plenamente ilustrado e iusnaturalista) de la ley sancionada por la autoridad y recogida en el código. Esto provocó consecuencias sin fin: simplificó (y por ello generalizó) el acceso al conocimiento del derecho positivo; tendió a acentuar el valor de la ciencia jurídica elaborada sobre el derecho común; reestructuró el punto de vista erudito y la función de juzgar [...]

Tal como ha sido descrita a lo largo de estos últimos veinte años, la codificación provocó un cambio de época. Facilitó la clausura del reinado secular de la *consuetudo* y dio inicio al de la ley (Caroni, 2013: 10 y 14).

Es, además, como forma autóctona de crear reglas de conducta, difícilmente incardinable en la calificación de derecho foral o especial. Las instituciones que han llegado hasta nuestros días —al menos, las más relevantes— no provienen de los antiguos fueros, sino que surgieron en el siglo XVIII o con posterioridad. El obstáculo final es insuperable:

Esto es, se trataría de usos o costumbres que, procedentes del anterior sistema foral, sobreviven como prácticas o reglas, recreadas por los usos sociales. Pero siempre encontramos el fortísimo obstáculo de tener que explicar cómo pueden sobrevivir si están derogadas. De modo que, si se trataba de costumbres forales, quedan derogadas por la Nueva Planta, y si se consideran costumbres nacidas y vigentes bajo el

imperio del Derecho de Castilla, forman parte del Derecho común, además de que se verían derogadas, en tal caso, por la Disposición Final derogatoria del Código civil (artículo 1.976) y sustituidas por otra ley y otro sistema global de referencia (el codificado), dentro del cual valdrían o no según la permisibilidad que el nuevo sistema estableciera (Montés Penadés, 2007: 308-309)<sup>23</sup>.

Los historiadores del derecho podemos explicar hoy día que las pervivencias forales, tras la abolición, fueron muy escasas y que se concentraron en el campo del derecho público. En el campo del derecho privado, sin embargo, apenas hubo subsistencias: los censos enfitéuticos, por ejemplo, constituidos en su práctica totalidad antes de la abolición, y que en el reino eran perpetuos; los mecanismos de crédito, como los censos consignativos o *censals*, o los deudoríos. Si bien todos ellos se conservan precisamente por ser negocios jurídicos establecidos en época foral... También los testamentos mancomunados siguieron utilizándose, escritos ahora en castellano y en papel sellado. Estas y otras instituciones se adaptaron tras la derogación adoptando nuevas formas, como era de esperar en una sociedad típica del Antiguo Régimen: el tránsito es lento, como lo es el transcurso del tiempo en estas sociedades más estáticas. Además, muchos de los negocios jurídicos concluidos antes de 1707 —contratos, testamentos, escrituras de todas clases— tuvieron efecto después, y lo hicieron de acuerdo con las normas del momento en que se establecieron. Pero su pervivencia era mera cuestión de tiempo. Conforme avanza el siglo XVIII, irán desapareciendo y apenas quedará huella cuando comience el proceso codificador. A mediados del siglo XIX, el historiador Vicente Boix pinta un panorama muy nítido en el que la uniformización de raíz castellana ha hecho su labor. Por entonces, los fueros ya son solo un recuerdo lejano, prácticamente han desaparecido, tras la abolición y una concienzuda labor de eliminación de los restos por parte del Estado: «¿Qué resta ya del antiguo régimen foral del reino de Valencia? El tribunal de los Acequeros, o de las aguas; algunas costumbres populares; restos de trajes en nuestros labradores, y nada más [...] Leyes, costumbres, tradiciones, dignidad, independencia; todo ha desaparecido en el fondo de esa laguna, llamada centralización» (Boix, 1855: VII-VIII).

No ha sido necesario, en ningún momento, indagar y buscar con detenimiento presuntas costumbres que se habrían preservado, con un cierto halo

<sup>23</sup> Y continúa en pp. 311-312: «Ya se ve, pues, con cuánta dificultad y bajo qué fuertes dudas cabe situar en el Derecho consuetudinario la existencia, que se quiere *actual*, en el momento de vigencia de la Constitución, de un ordenamiento civil foral o especial valenciano, para que la constatación de tal exigencia y vigencia pudiera constituir el soporte de la competencia legislativa sobre el Derecho civil que puede asumir la Comunidad Autónoma».

misterioso, en parajes remotos de nuestra tierra. Simplemente, no las hay. Las razones son varias; como historiador, ya di en el pasado algunas (Palao Gil, 2011). Con todo, cada cierto tiempo surge la idea romántica de recuperar un derecho netamente valenciano, basado en usos que resistirían numantínicamente en comarcas apartadas y zonas vírgenes de huerta y bancal. Algunos estudios se refieren aún hoy al espiguelo del arroz o a las costumbres pesqueras de la Albufera. Hay algunos errores comunes: ni el llamado testamento *de l'u per a l'altre* —el mancomunado— existe en la actualidad, ni pueden positivarse «las peculiaridades comarcales propias de las relaciones agrícolas que se vienen sucediendo desde tiempo inmemorial». Todas estas construcciones son expresivas de un pensamiento agroconsuetudinario típico del conservadurismo burgués valenciano<sup>24</sup>.

Volvamos al punto de partida. La codificación del derecho civil valenciano por la vía exclusiva de las normas consuetudinarias conservadas es una mera entelequia, un proyecto sin sentido en el que no vale la pena invertir ni tiempo, ni esfuerzo, ni dinero. Es más: no es esa la intención del legislador valenciano, como antes apunté. La redacción del art. 31.2 EACV 1982, como tantas veces se ha indicado, ya se apartaba de la vía consuetudinaria; y la reforma de 2006 no hizo sino marcar aún más la distancia, haciéndola definitivamente insalvable. Por eso el razonamiento utilizado por el TC, siguiendo la doctrina instaurada en la Sentencia 121/1992, conduce a la aporía en su especie más conocida: la paradoja. La mayoría de magistrados reconoce la competencia, pero en unas condiciones que la hacen inviable y, por tanto, en realidad la niegan:

En síntesis, debemos afirmar que, si bien la Comunidad Autónoma Valenciana posee competencia legislativa en materia de derecho civil valenciano, tal y como expresa su EACV, esta, como cualquier otra Comunidad Autónoma con derecho civil propio, debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la CE. [...] Es innegable la consideración del derecho consuetudinario como fuente del ordenamiento «siempre que no sea contraria a la moral y al orden público, y que resulte probada» (art. 1.1 CC). Esta constatación origina que, ya desde ahora, debamos afirmar que el hecho de que la Comunidad Autónoma valenciana haya asumido el desarrollo legislativo de sus instituciones civiles (EACV), permite que reglas de

<sup>24</sup> Véase Garrido (2002: 129-130), donde también se nos anima a «indagar qué costumbres continúan vigentes para conservarlas, positivizándolas». Si alguien quiere hacerse una idea de cómo era el *presunto* derecho consuetudinario civil valenciano hace más de un siglo, siempre puede leer Altamira (1905); verá las dimensiones del dislate de pretender que se positivicen instituciones como las que en ella se describen.

su ordenamiento que quedaron cristalizadas en normas consuetudinarias puedan llegar a convertirse en normas legales en virtud del ejercicio de tal competencia<sup>25</sup>.

La paradoja es evidente: el TC reconoce que la Comunidad Valenciana ostenta una potestad o capacidad de hacer («posee competencia legislativa en materia de derecho civil valenciano»), pero sobre una materia («normas consuetudinarias») que, en realidad, no existe. Recupero la definición de aporía según el diccionario de la RAE: «[...] un enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional». La Generalitat es competente... sobre nada; como inviabilidad de orden racional, parece flagrante. Y así llevamos desde 1992... El profesor Francisco de P. Blasco define la resolución del TC en el mismo sentido, pero de una forma más contundente: «[...] el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada» (Blasco Gascó, 2017)<sup>26</sup>. Y como estamos en el mundo del derecho, al final del recorrido nos encontramos, realmente, con una antinomia: el EACV dice una cosa (en sus arts. 7, 49.1.2.<sup>a</sup> y Disposición Transitoria Tercera), y el TC, tan aficionado a legislar últimamente, dice otra radicalmente distinta. La única forma de casar lógicamente ambos extremos es mediante una falacia.

## VI. LA VERDADERA LECTURA DE LOS PRECEPTOS DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

La reforma estatutaria hace alusiones constantes a *Furs de Valencia*, el marco jurídico que tuvo el antiguo reino antes de la abolición de 1707. Es verdad que puede haberse incurrido en excesos (Palao Gil, 2008: 166)<sup>27</sup>; pero

<sup>25</sup> A uno le parece increíble que el autor de una monografía titulada *La costumbre en derecho constitucional* (1989), que contiene un análisis y una exposición sobre el derecho consuetudinario como los que se recogen en las páginas 447-496 (muy acertados, a mi juicio), al llegar al TC en calidad de magistrado, suscriba un aserto como este.

<sup>26</sup> La impostura de toda esta pseudoargumentación se descubre en la sentencia sobre la Ley de Uniones de Hecho Formalizadas, cuando el TC usa la Comunidad de Madrid (que carece de competencia alguna sobre el derecho civil) como término de comparación con la potestad de la Comunidad Valenciana (véase FJ 3); o bien afirma cosas como que «este Tribunal ha admitido que *las Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil* puedan regular sin embargo las uniones de hecho a los efectos que consideren oportunos para el ejercicio de sus competencias». Haber empezado por ahí...

<sup>27</sup> Allí sigo una crítica de Blasco Gascó (2006), en la que advierte de una «foralitis o inflamación de fueros» en el texto estatutario.

también es cierto que el legislador trataba con ello de proporcionar una pauta de actuación, un conjunto de reglas, instituciones o principios del derecho histórico que habrían de guiar el ejercicio de la competencia. Los fueros se configuraban como el fundamento histórico de la competencia y, a la vez, serían el punto de partida del fundamento legal, que no es otra cosa que los artículos del EACV en su redacción de 2006. Son, asimismo, un límite a la competencia de la Generalitat<sup>28</sup>, en línea con las compilaciones para otras comunidades, más teórico que real, por cierto, como la práctica ha acabado demostrando. Todo ello buscaba vincularse con algunas de las interpretaciones más flexibles del alcance del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la CE, las que exigen solo la vigencia pretérita de un régimen foral o se adscriben a una postura regionalista o autonomista.

Por ello, aunque el TC se inclinó por una interpretación de corte más bien foralista en la sentencia de 1992 en materia de arrendamientos históricos, la perspectiva a la que se enfrentaba ahora era distinta. La redacción actual del EACV reconoce abiertamente la competencia de la comunidad; pero, como hemos visto, en ningún momento la restringe al derecho consuetudinario vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución. La doctrina instaurada en aquella sentencia es contradictoria con la ley en vigor, y hoy parecía imposible una interpretación armonizadora —aunque falaz— como la que efectuó un cuarto de siglo atrás. Ya antes lo adelanté, pero conviene extender el razonamiento, pues aquí se encuentra otra de las grandes falacias de la sentencia.

Porque así se quiso desde el primer momento en la reforma estatutaria. Esta se planteó desde el inicio —insisto— como una oportunidad para aclarar y apuntalar la competencia, mediante una opción inequívoca por la vía legislativa. Las comparecencias y los acuerdos entre los partidos políticos demuestran un amplio consenso en torno a esa idea, que finalmente acabó ocupando un lugar central en el texto definitivo de la reforma, aprobada en abril de 2006. Y con el fin de determinar con claridad cuál era la intención del Consell y de las Cortes Valencianas en relación con la potestad legislativa atribuida a la Generalitat Valenciana en el art. 49.2, se redactó la importante Disposición Transitoria Tercera. Su redacción original establecía lo siguiente: «La competencia exclusiva sobre el Derecho Foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, a partir de la normativa foral derogada por el Decreto de 29 de junio de 1707, recuperada esta y ejercitada aquella mediante la actualización de la contenida en el régimen foral del histórico Reino de Valencia, conforme a la disposición adicional primera de la Constitución Española». Es

---

<sup>28</sup> Véase Domínguez (2007: 337 y ss.) y Moliner (2013: 227-232).

decir, la Generalitat recibía el mandato de basar la consolidación del ejercicio de la competencia en la recuperación del derecho foral valenciano mediante su actualización<sup>29</sup>. La disposición no sufrió ningún tipo de enmienda a lo largo de su tramitación en las Cortes Valencianas, ya que, en este punto, existía un consenso sólido entre los tres grupos con representación parlamentaria. Pero en las Cortes Generales, los grupos parlamentarios Popular y Socialista del Congreso de los Diputados llegaron a un acuerdo para presentar una enmienda con la que se eliminó cualquier referencia a la Disposición Adicional Primera de la CE, así como la mención al decreto abolorio de 29 de junio de 1707; se especificó que el objeto de la norma era el «Derecho *civil* Foral valenciano», despejando, así, las dudas sobre el campo de aplicación; y se fijó de modo taxativo que la competencia se ejercería por la Generalitat «a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española»<sup>30</sup>.

La enmienda privó a la disposición de parte de su contenido, perjudicando hasta cierto punto la lógica interna. Pero la intención de la reforma estatutaria, aún *más ambiciosa de lo que acabó resultando*, la describe bien el profesor Martínez Sospedra:

Sin embargo, más allá de la dimensión simbólica, la referencia a la disposición adicional primera [de la Constitución] estaba llevada a colación con muy buen criterio. Aquí hay algo más que una mera fantasía patriótica, algo más que el neoforalismo romántico de una parte de la derecha valenciana. Si se examina la versión original del texto, tal como figura en la proposición de ley adoptada por las Cortes, se podrá concluir que la doble invocación estaba ligada a la pretensión de recuperar el Derecho foral abrogado en 1707, porque en Valencia la Nueva Planta supuso no solo la abolición de la estatalidad del antiguo Reino y su Derecho público sino también

<sup>29</sup> Las disposiciones transitorias se dirigen a las autoridades que deben aplicar el ordenamiento jurídico para indicarles la vigencia o modo de aplicación de las normas que se expiden o derogan. Ante un cambio en el sistema jurídico, organizan el tránsito entre la antigua regulación y la nueva. En el caso que nos ocupa, y frente a las disposiciones transitorias que determinan la vigencia de otras normas o las derogan, nos encontramos con un tercer tipo, el que establece un mandato al legislador y cuya vigencia, por tanto, se supedita al cumplimiento de dicha obligación. Aquí, la Generalitat recibe el mandato de ejercer su potestad legislativa sobre el derecho civil valenciano «[...] a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza». Parecería ocioso hacer una explicación como esta en una revista científica jurídica, pero da la impresión de que la mayoría de los jueces del TC no conoce este último tipo y las consecuencias que acarrea.

<sup>30</sup> La cursiva es mía. Me he ocupado por extenso de esta cuestión en Palao Gil (2013).

del Derecho privado autóctono, el cual, a diferencia de lo que aconteció en Aragón, nunca fue devuelto. En otras palabras, dentro de la economía de la proposición normativa, la derogación de la Nueva Planta y la invocación de la adicional primera tenía por finalidad fundamentar una amplísima competencia autonómica en lo tocante al Derecho civil, de la cual permanece, curiosamente, el importante artículo 7 del Estatuto (Martínez Sospedra, 2008: 406)<sup>31</sup>.

Ese «importante artículo 7 del Estatuto» dice lo siguiente:

1. El desarrollo legislativo de las competencias de La Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana.
2. Las normas y disposiciones de La Generalitat y las que integran el Derecho Foral Valenciano tendrán eficacia territorial excepto en los casos en los que legalmente sea aplicable el estatuto personal y otras normas de extraterritorialidad.

El concepto de reintegración foral del art. 7.1, que en el texto estatutario se extiende con nitidez al ámbito propio del derecho público, se ha conservado, y, por ello, el EACV acaba diciendo lo que dice, y en aplicación del principio *in claris non fit interpretatio*, debe interpretarse por la literalidad de sus preceptos. Aquí reside otra falacia flagrante de las sentencias, pues su argumentación trata de ajustar artificiosamente ese contenido indubitable del Estatuto a la doctrina de la sentencia de 1992: «Es preciso advertir, también, que una interpretación razonada y no arbitraria del art. 149.1.8 CE solamente permite reiterar y no rectificar la doctrina de la STC 121/1992, y, en consecuencia, entender, en una interpretación de acuerdo con la CE, que el art. 7.1 y la disposición transitoria tercera EACV, se refieren a las normas forales cuya aplicación siga perdurando en ese territorio autonómico».

Pero es que la reforma estatutaria se hizo justamente para superar las dudas surgidas de aquella sentencia y, en consecuencia, aquella doctrina constitucional. El EACV dice lo que dice y no lo que el TC afirma que dice. El magistrado Xiol Ríos lo explica mejor que yo cuando afirma que sus compañeros deciden ignorar la importancia que en materia competencial tienen tanto el art. 7 como la Disposición Transitoria Tercera. El primero de los argumentos de Juan Antonio Xiol («La ley impugnada se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana») debe ser de lectura obligada para aquel que quiera

<sup>31</sup> La traducción del texto del valenciano original al castellano es mía.



entender los entresijos de las sentencias, porque desvela esta falacia concreta del argumento del tribunal y la impostura que produce (las cursivas son mías):

La modificación del año 2006 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ha alterado sustancialmente la competencia de esta comunidad autónoma en materia civil, pues (i) en general para todas las competencias, el art. 7.1 dirige un mandato a la Generalitat para «la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia»; (ii) específicamente en materia civil, la disposición transitoria tercera realiza de manera expresa una consagración de la «competencia exclusiva» sobre el «Derecho civil foral valenciano», ejercida «a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza al amparo de la Constitución Española»; y (iii) en el art. 49.1.2.<sup>a</sup> reconoce la competencia de la Comunidad para la «[c]onservación, desarrollo y modificación» del Derecho civil valenciano, ahora calificado reiteradamente a lo largo del nuevo de Estatuto de Autonomía (en las seis ocasiones en que aparece) como «foral», frente a ninguna en el texto originario.

La opinión mayoritaria en que se funda la sentencia, sin embargo, parte de la suposición de que la situación competencial de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho civil es exactamente la misma que con anterioridad a la modificación del año 2006, a pesar de que en el primitivo Estatuto de Autonomía no se hacía referencia alguna al Derecho foral histórico. Para sustentar esta posición afirma que la disposición transitoria y el artículo séptimo carecen de relevancia alguna desde el punto de vista competencial. Considera, en suma, que el único artículo relevante a efectos competenciales es el citado artículo 49.1.2.<sup>a</sup> (que, por cierto, también incluye por vez primera la palabra «foral»).

*A mi juicio resulta del todo imposible desconocer la importancia que tiene en materia competencial la citada disposición transitoria (que, recordemos, invoca la «competencia exclusiva» en materia civil), el artículo séptimo, y, en su conjunto, la apelación a la normativa foral histórica del Reino de Valencia, reiterada persistentemente en el nuevo Estatuto. Mantener que las referidas disposiciones carecen de relevancia competencial alguna implica, a mi juicio, una trivialización de la modificación del Estatuto de Autonomía y, en último término, del Estatuto en sí y de la normativa foral histórica cuya recuperación se ordena en el marco del ejercicio de la competencia en Derecho civil de la Generalitat. [...]*

El texto de la referida disposición transitoria, en relación con el artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía, hace prevalecer sin lugar a dudas la interpretación de que en ella se trata de la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros (no se opone a ello la discutible opinión mayoritaria según la cual Valencia ha estado ausente de la «cuestión foral»), y así se deduce también del devenir histórico de su aprobación.

En efecto, un estudio un poco más detallado de la tramitación de la reforma de 2006 referida a este punto, y sobre lo que ya hay alguna bibliografía, habría demostrado que lo que se buscaba era recuperar «la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros», y no una costumbre foral fantasmagórica por inexistente. Quien conozca la importancia que los fueros han tenido en la historia valenciana, antes y después de la abolición, podrá entender el alcance de la apuesta y su sentido<sup>32</sup>.

Pero hay muchos más indicios de esa voluntad clara y rotunda del legislador estatuyente. Uno de ellos comienza a apuntarlo Xiol Ríos cuando afirma, siguiendo el CC, que, si una cláusula admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. La mayoría del TC prefiere entender que esas normas remiten a un sinsentido: que el legislador ha de armonizar el desarrollo de un derecho civil limitado a una costumbre posforal con el contenido de los antiguos fueros. No se me ocurre un absurdo mayor, salvo mezclar el agua con el aceite. Prefiero, sin duda, la explicación más sólida de la profesora Rosa Moliner cuando se ve obligada a hacer frente a la interpretación de la redacción última del art. 7.1 EACV tras su paso por las Cortes españolas:

[...] conviene tener presente, no obstante, que la interpretación del texto estatutario debe regirse primariamente por la literalidad de sus preceptos y que al constituyente le resulta estrictamente aplicable el clásico principio hermenéutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. En consecuencia, considero que la presencia en el segundo inciso del art. 7.1 EACV de una expresión tan precisa como «reintegración», cuando en el párrafo anterior se ha utilizado el término «recuperación» debe entenderse como deliberada por parte del constituyente autonómico y debe modular el significado y la proyección específica del *principio de foralidad* (Moliner, 2013: 228)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Y quien no lo entienda, porque desconoce la historia y el derecho valencianos, cometerá los errores que comete Yzquierdo Tolsada (2016) cuando realiza una desafortunada comparación entre *Furs de Valencia* y los Fueros de Cuenca o Sepúlveda —o las «costumbres holgazanas» de Córdoba—: ese paralelismo es incorrecto tanto desde la óptica de la antropología política (que es la preferible en este caso) como desde la más sencilla de la historia del derecho. Mientras los primeros conforman un derecho territorial, como las *Partidas*, los segundos son solo un derecho local que no tiene, ni de lejos, el mismo relieve.

<sup>33</sup> Es conveniente leer su parte introductoria sobre la fundamentación de la competencia (217-234). En un sentido más vinculado a la teoría del derecho, es recomendable el estudio de Talavera (2016). En él se apunta el carácter de principio programático que tiene el art. 7, que afecta a toda la actividad legislativa de la Generalitat Valenciana y que le exige, en cada una de sus actuaciones, recuperar y reintegrar «los contenidos

Dejando al margen las aporías, las paradojas y las antinomias, la lluvia de brocados y reglas que la mayoría de magistrados del TC ha ignorado con estas sentencias me obliga a plantearme si estamos ante unas resoluciones dictadas ignorando las normas más elementales de la lógica y del razonamiento, y sin el rigor exigible en esta clase de fallos. Porque, siguiendo las referencias al CC que comienza apuntando el magistrado Xiol, debe recordarse que vulneran los artículos referentes a la interpretación de los contratos, que, generalmente, se aplican también a la de las normas. Así, el tenor literal de los artículos es bastante claro, como he tenido ocasión de demostrar, y ni siquiera el TC lo discute. En cuanto a la intención de las Cortes Valencianas, no había más que consultar su *Boletín Oficial* o las actas de los trabajos concernientes a la reforma de 2006 para comprobarla; las españolas eliminaron la referencia a la Disposición Adicional Primera CE y al decreto de 1707 por razones obvias, pero mantuvieron todas las existentes a la foralidad. Por último, la que señala Xiol Ríos, la de conservación de la norma de manera que produzca efectos, proviene del Digesto y se materializa en este brocardo: *Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*. Con su interpretación, el TC dirige el acto estatuido a su extinción real, pues lo vacía de contenido...

Pero si los magistrados tenían alguna duda sobre el sentido real de los artículos del EACV, solo deberían haberse fijado en el modo en que la Generalitat ejerció su competencia: las tres leyes recurridas son buena muestra, y en ellas no hay ni rastro de una presunta costumbre foral. Recuerdo aquí otro viejo brocardo: *Ubi est verborum ambigui, valet quod acti est*. Es decir, cuando las palabras son ambiguas, vale lo que el acto significa, lo que se hace. Cuando un texto puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas o incertidumbre, resulta válido, coherente y lógico atenerse al significado de la acción. Y aquí las acciones son indudables: las tres leyes objeto de recurso. Si alguien duda sobre el alcance de la competencia, puede ver cómo se ha ejercido para saber a ciencia cierta lo que el Estatut pretende.

En fin, cuando afirma que «una interpretación razonada y no arbitraria del art. 149.1.8 CE solamente permite [...] entender [...] que el art. 7.1 y la Disposición Transitoria Tercera EACV, se refieren a las normas forales cuya aplicación siga perdurando en ese territorio autonómico», el tribunal incurre en una falacia más que notable. Y ello se demuestra también en el hecho de que haya tenido que recurrir a ella antes que aplicar la propia ley que regula su actuación, la LOTC. El art. 67 establece lo siguiente: «Si la competencia

---

correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia». El autor cree que el TC —con la excepción de Xiol Ríos— no ha acabado de comprender su sentido y su alcance.

controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad<sup>34</sup>». Hay aquí una competencia controvertida desde el momento en que se amenaza de nulidad un conjunto de leyes derivadas de ella, y en su defensa, la Abogacía de la Generalitat invocó la existencia de una norma legal habilitante, en este caso todo un Estatuto de Autonomía, ley integrante del bloque de constitucionalidad. Como se sugiere en el voto particular del magistrado Xiol Ríos, *el* TC debió haber planteado la constitucionalidad del intento en global, es decir, de la recuperación del derecho histórico valenciano como materia prima para el desarrollo de un derecho civil propio. Y, en caso de disentir, como ha sucedido, tramitar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de los que trae causa el intento, es decir, el art. 7 y la Disposición Transitoria Tercera EACV. Porque ¿se puede impugnar una norma dictada al amparo de otra norma estatutaria —el art. 49.1.2.<sup>a</sup>— que la legitima y que, sin embargo, no ha sido previa o coetáneamente impugnada? Creo que en este punto puede haber un amplio consenso entre los que defendemos la competencia de la Generalitat para legislar en materia de derecho civil, y los que la impugnan. Mantener la redacción y el contenido de dichos preceptos estatutarios solo puede ocasionar —como ya ha sucedido, por cierto— que se alcen voces dentro de la Comunidad Valenciana reclamando que el Gobierno autonómico vuelva a legislar atendiendo a su literalidad. Por tanto, plantear una «autocuestión de inconstitucionalidad» hubiese sido un corolario lógico a todo el proceso que rodea a las leyes valencianas en materia de derecho civil. Pero, como trato de demostrar, la lógica es, justamente, uno de los elementos que parece estar ausente de dicho proceso. No así la política, sin embargo. Llegados aquí, creo que es procedente hacer algunas puntualizaciones al sentido político de estas sentencias, aunque siempre haya quien prefiera quedarse en el paraíso de la pureza jurídica y pensar que en la forma de sentenciar de nuestro TC no hay interferencias desde el campo del ejecutivo, del social o de los medios de comunicación...

## VII. UNAS SENTENCIAS POLÍTICO-JURÍDICAS

El profesor Blasco Gascó, de forma muy acertada en mi opinión, denomina «comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas» a su

<sup>34</sup> Véase, al respecto, Mieres Mieres (1998) y García Roca (2001).

propia glosa a las sentencias del TC. Justamente, uno de los extremos que ocupó a la Comisión de Codificación Civil Valenciana a la hora de juzgar dichos fallos fue la calificación que merecía el conflicto entre la Administración general del Estado y la Generalitat sobre el alcance de la competencia. A la postre, la práctica totalidad de sus miembros —todos (diecisiete) menos uno— coincidieron en tildarlo de «político-constitucional». Hay, pues, una vertiente política en el asunto que analizo, y flaco favor le haría si a la hora de comentar las sentencias que han tratado de zanjarlo no hago unas apostillas sobre las circunstancias políticas que concurren, a mi juicio, en él. Al fin y al cabo, los historiadores solemos efectuar la interpretación de las leyes del pasado proporcionando las claves políticas del tiempo en que se promulgaron. Y la doctrina constitucional más sólida, la alemana, nunca ha desatendido el hecho de que, más allá de ser un sistema normativo de carácter fundamental —la concepción clásica de la dogmática del positivismo jurídico—, la Constitución tiene como objeto esencial la política, lo que la ha abierto, desde siempre, a elementos sociales, económicos o antropológicos en la interpretación de la carta magna. Todos sabemos que los textos constitucionales —incluidos los estatutos de autonomía— son, al mismo tiempo, escritos políticos y normas jurídicas, un lugar en el que se cruzan la política y el derecho: tras un proceso político, nace un ordenamiento jurídico.

Vuelvo a una de las consideraciones que hacía al principio de este trabajo: a nadie se le escapa que los fundamentos jurídicos de unas sentencias como estas se redactan en poco más de un mes. Entonces, ¿por qué se ha tardado casi ocho años en hacerlo? Y, sobre todo, ¿por qué se ha acelerado la redacción y publicación de la sentencia justo coincidiendo con una intensa movilización de la sociedad valenciana en defensa de la competencia de la Generalitat?

No es difícil trazar una hipótesis explicativa plausible, que siempre podrá ser discutida y refutada. Es bien sabido que, entre los años 2008 y 2010, seguía pendiente la sentencia sobre el Estatuto de Catalunya, que absorbió todo el trabajo y la atención del TC; además, la LREMV era muy reciente, y el TC tiene sus plazos —amplios— y sus demoras —igualmente amplias, si atendemos a las estadísticas—. Pero, a partir del segundo semestre de 2010, bien pudo haberse publicado, y así debió hacerse, pues la Generalitat, que se juzgaba competente para aumentar su acervo normativo en materia de derecho civil, promulgó sendas leyes sobre la custodia de los hijos en caso de ruptura matrimonial y sobre las uniones de hecho, entre 2011 y 2012. Pudo haber sido un mejor momento, pues coincidía con una mayoría progresista y ciertamente más autonomista, la que se pronunció con no poca generosidad sobre el Estatuto de Cataluña y declaró constitucional la ley del matrimonio homosexual. ¿Incidió en ello la presidencia del valenciano Pascual Sala, entre enero de 2011 y junio de 2013? Lo cierto es que el triunfo del PP en las

elecciones de 2011 posibilitó el desbloqueo en el nombramiento de jueces del TC y la gradual consolidación de una mayoría conservadora en su seno. El acceso a la presidencia, ya en 2013, de Francisco Pérez de los Cobos, un notorio crítico del Estado autonómico, abrió la puerta a la anulación de la competencia. Surge entonces otro obstáculo político: el PP gobierna tanto la Administración general del Estado como la autonómica de la Comunidad Valenciana, y esta comienza a presionar para evitar una sentencia adversa, que se habría entendido como una gran derrota, y un ridículo político, del partido que impulsó tanto la reforma de 2006 como el desarrollo del derecho civil valenciano. Este último obstáculo cayó tras las elecciones autonómicas de 2015, en que el PPCV perdió la Generalitat y un poder ostentado durante dos décadas. Con un Gobierno de distinto color en Valencia, el coste político que se ha de asumir por una sentencia adversa se minimiza. No llegó a pensar que el tribunal haya considerado una suerte de *switch in time* a la inversa... Apenas tres meses después de ocupar Ximo Puig la Presidencia valenciana, comienzan a llegar rumores desde Madrid en el sentido de que la sentencia es inminente. Para entonces, la campaña de promoción de un tercer manifiesto que pide la retirada de los recursos de inconstitucionalidad, promovida por la Asociación de Juristas Valencianos, comienza a obtener los primeros apoyos. En enero de 2016 se sabe que ya hay un borrador de resolución, mientras la campaña coge fuerza y el manifiesto es aprobado en medio centenar de ayuntamientos. No puede sorprender, pues, que la aprobación en abril por el de Valencia —casi de forma unánime—, que suponía un espaldarazo definitivo, coincidiera con la fecha exacta del señalamiento para fallo en el TC. ¿Se trataba de evitar con ello que la campaña culminase, de modo que una sentencia adversa como la que se preparaba acabara causando un profundo rechazo social? Desde luego, sorprende que entre 2008 y 2015 apenas nada se hiciera y que, posteriormente, en menos de un año, se le diera la puntilla a la competencia y a una parte relevante del Estatuto... Era posible, pues, como vengo diciendo, el texto podía haberse redactado en un mes. Y, de haberse publicado en 2011, podrían haberse evitado muchos perjuicios y problemas. Por ello conviene indicar todas las circunstancias concurrentes en el caso.

A más de uno puede escandalizar un planteamiento así. Pero es obvio que el sistema de elección de magistrados del TC conduce, como ha señalado más de un constitucionalista, a la politización partidista de la institución<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Véase Estrada Marín (2017), especialmente en su apartado de conclusiones, donde pone de manifiesto la existencia de cuotas partidarias, sobre todo a partir de 1992, y acaba afirmando que «La segunda consecuencia [del reparto de las plazas de magistrado en cuotas] es la denominada politización de las designaciones. Un rasgo que

Si, en vez de elegirse a aquellos juristas que presenten una hoja de servicios intachable o que destaquen por una independencia acreditada, son los partidos los que designan a unos jueces que, a menudo, tienen como principal mérito su notoria adscripción partidista —véase el caso del presidente del TC que sentenció las tres causas, y que fue durante varios años militante de un partido político—, creo que los ciudadanos podemos perfectamente avanzar el resultado de una votación sobre la constitucionalidad de una ley atendiendo a la filiación política de cada uno de los magistrados<sup>36</sup>. Algunos preferirán ignorar este hecho para instalarse con más solidez, si cabe, en el paraíso de los conceptos jurídicos.

El Constitucional es un tribunal de última instancia política y decide, a menudo —cuando la cuestión no es solamente jurídica, como en este caso—, siguiendo las indicaciones del partido en el Gobierno, que es el que construye una mayoría a su conveniencia<sup>37</sup>. Y la cuestión no es solo jurídica, como demuestran varias circunstancias, de las que destacaré dos muy concretas. En primer lugar, la interpretación forzada y sesgada que del EACV dan las sentencias para evitar que sea este mismo el que se declare inconstitucional, lo que sin duda hubiese generado un conflicto político de gran calado. Después, la declaración en el FJ 8 de la no retroactividad de los efectos de la sentencia, cuando de la lectura de esta se infiere justamente que la resolución debiera haber sido la contraria; por regla general, la declaración de nulidad de una norma (como en el caso de la LREM) produce su expulsión del ordenamiento jurídico, así como de sus efectos, y más cuando el fallo se pronuncia en términos tan contundentes como este. Así lo recordaba una sentencia del TS del año 2010:

---

se puede definir como la adjudicada relación que se produce entre el candidato y la fuerza política que lo propuso, que de alguna forma marca al magistrado. Se trata de una etiquetación ideológica, a la que se espera o que al menos se aparenta, que el magistrado puede responder u orientar sus funciones de acuerdo a los criterios señalados por el partido político [...] En el nivel más alto estaría el Gobierno, que no negocia las candidaturas con otras fuerzas políticas, siendo los perfiles elegidos especialmente próximos a ellos en las concepciones básicas de carácter político y constitucional. Le seguirían muy de cerca las designaciones parlamentarias...».

<sup>36</sup> Algo así se deduce de una primera lectura de una obra recentísima: Bercholz (2017: 210 y ss., y 363-379).

<sup>37</sup> De hecho, de los once magistrados que intervinieron en la votación, solo dos tienen un perfil de los calificables abiertamente como *progresista*. El propio Xiol Ríos reconoce su «absoluta soledad en la actual composición del Tribunal».

[...] en nuestro ordenamiento [...] la contravención de una norma jurídica de superior rango determina para la de rango inferior que la contraviene la sanción de nulidad radical o de pleno derecho. Y los efectos de esta, de este grado sumo de invalidez, son como regla y en principio efectos *ex tunc*, que se retrotraen al momento mismo en que entró en vigor la norma ilegal. Lo mismo cabe decir, y desde luego no con menos razón o fundamento, cuando la contravención se produce entre la Constitución y una ley o norma con fuerza de ley. Así, en este orden de consideraciones generales y de principio a las que nos referimos ahora, no es nada irrelevante recordar el mandato del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que ordena sin ambages que la sentencia que declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados<sup>38</sup>.

En este caso, la finalidad ha sido, aparentemente, no causar una inquietud o alteración social manifiesta, que de otro modo se habría producido entre las decenas de miles de parejas casadas desde 2008 y que, en su mayoría, deseaban un régimen de separación de bienes. De algún modo, se ha tratado de *adormecer* el efecto social del mazazo legal con una medida discutible y a través de una doctrina del TC que, aquí sí, ha variado con respecto de la original. Una medida así tiene su coste, indudablemente: la fantasmagórica reviviscencia de las tres leyes declaradas nulas. Habida cuenta de que el TC mantiene los efectos surgidos desde su promulgación hasta la anulación, en tanto subsista uno solo de los matrimonios contraídos por valencianos entre 2008 y 2016 (cerca de 150 000), la LREMV seguirá manteniendo parte de sus efectos, al igual que las otras dos normas. La litigiosidad que un hecho como este ha de causar es fácilmente imaginable<sup>39</sup>. Y pensemos en la posibilidad de que, en el futuro, una eventual reforma de la CE establezca un sistema competencial en materia de derecho civil similar al de la II República y que, en su ejercicio, la Comunidad Valenciana se dote de una nueva ley de régimen económico matrimonial distinta de la de 2007; solo pensar en los distintos regímenes transitorios produce escalofríos... Creo que, también en este punto, habríamos estado mayoritariamente de acuerdo en darles a estos fallos el efecto retroactivo que merecían, y en no haber dejado rastro alguno de las tres

<sup>38</sup> STS 3898/2010, de 2 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. 588/2008), FJ 5.

<sup>39</sup> Sobre las dificultades que ha de causar esta decisión del TC se extiende Mas Badia (2016). También aquí se cuestiona el argumento central —el principio de libertad o de autonomía privada— dado por la sentencia para fundamentar la irretroactividad de sus efectos. Aún más incisiva, Fernández-Tresguerres (2016).



leyes, máxime si tan clamorosamente inconstitucionales eran<sup>40</sup>. Pero ya se ve que encadenan un despropósito detrás de otro. Y, en este caso concreto, con el único fin de evitar un conflicto político y otro social, aun cuando con ello se vulneren las más elementales reglas del derecho.

La forma de elegir a los miembros del TC determina también los sesgos que se pueden percibir en la jurisprudencia que emana de una composición concreta de magistrados. Y, en el caso de la magistratura formada a partir de la victoria electoral del PP en 2011 y el desbloqueo en la renovación de jueces, sin duda, un derrotero asumido es el de la recentralización. Algunas de sus sentencias han comenzado a modificar el diseño del mapa competencial vigente y han validado con sus fallos la intensa actividad que la Administración general del Estado ha desarrollado, en este sentido, desde 2012, primero con la coartada de la crisis económica y, últimamente, con la de la amenaza del desafío secesionista catalán. Respecto del derecho civil valenciano, que es la cuestión que nos ocupa, Xiol Ríos ya señala en su voto particular la estrechez con que se aplica aquí el principio según la cual el criterio de conexión opera como límite para el desarrollo y modificación de los derechos forales o especiales. Francisco Blasco, por su parte, ha subrayado la enésima contradicción —otra aporía— que encierran los fallos en cuanto al carácter interpretativo de la CE que tienen los estatutos de autonomía: sí la tienen, pero los requisitos son tales que en realidad no la tienen... (Blasco Gascó, 2016: 19-22)<sup>41</sup>. De este modo, contradicen una jurisprudencia anterior, que ha permitido que los estatutos realicen, en supuestos concretos, una delimitación entre las competencias estatales y las autonómicas (véase, por ejemplo, STC 175/1999, de 30 de septiembre, FFJJ 3 y 6).

La sentencia está repleta de expresiones que remiten al carácter mayoritariamente conservador y centralista de los jueces del TC. Valga como ejemplo la siguiente: «[...] 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»; quizá hay otras formas menos rígidas de describir el llamado «bloque de constitucionalidad», que aquí se escinde con claridad en dos sectores nítidamente jerarquizados. Pero es que, en general, las sentencias son lesivas en todos sus extremos para los intereses de la Comunidad Valenciana: siempre que hay un punto dudoso, se resuelve contra las leyes y su

<sup>40</sup> Así lo cree Bercovitz Rodríguez-Cano (2016: 26), donde critica, a mi juicio con razón, el argumento utilizado por el TC para limitar la eficacia de la sentencia a los matrimonios contraídos a partir de la fecha de su publicación.

<sup>41</sup> Sobre esto ya había advertido Viver i Pi-Sunyer (2011: 326-331).

vigencia —salvo algún caso aislado en que la interpretación favorable no lleva a ningún sitio—, y sin apenas explicaciones, utilizando precedentes de dudosa validez o con razones poco sólidas. En este apartado —el de la concepción territorial del Estado—, las sentencias solo pueden considerarse retrógradas, pues recogen una línea de pensamiento antigua superada en muchos aspectos. Da la impresión de que, así como en su día los trabajos sobre el Estatut de Catalunya devoraron el tiempo y los recursos del TC durante años, el llamado «proceso soberanista» determina y sesga ahora su línea jurisprudencial, que parece perfectamente alineada con las opiniones e intereses del Ejecutivo. Al fondo aparece la figura de la todopoderosa vicepresidenta del Gobierno, que ha designado personalmente a más de uno de los magistrados y hasta supervisa su calendario vacacional, y que nunca ha visto con buenos ojos este y otros elementos peculiares del EACV, por razones que uno cree intuir en su propia génesis<sup>42</sup>.

En definitiva, el TC prefiere enlazar su doctrina con las consecuencias de la abolición de los fueros —una vez más, siguiendo las alegaciones de la Abogacía del Estado— y un insostenible «derecho de conquista» afirmado por el primer Borbón, Felipe V, antes de hacerlo con el principio democrático que cristaliza en la aprobación de una norma del máximo rango constitucional como es un estatuto de autonomía, apoyado por todos los partidos del arco parlamentario valenciano y español.

---

<sup>42</sup> En la VIII Legislatura (2004-2008), la labor parlamentaria de Soraya Sáenz de Santamaría, entonces secretaria ejecutiva de política autonómica y local del PP, se centró en su condición de ponente en casi todas las comisiones mixtas constituidas en la Comisión Constitucional del Congreso para informar las reformas de los llamados «estatutos de segunda generación», como los de Catalunya (2006), Andalucía (2006), Illes Balears (2006), Aragón (2007), Canarias (2007) y Castilla y León (2007). Junto a Federico Trillo, se significó en la presentación del recurso contra el Estatuto catalán, así como en la valoración tras la sentencia. Sin embargo, estuvo ausente en una única Comisión Mixta, la que estudió la reforma del EACV, en 2006, debido a una decisión expresa del entonces portavoz parlamentario del PP, Eduardo Zaplana, que causó un cierto malestar en la diputada, pues entendía que su cargo en el partido le confería esa responsabilidad. Posiblemente, Zaplana, que había sido presidente de la Generalitat y ministro en el gabinete de Aznar, no quiso que la incisiva parlamentaria, bien conocida por sus criterios centralistas y uniformizadores, interfiriera en la tramitación de la reforma, que tuvo un discurrir bastante plácido por el Congreso. Pero aquella exclusión forzada parece estar pasando factura una década después, a la vista del comportamiento absolutamente contrario —hasta obstruccionista— que el actual Ejecutivo está teniendo en esta cuestión.

### VIII. RULES OF THIS NATURE ARE NOT «SET IN STONE»

«Las reglas de esta naturaleza no están “grabadas en piedra”»: así rezaba el comunicado de la UEFA en que justificaba el no sancionar la exhibición de banderas «esteladas» en el Nou Camp, para añadir acto seguido: «[...] y que pueden, y deben, evolucionar para reflejar la naturaleza de la sociedad en la que vivimos».

Uno de los diversos reproches que pueden hacerse a las sentencias que analizo es, al hilo del título de la revista que publica estas líneas, que tiene poco de doctrina sobre el derecho privado, pero que aún tiene menos sobre la CE y la disciplina que la estudia. Para empezar, me hago eco de una línea de crítica usual entre algunos de los constitucionalistas que han abordado la materia, y no es otra que la de entender que los civilistas la han monopolizado hasta la fecha, con sus defectos y sus virtudes. Pero ello ha llevado a que su doctrina apenas haya evolucionado en décadas —en consonancia con la civilista, pues— y a que en ocasiones parezca que su referente en este punto es el CC y no la CE, desde cuya supremacía ha de hacerse una relectura de aquel. En teoría, desde diciembre de 1978 esta ocupa el vértice de nuestro sistema normativo, desplazando así al Código a una posición subordinada, sin perjuicio de la relevancia que tiene el Título Preliminar, cuyo contenido se entiende a veces como materialmente constitucional, seguramente por influencia italiana<sup>43</sup>. Ahora bien, lo tiene en cuanto pueda complementar los silencios del texto constitucional, pero no para imponerse a él y hacerle decir lo que en realidad no dice. Esta última consideración es un error, pues acaba suponiendo que la ley ordinaria (y hay que recordar que el CC es un mero real decreto) determina el orden y la interpretación de la CE, lo que resulta, a su vez, inconstitucional. Y en las propias sentencias hay una muestra evidente de lo que digo. El TC afirma que «cuando se invoca una norma consuetudinaria, debe comprobarse su pervivencia y aplicación a través del tiempo. Esta exigencia está prevista de manera general para todo el ordenamiento jurídico español para los derechos civiles ya sean forales o especiales, ya para el derecho civil común. De este modo, se

<sup>43</sup> Véase la doctrina de Orlando sobre las *preleggi* o *disposizioni sulla legge in generale*, que en Italia se juzgan de un valor paraconstitucional, y que son previas a la Constitución de 1948, como nuestro Título Preliminar. También influye el hecho de la larga dictadura franquista, en la que no hay un texto constitucional de referencia ni una doctrina que crezca en torno a él. De este modo, civilistas como José Castán Tobeñas o Federico de Castro, que a menudo asumían las explicaciones de la llamada «parte general», que entonces aglutinaba en España la dogmática jurídica, tuvieron una influencia sobre esta que, de otro modo, no habrían tenido, y que hasta cierto punto se prolonga en nuestros días.

exige la acreditación de su existencia, ya que desde antiguo solo las costumbres notorias están exentas de prueba. Aplicando la doctrina de la STC 121/1992, resulta que la validez de la LREMV depende de que la Comunidad Autónoma pueda acreditar la existencia de reglas consuetudinarias» (FFJJ 5 y 6 STC 82/2016). Es decir, está aplicando, dentro del proceso constitucional, las normas del procedimiento entre particulares que viene regulado por el CC y la LEC. Pero la Constitución —tampoco el Estatuto— no exige en ningún momento que una costumbre que se alega como fundamento del ejercicio de una competencia concreta haya de probarse por... una comunidad autónoma<sup>44</sup>. Es lógico. Porque, cuando el TC habla de una «Comunidad Autónoma», ¿a qué se refiere? ¿Al Parlamento regional? ¿Al Gobierno autonómico? ¿A alguna de sus instituciones especializadas, como podría ser un consejo consultivo? ¿Es factible imaginar a toda una comunidad autónoma recabando pruebas de la existencia de una costumbre y presentándolas ante una instancia como el TC? Ni siquiera se pidió como requisito en la STC 121/1992, salvo en el voto particular del juez Carlos de la Vega, donde se apunta de forma indirecta su conveniencia. Parece claro que la ponente de la primera sentencia se ha dejado de llevar por su formación como civilista para ir más allá de lo que debió. Aquí no estamos ante una disputa entre particulares, sino ante un conflicto jurídico-político en el seno del propio Estado entre dos de sus integrantes más notables: la Administración general y una Administración autonómica. A veces hay que meditar bien el escenario en el que uno se mueve antes de tomar una decisión de tanto calado. De todas formas, y si tenemos en cuenta que es casi imposible mostrar lo que no existe —me refiero a la costumbre *foral*—, la exigencia de prueba en los términos que recoge la sentencia se convierte en un mero síntoma de la desviación doctrinal que trataba de exponer.

Una segunda línea de crítica me obliga a recuperar aquí de nuevo la opinión de la ponente de la primera de las sentencias, para afirmar que la STC 82/2016 no utiliza ningún argumento que permita constatar que el tribunal haya llevado a cabo una evolución clarificadora en una materia redactada de manera poco clara en el texto constitucional. Se limita a repetir los argumentos utilizados en anteriores sentencias que tampoco han contribuido a aclarar nada este «enrevesado tema». No ha hecho el menor esfuerzo de interpretación o de lectura de todo lo acontecido en torno al art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE desde 1992, o incluso desde antes, que no es poco. Así, dos comunidades autónomas disponen ya hoy de un código civil propio: Aragón ha pasado de una compilación de 152 artículos a un código de 600; por su parte, Cataluña dejó atrás una compilación de 344 —la de 1960— por un código con seis libros y 626 artículos, que, en

<sup>44</sup> En ese sentido, véase Blasco Gascó (2016: 18).

realidad, son muchos más por la peculiar estructura del texto, hasta emparejarse con el civil común, de manera que puede afirmarse que, hoy día, este último ya no está vigente en el Principado salvo en algunas materias fragmentarias. En ambos casos, la multiplicación de las materias reguladas ha sido más que notable. Lo mismo puede decirse del derecho civil de Galicia: su modesta compilación —ya en sí una sorpresa en su momento— ha dado paso a una ley que ha más que triplicado su volumen. En el caso vasco-navarro, encontramos dinámicas similares sobre unas bases distintas. Así, los desencuentros y las diferencias en el País Vasco, motivados en buena medida por la debilidad interna del propio sistema, la imprecisión de la base territorial de los distintos fueros y la permanente colisión de los regímenes jurídico-civiles coexistentes sobre el territorio, se han visto momentáneamente superados por la Ley del Derecho Civil Vasco de 2015, que es, con toda seguridad, un primer paso hacia un desarrollo aún mayor. En Navarra, el extenso texto de la compilación de 1973 —el Fuero Nuevo— ha experimentado los cambios necesarios para ajustar sus contenidos a la CE, manteniendo el volumen y las materias; pero los trabajos recientes de su Parlamento y la renovación del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra auguran un futuro desarrollo hacia un código civil propio, pendiente solo de un pacto político como el que se alcanzó en Euskadi.

En este escenario, solo en Navarra y las Illes Balears<sup>45</sup> se observa cierta continuidad con el panorama que dibujaban en el derecho civil las compilaciones a la muerte de Franco y ante la CE de 1978. Ya en el Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales de 1981 en Zaragoza —epílogo del Congreso Nacional celebrado también allí en 1946— se aprecian las primeras tensiones entre los territorios con derecho foral o especial, que desean reservar la determinación del contenido o ámbito material de ese derecho a las comunidades autónomas, sin intromisión del Estado, e ir más allá del derecho compilado; y algunos de los juristas adscritos a territorio de derecho común, que exigieron que se limitase la competencia legislativa civil de dichas comunidades, sin que, en ningún caso, pudiese ir más allá de las instituciones compiladas y existentes y, desde luego, sin que pudiesen regular otras nuevas. Con todo, más llamativo resulta recordar lo que al respecto decía la ponente de la primera de las sentencias:

---

<sup>45</sup> Pero las Illes Balears han empezado a preparar el terreno para una futura expansión de su derecho mediante la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. En ella, además de actualizar algunas instituciones, se crea un Consejo Asesor de Derecho Civil con una composición paritaria entre islas. Seguro que el ejemplo vasco puede servir de modelo a aquellos territorios que presentan una dispersión similar de su derecho civil.

A su juicio, tanto por razones de tipo histórico [...] como por razones de interpretación lógica del artículo 149, 1, 8, de la Constitución (del que se desprende —a su entender— que la única restricción a la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas está constituida por la reserva de ciertas materias a la competencia legislativa exclusiva del Estado), se impone la conclusión de que no cabe identificar el ámbito material de los Derechos civiles territoriales hoy vigentes con el ámbito de posible desarrollo de la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas<sup>46</sup>.

Casi cuarenta años después, el escenario ha dado un vuelco radical, si comparamos la imagen de 1978 con la de hoy día. Aquellos derechos forales se han convertido en verdaderos códigos de derecho civil autonómico —o están en camino— y han dejado de ser meras especialidades fragmentarias de una legislación que hasta la CE fue sustancialmente unitaria; las materias conexas —el derecho creado *ex novo*— son hoy más de dos terceras partes de ese derecho civil, pues la práctica totalidad de territorios ha ido más allá del ámbito institucional delimitado por sus compilaciones<sup>47</sup>; la legiferación ha sido muy notable, y uno de ellos —Cataluña— incluso ha promulgado más leyes en materia civil que el resto de comunidades autónomas juntas y ha convertido su Código en una verdadera «estructura de Estado», como afirmó recientemente el *conseller* de Justicia, Carles Mundó. El País Vasco ha dejado atrás la pluralidad territorial de fueros, superando con holgura las dificultades que había detectado previamente en la Ley vasca 3/1992, de 1 de julio, comunicando instituciones entre unos territorios y otros, cumpliendo así una vieja profecía del profesor Lacruz Berdejo<sup>48</sup> y sin que nadie se haya planteado la constitucionalidad de un hecho

<sup>46</sup> Actas del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Territoriales en la Constitución. Zaragoza, octubre 1981 (materiales preparados para publicar por la Institución Fernando el Católico, pero inéditos; copia digital, Zaragoza, 2002). El corolario de lo que pensaba Encarna Roca en 1981 es que la Comunidad Valenciana podía desarrollar un derecho civil propio sin más limitación que la reserva exclusiva al Estado del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, toda vez que «no cabe identificar el ámbito material de los Derechos civiles territoriales hoy vigentes con el ámbito de posible desarrollo de la potestad legislativa civil de las Comunidades Autónomas»; y así se recogió en el Estatuto de Autonomía valenciano un año después.

<sup>47</sup> Véase un catálogo de instituciones creadas de la nada en Yzquierdo Tolsada (2016: 335 y ss.). El último de los «excesos autonómicos» a que se refiere es muy reciente: STC 95/2017, de 6 de julio, en que el TC compara la multipropiedad con la vieja *rabassa morta* o enfiteusis medieval catalana.

<sup>48</sup> En el citado congreso de 1981, y al explicar los posibles sentidos que podrían atribuirse al inciso «allí donde existan», José Luis Lacruz se detenía en el tercero, que incluiría una vigencia pretérita, y que permitiría «la restauración de un Derecho foral (civil)

tan extraordinario<sup>49</sup>. Es el resultado esperable cuando la propia CE permite que las comunidades autónomas restauren un sistema de fuentes propio y dispongan de un parlamento capaz de producir la norma por excelencia: la ley. A partir de ahí, todo intento de restringir una expansión de estos derechos civiles es lo más parecido a ponerle puertas al campo: el sistema diseñado —según dice la jurisprudencia del TC— por el art. 149.1.8.<sup>a</sup> ha fracasado... Además, pactos políticos y otras componendas han evitado que el TC se pronuncie en varias ocasiones en puntos del mismo relieve, o mayor, que el valenciano, dejando tras de sí una jurisprudencia confusa y heterogénea: ahí están, para demostrarlo, las leyes catalanas, salvadas una y otra vez de los recursos de inconstitucionalidad por la necesidad que el gobierno de turno tiene de los votos de la minoría catalana en las Cortes. Por otra parte, la doctrina sigue considerando que la cuestión no es pacífica —ahí está la producción bibliográfica que apunté páginas atrás—, y la entrada de los constitucionalistas en ella no ha hecho sino enriquecer el debate y hacerlo más plural.

## IX. COLOFÓN. LAS SECUELAS (SEGURAMENTE) INMEDITADAS DE UNAS SENTENCIAS POCO MEDITADAS

Cuando éramos educados de pequeños, nos enseñaban que uno debe ser consciente de las consecuencias de los actos que lleva a cabo y de la responsabilidad que de ellos nace y que debemos asumir. El profesor Blasco lo describe con brevedad recurriendo a Italo Calvino y a la imagen, tan evocadora, de lo

---

guipuzcoano o de un Derecho foral valenciano». Lo primero ya se ha cumplido, y ello no deja de constituir un refrendo de tal interpretación.

<sup>49</sup> De este modo, resulta que el testamento en peligro de muerte o *hil-buruko*, típico del Fuero de Vizcaya, puede ahora ser utilizado por alaveses y guipuzcoanos sin mayor problema. La ley vasca es especialmente peculiar, pues uno no acaba de saber a ciencia cierta si se aplica o no sobre todo el territorio. Poco ayuda cuando afirma cosas como que «el texto *pretende* tener vigencia en toda la Comunidad Autónoma Vasca» o «esta circunstancia ha permitido redactar un texto unificado *que puede ser aceptable para todos los vascos*, salvo en los casos de leyes y costumbres muy diferenciadas» (la cursiva es mía). Pese a todas estas circunstancias tan extraordinarias, en ningún momento ha parecido dudarse de su constitucionalidad, bien porque los pactos políticos entre el Gobierno vasco y el central, tan habituales, han hecho que se desestime; bien porque al final se ha acabado configurando una doctrina ramplona que consiste en adjudicar a aquellas comunidades que tuviesen una compilación en vigor en 1978 una suerte de patente de corso para legislar lo que deseen, mientras se niega totalmente esa posibilidad al resto. El agravio comparativo que ello produce es simplemente lamentable.

que queda fuera de los muros que construimos de una u otra manera. En mi tierra utilizamos una expresión similar, «quedarse a la luna de Valencia», que compendia los riesgos y peligros que había de afrontar el que quedaba fuera de los muros de la ciudad al llegar la noche. Creo, pues, conveniente, resumir con brevedad los resultados prácticos —nada teóricos— de estas sentencias, por si alguien se ha despistado durante la lectura de las páginas que preceden a este colofón.

Las sentencias vacían de contenido una parte significativa del EACV: varios fragmentos del preámbulo, los arts. 3.4, 7, 35.1 *in fine*, 37.2, 49.1.2.<sup>a</sup>, 58.2 *in fine* y la Disposición Transitoria Tercera. Proporcionalmente, el resultado es aún peor que el causado por la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, que produjo las consecuencias de todos conocidas. No debe olvidarse que amputa uno de los elementos que, según el preámbulo, configuran a la Comunidad Valenciana como nacionalidad histórica (el derecho civil propio<sup>50</sup>). La gravedad del hecho reside en que demuestra la capacidad que el TC tiene de yugular de forma sesgada procesos político-legislativos decididos mediante procedimientos ajustados a la ley por parlamentos legítimamente elegidos (las Cortes valencianas y las españolas); con esta decisión, el TC ha declarado nulas unas leyes concretas, pero, además, ha sustituido la voluntad del legislador por la suya propia, lo que es una intromisión inadmisibles, pues supone vaciar de contenido varios artículos del EACV que no han sido objeto de recurso y, por tanto, no están sometidos a su jurisdicción.

La sentencia declara nulas dos leyes enteras y la mayor parte de una tercera —hasta dejarla desarbolada e inútil—, de lo que apenas hay antecedentes en la historia reciente de España. El TC suele anular artículos concretos, a veces incluso un párrafo más concreto: recuérdese que la sentencia sobre el Estatut de Catalunya solo anuló un artículo entero, de los centenares que tenía el texto. El castigo parece completamente desproporcionado, y no deja de recordar al decreto derogatorio de Felipe V en 1707: «He juzgado por conveniente [...] abolir y derogar enteramente todos los referidos fueros y privilegios, prácticas y costumbres hasta aquí observadas en el referido reino de Valencia, siendo mi voluntad que se reduzca a las leyes de Castilla». El efec-

<sup>50</sup> «Es motivo de esta reforma el reconocimiento de la Comunidad Valenciana, como Nacionalidad Histórica por sus raíces históricas, por su personalidad diferenciada, por su lengua y cultura y por su Derecho Civil Foral [...] Pretende también esta reforma el impulso y desarrollo del Derecho Civil Foral Valenciano aplicable [...] Por eso el desarrollo legislativo de las competencias de La Generalitat, en plena armonía con la Constitución Española, procurará la recuperación de los contenidos de “Los Fueros del Reino de Valencia”, abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707».



to es exactamente el mismo... De hecho, en lo tocante al derecho civil, y por lo que hace a la Comunidad Valenciana, el decreto abolicionario de 1707 sigue perfectamente en vigor y sus efectos aún no han sido superados, ni siquiera por la CE de 1978. Pero, para cuando uno se dispone a poner el remate a este trabajo, ya ha descubierto que, a la hora de realizar su función, al TC le resulta sencillo fallar en litigios tocantes a algunas comunidades autónomas, mientras que, en el caso de otras, la dificultad y las precauciones son mucho mayores. No voy a llegar a los extremos de la clásica afirmación de Alexander Bickel, según la cual la declaración judicial de invalidez de una norma del Congreso —digamos, aquí, un Parlamento autonómico— pone a los jueces del TS en vía de colisión con «el pueblo real aquí y ahora»; pero es evidente que el hecho de la declaración de nulidad de estas tres leyes, y de todo lo que tienen detrás, ha situado al TC en una posición prácticamente injustificable y difícilmente sostenible frente a la Comunidad Valenciana real, aquí y ahora.

El voto particular del magistrado Xiol Ríos, que no solo discrepa del contenido del fallo, sino que desmonta los argumentos en los que este se fundamenta, pone de manifiesto que es posible una interpretación constitucional del EACV, de la competencia civil asumida en él y del modo como ha sido ejercitada. Esa interpretación es la que siempre ha sostenido la comunidad autónoma. El juez ha realizado el trabajo que se le pedía a todo el tribunal, de salvar estas leyes mediante un ejercicio interpretativo de adecuación a la CE. Juan Antonio Xiol demuestra en su escrito haber leído, al menos, algunos de los estudios y trabajos que en los últimos tiempos se han ocupado de la problemática que plantea el derecho civil valenciano<sup>51</sup>. Ha efectuado un acercamiento a ella que le honra, tratando de comprenderla y de situarla en el contexto adecuado; como todo trabajo dedicado y concienzudo, ha tenido sus frutos: es el único que ha entendido, en toda su complejidad, el problema de fondo.

Frente a ello, los ponentes de las sentencias se han conformado con reproducir autocitas de jurisprudencia que, en la situación actual, resultan completamente descontextualizadas. Ignacio García Vitoria nos advertía, no hace mucho, de la inutilidad de esta forma de argumentar, tan común en nuestro alto tribunal<sup>52</sup>. La reiteración de la doctrina de 1992 ignora deliberadamente

<sup>51</sup> Y apunto dos, desde el ámbito del derecho público: Sánchez Ferriz (2013) y Durbán (2015). Son dos planteamientos diferentes, pero que vuelven a insistir en la dificultad de interpretación del art. 149.1.8.ª CE.

<sup>52</sup> Véase Ragone (2015: 99): «Con referencia al estilo de las decisiones, termina recordando cómo ni siquiera las auto-citas de jurisprudencia previa resultan de gran utilidad, pues se copian párrafos enteros en sentencias posteriormente sin necesariamente

ya no solo la realidad política y social que ha dado pie a esas normas, sino que entra en contradicción con el propio bloque de constitucionalidad. En consecuencia, obliga a reformar la CE para que puedan cumplirse las previsiones del EACV. De ahí el título de este trabajo: *We cannot turn the clock back*, siguiendo un fragmento de una de las más célebres sentencias del Tribunal Supremo estadounidense<sup>53</sup>. No se puede retroceder a 1992 a la hora de enjuiciar esta cuestión. Con su exquisito formalismo, el TC recuerda que «la igualdad de trato *ex arts.* 14 y 139.1 CE no es predicable de las comunidades autónomas, ni puede permitir alterar el régimen de distribución de competencias resultante de la CE y del bloque de la constitucionalidad»; sobre lo que debería haberse pronunciado es sobre la conveniencia de mantener *per in saecula saeculorum* una situación de desigualdad que resulta discriminatoria y que, además, a la vista de lo acontecido con el derecho civil de este país desde entonces, es igualmente absurda. Esta es la diferencia entre una interpretación formalista, la adecuada para un artículo del código civil, y otra constitucionalista, que debe atender de modo preferente a criterios de justicia, contemporaneidad, realidad social... Hay precedentes como el de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, recaída en el recurso sobre la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En ella, un tribunal más diverso que el actual validó el matrimonio entre personas del mismo sexo utilizando el criterio sociológico y hasta datos estadísticos —es decir, la realidad observable<sup>54</sup>—. ¿Es justo y deseable que esta desigualdad entre regiones se conserve por mucho más tiempo?

---

contextualizarlos de forma apropiada en la decisión presente». Es exactamente el caso de las sentencias que vengo analizando. Y así lo pone de manifiesto el propio Xiol Ríos en su voto particular: «[...] la cita selectiva autorreferente con pretensiones autoritativas es, a mi juicio, demasiado frecuente en la jurisprudencia del Tribunal».

<sup>53</sup> «In approaching this problem, we cannot turn the clock back to 1868 when the Amendment was adopted, or even to 1896 when *Plessy v. Ferguson* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws» (*Brown v. Bd. of Educ.* [Brown I], 347 U.S. 483, 492—93 [1954]). Toda una lección de verdadero derecho constitucional...

<sup>54</sup> Y con ello obró una genuina mutación constitucional, pues el tenor literal de nuestra carta magna dice lo que dice: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». ¿Es tan difícil considerar que, en cuanto al derecho civil y el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, se ha podido producir una mutación constitucional similar? Los hechos, tan tercos, así lo demuestran...

Y, tarde o temprano, tendrá que desaparecer, y la CE deberá ser reformada. Porque el problema de fondo sigue sin estar resuelto: la situación de irredentismo jurídico que causa la extraña redacción del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y la interpretación que de ella hace el TC continúa plenamente en vigor. Los valencianos seguimos utilizando un derecho impuesto por la fuerza hace tres siglos: la propia Abogacía del Estado no tiene empacho alguno en definir el derecho civil que se aplica en la Comunidad Valenciana como «castellano». Y así es: de todos los territorios históricos de España, es el único sometido a un derecho civil que no es el suyo propio. Cataluña, Aragón, Illes Balears, la Comunidad Foral de Navarra o las provincias vascas mantienen sus leyes antiguas, y las han desarrollado extensamente. Por otro lado, el resto de reinos y provincias —Andalucía, Extremadura, Región de Murcia, Castilla y León, Principado de Asturias...— se rigen por su derecho histórico, que es el de Castilla. El caso de Galicia es extraordinario: habiendo aplicado durante siglos el derecho castellano, ahora dispone de una ley de más de 300 artículos con su derecho civil propio. Pero los intentos por superar esta situación siguen encontrando obstáculos y una incompreensión proverbial. No obstante, el deseo de recuperar una potestad que el territorio disfrutó durante siglos es una tendencia que no ha cesado de crecer y desarrollarse desde hace más de un siglo. Las redacciones del EACV de 1982 y de la reforma de 2006 no son fruto de un capricho, sino que tratan de zanjar un antiguo agravio que ha acabado creando una disimetría patente. Estas sentencias han desaprovechado una oportunidad espléndida para saldarlo. Por ello, si alguien cree que con ellas se resuelve la cuestión, se equivoca. Lo único que han producido es una frustración aún mayor, una exacerbación del conflicto y una radicalización del sentimiento de agravio hacia la Administración central del Estado, que en este caso viene reforzado por otros problemas como el de la financiación autonómica o el déficit inversor en infraestructuras. Algunos hemos rebautizado la Sentencia de 28 de abril de 2016 como el tercer decreto de abolición (tras los de 1707 y 1889). Dice la expresión popular que a la tercera va la vencida: este tercer decreto derogatorio debe ser la antesala de la solución a un problema que dura ya otros tantos siglos. Esa solución podría plasmarse de formas muy diversas. En cualquier caso, debería garantizar que el ejercicio de la competencia legislativa en derecho civil prevista en el EACV tenga efectivamente la plenitud que se recoge en sus artículos.

## **Bibliografía**

Aguiló Lúcia, Ll. (1992). *Els Avantprojectes d'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana*. Valencia: Corts Valencianes.

- Altamira, R. (1905). *Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Alicante*. Madrid: Imprenta del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús.
- Bercholc, J. A. (2017). *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad Un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2016). Alto al derecho civil valenciano. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 7, 23-26.
- Blasco Gascó, F. de P. (2017). Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada). *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 61, 5-29.
- (2006). La recuperación de la competencia legislativa en materia de derecho civil. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 8, 15-24.
- Boix, V. (1855). *Apuntes históricos sobre los fueros del antiguo Reino de Valencia*. Valencia: Imprenta de Mariano de Cabrerizo.
- Caroni, P. (2013). *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Domínguez Calatayud, V. (2007). La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral valenciano. *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, 18, 323-344.
- Durbán Martín, I. (2015). *El derecho civil valenciano en el marco estatutario y constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Estrada Marín, J. A. (2017). *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Fernández-Tresguerres, A. (2016). Derecho civil valenciano y seguridad jurídica. Disponible en: <http://www.notariatresguerres.es/derecho-civil-valenciano-y-seguridad-juridica>
- García de Enterría, E. (1985). *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid: Civitas.
- García Roca, J. (2001). Comentario del art. 67 LOTC. En J. L. Requejo (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (pp. 1.085-1.099). Madrid: Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado.
- García Sanz, A. (1996). *Institucions de dret civil valencià*. Castelló de la Plana: UJI.
- Garrido Mayol, V. (2002). El ordenamiento jurídico valenciano: perspectivas de futuro. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 38-39, 119-132.
- (2008). La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en el marco de la Constitución. En F. Pau i Vall (coord.). *Las reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado (XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)* (pp. 49-86). Madrid: Tecnos.
- González-Trevijano Sánchez, P. J. (1989). *La costumbre en derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- Guillem Carrau, J. (2010). El régimen económico matrimonial valenciano. ¿Versión final tras la Ley 8/2009? *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 33, 31-52.

- Martínez Sospedra, M. (2008). El nou Estatut valencià. En M. Lanusse; J. A. Martínez; A. Monzon (eds.). *Vida amunt i nacions amunt. Pensar el País Valencià en temps de globalització* (pp. 393-414). Valencia: PUV.
- Mas Badia, M.<sup>a</sup> D. (2016). Luces y sombras de la Ley del Régimen Económico Matrimonial Valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad. *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, 20 (2). Disponible en: <http://www.derehocivilvalenciano.com/revista/numeros/20-segundo-semester-2016>
- Mieres Mieres, L. J. (1998). *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*. Madrid: Civitas-IVAP.
- Moliner Navarro, R. (2013). El razonable ejercicio de la competencia por parte del legislador valenciano en materia de derecho civil: las tres primeras leyes civiles forales. En VV. AA. *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de derecho civil. Bases históricas y normativas* (pp. 217-380). València: Tirant lo Blanch.
- Montés Penadés, V. L. (2007). El derecho foral valenciano (un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de derecho civil). En J. M. Baño (dir.). *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (pp. 261-322). Cizur Menor: Civitas-Thomson.
- Palao Gil, J. (2008). Del derecho foral al derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 51, 162-199.
- (2011). La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano. En F. Blasco *et al.* (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (vol. 2, pp. 1.885-1.903). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013). Comentario a la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. En V. Garrido (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (pp. 2.443-2.456). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peralta Ortega, R. (2009). Legislar con responsabilidad. *Levante-EMV*, 17-10-2009. Disponible en: <http://www.levante-emv.com/opinion/2009/10/17/legislar-responsabilidad/642260.html>
- Ragone, S. (ed.). (2015), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: CEPC.
- Ramón Fernández, F. (2002). *La pervivencia de instituciones consuetudinarias del derecho civil valenciano*. Castelló de la Plana: UJI.
- Roca Trías, E. (2010). La competencia en materia de derecho civil. *Revista Catalana de Dret Públic*, extra 1, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 346-351.
- Sánchez Ferriz, R. (2013). *Lectura constitucional del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de derecho civil)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Soriano Hernández, E. (2007). Crónica parlamentaria de las Cortes Valencianas (septiembre 2006-mayo 2007). *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 19, 465-507.
- Talavera, P. (2016). El sentido del artículo 7 del Estatut d'Autonomía de la Comunidad Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril. *Revista Electrónica de De-*

- recho Civil Valenciàno*, 20 (2). Disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/20-segundo-semester-2016>
- Torrejón Puchol, J. E. (2014). Los recursos de inconstitucionalidad contra las tres primeras leyes civiles forales valencianas posteriores a la reforma del Estatut d'Autonomia de la Comunidad Valenciana del año 2006, y sus incidencias. En VV. AA. *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de derecho civil. Bases históricas y normativas* (pp. 381-423). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Verdera Server, R. (2000). Incidencia de la costumbre en el derecho civil valenciano. En C. López Beltrán de Heredia (coord.). *Curso de Derecho Civil Valenciàno* (pp. 305-324). Valencia: Revista General de Derecho.
- Visiedo Mazón, E. y Soriano Hernández, E. (2010). Crónica parlamentaria de les Corts Valencianes (septiembre 2009-junio 2010). *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 23, 353-420.
- Viver i Pi-Sunyer, C. (2011). El Tribunal Constitucional, ¿«siempre solo... e indiscutible»? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 319-351.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2016). 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*, 8 (2), 330-347.