

D. Álvaro d'Ors, foralista, y el derecho foral valenciano

Alvaro d'Ors as a Regional Lawyer. The Regional Law of Valencia

Alejandro VALIÑO

Universitat de València
alejandro.valino@uv.es

RECIBIDO: 08/12/2016 / ACEPTADO: 23/12/2016

Resumen: Una de las facetas más características de Álvaro d'Ors es su interés por el derecho foral. En este trabajo se reseñan sus principales contribuciones en especial aquella en la que contesta a la tajante negación de Federico de Castro de la existencia de derechos forales. Desde la perspectiva orsiana los derechos forales no obedecen a una razón de privilegio sino de subsistencia con lo que ello implica de realidad social. El autor utiliza las tesis orsianas para hacer referencia al derecho foral valenciano.

Palabras clave: concepto de derecho, historia, Federico de Castro, familia, patria, región, derecho foral navarro, derecho foral valenciano.

Abstract: One of the most characteristic facets of Álvaro d'Ors is his interest in regional law. This paper highlights his main contributions, especially that in which he answers to the clear denial of Prof. Federico de Castro of the existence of regional law. From the Orsian perspective, the their reason is not privilege but subsistence with what it implies of social reality. The author uses the Orsian theses to refer to Valencian regional law.

Keywords: concept of Law, history, Federico de Castro, family, homeland, Región, Regional Law of Navarra, Regional Law of Valencia.

1. D. ÁLVARO Y EL DERECHO FORAL

D. Álvaro era un enamorado y gran defensor del derecho foral. Sus contribuciones así lo atestiguan¹. Justo es en este sentido homenaje al gran humanista (en su más pura consideración renacentista) dejar caer a modo

¹ Además de los trabajos que glosaremos pormenorizadamente, pueden citarse otros de D. Álvaro sobre la cuestión foral: D'ORS, Á. (e.a.), *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Pamplona 1971, 269 pp.; ID., «Los derechos civiles regionales de la España moderna», en *Atti del terzo Congresso Internazionale della società italiana di storia del Diritto* III, Firenze 1977, 935-941; ID., *Autarquía y autonomía*, en *La Ley* 76, Buenos Aires 1981, 1-3; ID., «Comentario al título III del Fuero Nuevo de Navarra: del ejercicio de los derechos», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXXV.2*, Madrid 1993, 106-136; ID. (e.a.), «Comentarios a las leyes 112-115, 117 y 118 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXXVI.2*, Madrid 1995, 448-459 y 506-524; ID., «Derecho y fuero: lo que Navarra puede enseñar al mundo», en *Verbo* 353-354 (1997) 257-261; ID., «Comentarios a las leyes 149-151; 153-161; 165-171 y 215-219 del Fuero Nuevo», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales XXXVII.1*, Madrid 1998, 16-22; 33-39; 41-45; 83-89; y 954-962; ID., «Comentarios a las

de recuerdo algunos retales de ese amor incondicional a la foralidad, rescatando algunos de sus trabajos más relevantes sobre el particular y apostillándolos con consideraciones propias y ajenas. Recordemos, pues, algunas de sus ideas distantes entre sí más de treinta años.

a) «*De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al derecho foral*»²

Es éste un delicioso ensayo de D. Álvaro que comienza con una breve, pero al tiempo profundísima presentación sobre la concepción del Derecho (o de Lo Derecho)³ como la determinación a propósito de un caso concreto de lo justo o de lo injusto, que es algo al alcance de los depositarios de la prudencia, «aquella virtud por la que se distingue deliberadamente lo que hay que hacer de lo que no hay que hacer» y que se hace *prudentia iuris* o *iuris prudentia* cuando la deliberación del prudente, que es un completo conocedor del mudable proceder humano a través de la permanente observación de la realidad social (*divinarum et humanarum rerum notitia*)⁴, recae a través del empleo de una técnica (*ars iuris*) sobre la acción jurídica en orden a la consecución última de la justicia⁵.

leyes 346-369 y 393-407 del Fuero Nuevo», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXXVIII.1*, Madrid 2002, 6-34; 38-46; y 244-274; y ID., «Comentarios a las leyes 488-531 del Fuero Nuevo y Epílogo final», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales XXXVIII.2*, Madrid 2003, 3-121 y 579-581. Una visión general del D. Álvaro foralista puede verse en DOMINGO OSLE, R., *Álvaro d'Ors. Una aproximación a su obra*, Cizur Menor 2005, 45 s.

² D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral», en *Información jurídica* 35 (1947) 63-81 [= *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Madrid 1973, 55-73, que es la versión que se cita]. La importancia de este artículo se evidencia en la respuesta que a él dio DE CASTRO, F., «¿Es la ciencia libre del Derecho fuente primaria del Derecho? (Apostillas a un artículo)», en *ADC* 1 (1948) 565 ss. Un valioso ensayo de integración de estas aparentes posiciones encontradas es el trabajo de JORDANO BAREA, J. B., «¿Es fuente primaria del Derecho la *prudentia iuris* o la *lex*? (Glosa a una vieja disputa entre Castro y d'Ors)», en *ADC* 52.1 (1999) 5 ss.

³ D'ORS, Á., «Principios para una teoría realista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho* 1 (1953) 305 ss. y D'ORS, Á. y X., *Derecho privado romano*⁸, Pamplona 1986, 43.

⁴ Decía D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 57, que la verdad del Derecho «no es una verdad abstracta, independiente, que pueda ser captada por el esfuerzo de elucidaciones solitarias, sino una verdad que sólo puede ser entendida en su realidad, en la misma conexión humana en que se requiere. De ahí que la investigación del jurista no se desarrolle en la soledad, sino al contacto de la patología vital de la sociedad, y que la determinación de lo justo sólo se puede llevar a cabo al calor de las realidades de cada día».

⁵ D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 56 s.

Junto a estas reglas jurídicas, propiamente jurisprudenciales por cuanto verdades reveladas por el jurista gracias a la virtud de la prudencia, D. Álvaro contrapone aquellas otras impuestas coactivamente a la ciudadanía por los detentadores del poder para reglamentar la vida social. No en vano D. Álvaro las llama 'reglamentos'⁶, pues su función es esencialmente ordenancista, pero modernamente los identificamos con la ley, siquiera sea en su acepción más amplia.

Este dualismo se enraíza con el sistema de fuentes de producción del derecho romano, la jurisprudencia y el edicto pretorio, que se complementaban recíprocamente por cuanto la jurisprudencia tomaba en consideración el edicto y el magistrado iudicente estaba atento a las creaciones y propuestas de innovación que formulaban los prudentes, de las que eran reflejo los medios judiciales que el Pretor, titular de la jurisdicción, brindaba a los particulares y que posibilitaban la celebración de un juicio y, con él, la implícita declaración de la justicia o injusticia de la pretensión del demandante a propósito del caso concreto sometido a la consideración (*sententia*) de un juez, persona privada investida de una carga pública a quien competía, como portavoz de la jurisprudencia, revelar «la verdad jurídica concreta»⁷.

La decadencia de la jurisprudencia como fuente de producción del Derecho tiene su causa en la ruptura de este equilibrio a mediados del siglo III d. C., que se resuelve en la prevalencia de la potestad del que administra y gobierna sobre la autoridad de los prudentes fiada exclusivamente en su preparación, envileciéndose al servicio del que manda; y sobre el libre discernimiento de la función juzgadora, que quedará atribuida a los funcionarios de la Cancillería imperial. Los juristas y los jueces, viene a decir D. Álvaro, modelan a través de su función asesora la voluntad imperial, que es desde aquel momento «única fuente del Derecho (...), canalizada por los conductos legislativos y reglamentarios, articulada en disposiciones escritas de carácter oficial, petrificada en Códigos»⁸.

⁶ D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 57.

⁷ Añade D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 59 que el juez es «portavoz de una opinión científica, que él aplica al caso concreto. Detrás del juez hay que ver siempre al jurista que la inspira».

⁸ A este fenómeno, señala D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 60 s., no es ajeno el moderno estado democrático, en el que se advierte una absoluta entronización de la autoridad de la Ley, que arrincona al verdadero jurista al ámbito de la especulación teórica, cuya orientación crítica deja sentir su huella a través de las sentencias judiciales, sobre todo las del Tribunal Supremo, pues «no hay que olvidar que los jueces son los sancionadores de la norma, y que no hay más Derecho, en última instancia, que el que los jueces admiten y aplican».

De este modo, para D. Álvaro, el reducto efectivo y práctico que queda a la *prudentia iuris*, esto es, de verdadero influjo social en el campo jurídico, es la interpretación desde los Tribunales de Justicia de las normas emanadas de la potestad estatal, fijada con ocasión del examen de un caso concreto sometido a su labor de enjuiciamiento. Detrás de esa decisión judicial, que D. Álvaro identifica con el Derecho (Derecho es «aquello que declaran los jueces», «derecho es lo que aprueban los jueces»)⁹, se halla a su juicio la verdadera *prudentia iuris*, la de los estudiosos en cualquier campo del Derecho, pero desprovistos de una autoridad de carácter oficial, cuyas propuestas y soluciones de carácter teórico pueden más o menos mediatamente incidir en el alcance interpretativo de una norma fijado por un órgano jurisdiccional en la resolución de un particular conflicto jurídico¹⁰.

No puedo ser yo tan optimista en un escenario de positivismo exacerbado como el que nos abruma, que ha terminado por cambiar los roles de todos los operadores jurídicos. Por un lado, el estudioso universitario ya no asume un rol en la creación del Derecho, sino todo lo más ha devenido en observador crítico del Derecho que le viene dado, en definitiva que otros órganos producen: crítico ante lo que se promulga, pero crítico constructivo en cuanto que no se limita a significar las disfunciones advertidas en el conjunto del sistema, sino que desciende a la formulación de nuevas propuestas de mejora, que pueden venir avaladas, bien por su propia clarividencia, anticipándose a los inconvenientes que acechan o poniendo de relieve la discordancia de lo promulgado con los principios inmanentes que conforman el sistema jurídico; bien por la evidencia resultante de la experiencia habida en otros ordenamientos jurídicos, lo que fomenta en el buen estudioso del Derecho una vocación de apertura insoslayable hacia el derecho comparado. Por otra parte, la labor creadora del Derecho de los órganos jurisprudenciales se halla en este contexto positivista más que mitigada y subordinada al imperio de la Ley. Es más, esa corrección de la Ley que muchas veces llevan a cabo no es más que expresión de una deficiente técnica normativa anterior que es aprovechada por el intérprete para dar una solución de justicia al caso concreto que se le presenta, sin

⁹ D'ORS, Á., «Principios para una teoría...», cit., 308 y ID., *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid 1999, 85 s.

¹⁰ En este sentido, parece acertada la implícita comparación hecha por D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 63 entre los juristas del Principado (no todos) y los magistrados del Tribunal Supremo en cuanto depositarios de un *ius respondendi* colectivo derivado de su condición de funcionarios judiciales.

que sea extraño que, a renglón seguido, se proceda a la reelaboración de esa norma para así reducir al máximo el margen de maniobra interpretativa de los órganos jurisdiccionales.

No es pequeña, retomando las ideas de D. Álvaro, la importancia de esa *iuris prudentia* oficialista (la doctrina del Tribunal Supremo al interpretar las fuentes del Derecho, sin perjuicio de la relevancia que cada vez más va cobrando la llamada jurisprudencia menor)¹¹, que la redacción actual del art. 1.6 del Código Civil identifica con la función de «complementariedad» del ordenamiento jurídico. Si D. Álvaro advertía el celoso empeño del profesional del Derecho de entonces en la búsqueda de sentencias en las que fundamentar jurídicamente su intervención en un cierto asunto¹², ¿qué puede decirse del momento actual en el que el práctico del Derecho invierte buena parte de sus esfuerzos en el mismo cometido, valiéndose del instrumento tecnológico de las bases de datos, antes que en extraer del tenor de la norma una interpretación bien construida con la que recabar el convencimiento del juzgador! Hoy, como ayer, la consideración que prima es la preeminencia de la doctrina jurídica en su concreta manifestación de las sentencias de los Tribunales, «saber vivo y actual (que) vence así al saber petrificado de los códigos», decía D. Álvaro, puesto que «si la verdad jurídica es especialmente concreta e indesligable de la vida, ¿no es cierto que las opiniones de los prudentes pueden ajustarse más exactamente a la revelación de tal verdad?»¹³.

¹¹ Realmente idéntica función y relieve a la que tiene la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha de atribuirse a la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas que cuentan con un derecho foral o especial propio por lo que concierne a su interpretación y aplicación, pues es a ellas a las que compete conocer de los recursos de casación y extraordinario de revisión que se interpongan contra las sentencias dictadas en instancia por los órganos jurisdiccionales del orden civil (art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

¹² Decía D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 62 que «esos abogados se me antojan ciervos sedientos que, despreciando manantiales cristalinos y abundantes que se ofrecen a la vista, se lanzasen con avidez sobre un regato canalizado».

¹³ D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 64 s. No se resiste, sin embargo, D. Álvaro a anticipar el fracaso de cualquier intervencionismo estatal conducente a reservar a la doctrina legal la prerrogativa de identificarse propiamente con la Ciencia del Derecho, orientada siempre a la «investigación de la verdad jurídica» y, ante esta tarea, sólo cabe a la potestad estatal acoger o rechazar sus propuestas, que son y siempre serán producto de «la fuerza perenne de la doctrina». Quizá D. Álvaro no llegaba por entonces a vislumbrar los extremados poderes que el Estado puede llegar a alcanzar, quedando incluso facultado para prohibir la difusión de ciertas propuestas o doctrinas, si las considera contrarias a los principios del orden público imperante, de modo que en ciertos ámbitos del saber (y no me refiero al que deriva de las ciencias tradicionalmente de bata blanca) resulta posible poner freno o límites a la libertad de cátedra.

No rehúye D. Álvaro constatar los peligros que acechan a esta doctrina cuando se reviste del reconocimiento estatal, resultando de ello que su relevancia no se anuda tanto a la valoración científica de lo resuelto en un particular caso concreto, como a la consideración (*auctoritas*) que se tiene del órgano generador, al que el Estado reserva en exclusiva la facultad de corregir o modificar la doctrina vertida tiempo atrás si se revela como errónea o inadecuada al momento presente. D. Álvaro reclama este papel, no para el propio Tribunal Supremo, sino para la Ciencia del Derecho «en su más libre plenitud», que identifica con «la doctrina de los científicos», depositarios de una *prudentia iuris* que, por su identificación con la sapiencia jurídica, hace de ellos «la más auténtica fuente del Derecho»¹⁴.

Para el final dejaba D. Álvaro su incondicional defensa del derecho foral, desencadenada como contestación a la abierta declaración antiforalista de D. Federico de Castro en la primera edición de su emblemático *Derecho Civil de España*¹⁵, quien calificaba el mantenimiento del derecho foral junto al dere-

¹⁴ D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 66 s. sostiene que ese cuerpo de doctrina, medianamente sistematizado, renovado y corregido, habría de ocupar por propio merecimiento el lugar de los antiguos repertorios jurisprudenciales (que amenazan con convertirse en «armarios infinitos de la jurisprudencia de tres siglos») en una suerte de recreación mejorada del desempeño operado por la comisión redactora de los *digesta Iustiniani*.

¹⁵ En esta misma línea le precedieron otros al calor del ambiente desencadenado por la promulgación del Código Civil en 1889 y la suerte que ello comportó para los derechos forales. Así, se lamentaba GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Estado de la codificación al terminar del reinado de Doña Isabel II», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 39 (1871) 285 de la concurrencia en la ardua tarea de la codificación de «obstáculos insuperables (...), intereses mal entendidos, privilegios incompatibles con nuestras instituciones políticas, hábitos envejecidos y preocupaciones arraigadas que venía á fortalecerse por el miedo pueril de poner mano en instituciones añejas que requerían grandes cambios, si habían de corresponder al espíritu y á las necesidades de nuestra época». Igualmente se dolía ANTEQUERA, J. M., *La codificación moderna en España*, Madrid 1886, 31, de que fuera la codificación civil «la más difícil de realizar en España (...) retraso tanto más de sentir cuanto más importante es para el ejercicio de los derechos y para la buena administración de justicia que se ordene y simplifique la legislación civil». De forma más contundente, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del Código Civil y trabajos preliminares para la formación de algunos Apéndices del Derecho foral (1811 á 1890)*, Madrid 1890, 5 ss. denunciaba la «falta de uniformidad en la legislación civil española», que traía su causa de «una espantosa anarquía del Derecho patrio», pese a los primigenios esfuerzos de Alfonso XI con el Ordenamiento de Alcalá, no continuados por los gobiernos posteriores, pues, en caso contrario, «sería un hecho la unidad legislativa en el orden civil, como lo fué en el político, en el penal, en el mercantil y en el procesal». Prosiguió, en cambio, «la falta de uniformidad de su Derecho (la de España), contraria á la misma unidad política, que carece de sólidas bases cuando no descansa en la civil». En definitiva, «las notas características de la legislación civil de España (...) son, y eran en mayor grado, la más anárquica multiplicidad, la mayor falta de armonía con la realidad histórica, y la vaguedad, la incertidumbre y el caos más completos».

cho común de «gravísima falta en la obra de la unidad nacional» y de «peligro siempre latente de disgregación y separatismos»¹⁶. No es menos acerada la crítica que encierra al definirlo D. Federico como «conjunto de privilegios locales heterogéneos que como Derecho excepcional no derogado se conserva en ciertos territorios que tuvieron fueros o costumbres especiales»¹⁷. Servida la ocasión, D. Álvaro rechaza la calificación de *privilegium*, tenida por una disposición graciosa carente de fundamento lógico con la que se pretende favorecer a una persona o grupo limitado de ellas; como también desecha la de *ius singulare*, también equívocamente empleada como sinónimo por D. Federico, pues esta categoría se caracteriza precisamente por la concurrencia de una razón fundada que justifica su introducción. Y se aleja del insigne civilista precisamente porque, sea tenido por un *privilegium* o un *ius singulare*, el derecho foral no fue introducido con carácter excepcional, con o sin un fundamento racional que lo justifique, sino que era preexistente al hito histórico de la unificación política de España.

De ahí que respecto de los derechos forales, más que de un derecho introducido, que presupone un comportamiento activo de incorporación en un concreto momento histórico, pueda hablarse de subsistencia en cuanto dere-

¹⁶ Combate D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 69 s. semejantes aseveraciones, poniendo el acento en el reconocimiento que el mismo derecho común otorga a los derechos forales, lo que trae consigo que no puedan calificarse de «núcleos de resistencia rebeldes a la unidad política nacional, sino que son a su vez parte integrante de aquella unidad», puesto que, no obstante el especial protagonismo que puede atribuirse a Castilla en semejante proceso, «los derechos forales son derechos nacionales también», pues una cosa es la unidad nacional (que declara solemnemente nuestra Constitución) y otra distinta lo que D. Álvaro llama «centralismo jurídico y administrativo».

¹⁷ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España, Parte General*, Tomo I, Libro Preliminar, Valladolid 1942, 186. Aludía así D. Federico sin pretenderlo al proceso de formación histórica del derecho foral, que ha de situarse en el escenario de la Reconquista tras la caída de la monarquía visigótica y la emersión de los distintos reinos cristianos. Decía MONEVA y PUYOL, J., *Introducción al derecho hispánico*³, Barcelona 1942, 30, que «bastó el disolvente de la invasión para que cada pueblo se manifestase como era y produjese un orden de Derecho peculiar en él, como era peculiar lo demás de su vida. Así, apareció con la reconquista cada Reyno cristiano». *Vid.* también las consideraciones de OTERO VARELA, A., «Sobre la compilación del derecho foral gallego», en *AHDE* 35 (1965) 554. No es la de D. Álvaro la única reacción que se dio ante el juicio general denigratorio que el gran civilista hizo del derecho foral y del movimiento que defendía su conservación y desarrollo, al que reprochaba el «intentar y conseguir en parte la desarticulación de la unidad Patria» o el constituir «el primer paso hacia el separatismo» (DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, cit., 175 s.). *Vid.* en especial la contestación de MARTÍN-BALLESTERO, L., «Aragón ante la unificación del Derecho privado», en *RDP* 28 (1944) 209 ss. en su defensa, como bien se infiere del título, de la tradición jurídica aragonesa.

cho propio de unos territorios sobre los cuales ha operado en clave estrictamente política la referida unificación, pero que no tiene nada de inmovilista por cuanto su dimensión histórica también le confiere legitimación bastante para su proyección hacia el futuro¹⁸. Para ello, sin embargo, es imprescindible un instrumento vivificante que le confiera energía bastante para su desarrollo y que D. Álvaro reconoce en la *prudentia iuris*, esto es, una ciencia del Derecho lo suficientemente sólida como para asegurar su subsistencia, sin que pueda hacer las veces el recurso a fórmulas compilatorias meramente inmovilistas¹⁹. Con estas palabras concluía D. Álvaro el argumento: «es inútil discurrir sobre si hay que mantener o prohibir los derechos forales. Si no hay ciencia jurídica regional, el derecho foral desaparecerá por sí solo; si la hay, las prohibiciones legales no harán más que volver la espalda a la realidad inconstitucional»²⁰.

¹⁸ D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 68 s.

¹⁹ Las consideraciones de D. Álvaro despertaron también oposición en el trabajo de ÁLVAREZ SUÁREZ, U., «Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español», en *ADC* 1.4 (1948) 1344, quien, advirtiendo contradicciones en la exposición orsiana, subrayaba que el eje central del derecho foral es la costumbre local, que encarna esa realidad jurídica vivida en la sociedad, que es por fuerza anterior al saber jurídico propio de la ciencia del Derecho, la cual, si ha evolucionado más en unas regiones que en otras, ha sido precisamente «porque su Derecho foral estaba más desarrollado, era más extenso y se hallaba arraigado con fuerza superior en la conciencia social», siendo el papel predominante de esa doctrina «de simple carácter compilatorio» por cuanto fueron y son otras las fuentes que lo conforman. Ciertamente, la idea de D. Álvaro de concebir la costumbre como «simple memoria (...) de ciencia jurídica» es, a mi juicio, difícilmente aceptable, pero, en el contexto en que se expresa, parece más fruto de una idea formulada apresuradamente que de una concepción jurídica propia sostenida cabalmente. Más bien esta idea ha de ponerse en relación con el momento en que escribe D. Álvaro (1947) en el que estaba en boga el debate a propósito de qué hacer con el derecho foral (que aborda también ÁLVAREZ SUÁREZ, U., «Los derechos provinciales romano...», cit., 1341 ss.). En ese momento puntual, los derechos forales subsistentes, que en tiempos pretéritos habían gozado de un reconocimiento normativo y habían inspirado la reflexión intelectual de los estudiosos locales, atravesaban por una orientación consuetudinaria que se pretendía salvaguardar mediante distintos instrumentos jurídicos (memorias o apéndices, y compilaciones). A esa reflexión intelectual anterior es a la que, sin duda, se refería D. Álvaro al decir «que allí donde nos encontramos una verdadera costumbre jurídica específica hemos de pensar que existió y quizá existe un buen fondo de ciencia, de prudencia del Derecho, *iuris prudentia*» (D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 71). Y actuada esa conservación del derecho foral a través de compilaciones, se hace precisa la labor renovadora de una *prudentia iuris* que destierre absolutamente los riesgos inherentes al inmovilismo jurídico, esto es, llegar a ser meros relicarios de instituciones de raigambre pasada, pero alejadas de las concepciones imperantes en el cuerpo social al que deben servir.

²⁰ D'ORS, Á., «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 71. No deja de reconocer, sin embargo, D. Álvaro cómo las decisiones de orden político pueden condicionar este estado de cosas, favoreciendo el ahogamiento de la ciencia jurídica regional en favor de un mal entendido pragmatismo centralista. Bien conocidas nos son experiencias de ese género en España para imponer uniformemente el derecho castellano. La Novissima Recopilación (Libro III, Título III,

b) «*Nacionalismo en crisis y regionalismo funcional*»²¹

También en este trabajo deja caer D. Álvaro algunas pinceladas de su pensamiento foralista partiendo de los tópicos que plasma en el título de su contribución, que combina con otros como patria y familia. D. Álvaro establece así la contraposición pueblo y familia, que se erigen respectivamente en las células generatrices de las ideas, también contrapuestas, de nación y patria. Tras ellas se esconden en el plano político las categorías del Estado y el Reino respectivamente.

Así, señala D. Álvaro que «el nervio de la patria está precisamente en la tradición histórica común y en la conciencia actual de esa comunidad tradicional». La raíz de la patria «no está en el pueblo, lo que insensiblemente nos lleva a la nación soberana, sino en la familia», de modo que, en la concepción

Ley D) contemplaba la disposición de Felipe V de 29 de junio de 1707 en la que para la abolición de los Fueros de Aragón y Valencia se pretextaba, entre otras cosas, «mi deseo de reducir todos mis Reynos de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo»; o la de 29 de julio de 1707 (Libro III, Título III, Ley II), en la que el primer Borbón español subrayaba que «en el modo de gobernarse los Reynos y pueblos no debe haber diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes á todos para la conservación de la paz y humana sociedad», puesto que «mi Real intención es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes (...)»; por más que, en el ámbito de las causas civiles, fuesen restablecidos en Aragón mediante el Real Decreto de 3 de abril de 1711 (Novissima Recopilación, Libro V, Título VII, Ley II): «en la Sala del Crimen se han de juzgar y determinar los pleytos de esta calidad segun la costumbre y leyes de Castilla (...) la Sala civil ha de juzgar los pleytos civiles, que ocurrieren, segun las leyes municipales de este Reyno de Aragon; pues para todo lo que sea entre particular y particular es mi voluntad se mantengan, queden y observen las referidas leyes municipales, limitándolas solo en lo tocante á los contratos, dependencias y casos en que yo interviniere con qualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos y dependencias ha de juzgar la expresada Sala de lo civil segun las leyes de Castilla». Asimismo, el Estatuto afrancesado de Bayona de 7 de julio de 1808 dado por José Bonaparte marcaba en su art. 96 la orientación centralista que tendrían en el futuro las Constituciones del siglo XIX: «las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales», que no es esencialmente distinta de la salida de las Cortes de Cádiz en 1812 en su art. 258 («el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»), lo que marcaría la dirección antiforalista de los proyectos de Código Civil del siglo XIX. *Vid.* sobre las vicisitudes de la codificación civil en España BARÓ PAZOS, J., *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1993, 16 ss.; BLASCO GIL, Y., «Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral», en *Derecho Privado y Constitución* 23 (2009) 63 ss.; y A. TORRENT, A., «El Código civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo», en *RIDROM* 12 (2014) 149 ss.

²¹ D'ORS, Á., «Nacionalismo en crisis y regionalismo funcional», en *Papeles del oficio universitario*, Pamplona 1961, 310-343.

orsiana, «la patria es como una gran familia (...) que es elástica y variable, pues depende de un sentimiento»²², que, retomando sus palabras anteriormente reproducidas, se asienta en esa «tradición histórica común» arraigada «en la conciencia actual de esa comunidad tradicional», por D. Álvaro identificada con la región, entidad desprovista de connotaciones y aspiraciones propiamente políticas. Por contra, el rol que reserva al dualismo conceptual ‘pueblo-nación’ es eminentemente político: «el término nación no puede quedar desprendido de su concreto sentido político: es necesariamente el Estado nacional soberano, la pura pertenencia jurídica a un Estado»²³.

No esconde D. Álvaro su preferencia por el trinomio familia-región (patria)-Reino²⁴ antes que por el de pueblo-nación-Estado, base de su militante antiestatismo, hasta el punto de imputar al nacionalismo españolista el ser causa de la deriva nacionalista del regionalismo, del que la consecuencia última será la aspiración independentista en el plano político que es inherente al concepto de Estado²⁵. La región (o la patria) viene a ser un conjunto de familias que cuenta con «su específica personalidad histórica y moral»²⁶, a la que no renuncia cuando, junto con otras regiones, converge dentro de la forma política monárquica para la satisfacción de superiores intereses comunes. Entre aquello que le es irrenunciable está su derecho propio, puesto que ese ser particular de carácter histórico y moral dentro de esa convergencia política comprende inevitablemente el componente jurídico. Decía así D. Álvaro que «a una estructura política pluralista (...) corresponde una estructura jurídica pluralista también (...). De esta suerte, al lado de normas universales habrá otras continentales, de grandes espacios o grandes ejércitos, de mercados comunes, de ententes plurigubernamentales, de territorios similares a

²² *Ibid.*, 330 s.

²³ *Ibid.*, 332.

²⁴ Una concepción semejante se puede reconocer en BOIX, V., *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*, Valencia 1855, IX al expresar sus anhelos de recuperación de la tradición jurídica valenciana, que, al igual que D. Álvaro hará más adelante, identifica con la libertad civil: «si algún día recobrase mi país su antigua libertad, sin perder por eso su parte en la monarquía española (...)».

²⁵ D'ORS, A., «Nacionalismo en crisis...», cit., 332s.: «el más grave vicio del regionalismo en España ha sido precisamente su nacionalismo. Pero este nacionalismo (...) no fue una invención de los regionalistas, que por su tradición no eran nacionalistas, sino precisamente un remedo del mito del poder central del que anhelaban liberarse. El nacionalismo del Estado español provocó así el nacionalismo de las regiones, que, naturalmente, tendían a convertirse en Estados también ellas».

²⁶ *Ibid.*, 333.

las actuales naciones, pero también normas regionales como nuestros fueros, locales, etc. Porque la perfección del derecho no está en la unidad, sino en la más flexible acomodación a la razón específica de cada función, de las conveniencias sociales, de las particularidades locales, etc.»²⁷.

c) «*El regionalismo jurídico*»²⁸

Ahonda D. Álvaro en esta contribución en aquello que a nuestro interés concierne al agregar el adjetivo ‘jurídico’ a la idea del ‘regionalismo’, recordando aquel anatema de D. Federico de Castro en los años del famoso Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de octubre de 1946²⁹ de que «la conservación actual de los derechos forales constituía un grave atentado contra la unidad nacional»³⁰. Así, D. Álvaro comienza por subrayar la aparente contradicción que concurría en aquel «momento de exacerbado centralismo incompatible con el regionalismo jurídico»³¹, si bien éste

²⁷ D'ORS, Á., «Nacionalismo en crisis...», cit., 338.

²⁸ D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña el 23 de noviembre de 1972», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña* 7 (1973) 1-9 [= *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Madrid 1973, 75-86].

²⁹ Autorizado por Orden del Ministerio de Justicia de 3 de agosto de 1944, habría de versar sobre «los problemas que plantea la coexistencia en España de diferentes legislaciones civiles; posibles soluciones de estos problemas; principios e instituciones de derecho foral que podrían incorporarse a un sistema de derecho civil español general». Cfr. las *Conclusiones (provisionales) de la ponencia y reglamento general*, Zaragoza 1946, 13 ss., donde se calificaba a los regímenes forales de «realidad consolidada por su observancia y arraigo innegables y por el afecto que les dispensan los naturales de los respectivos territorios» (Conclusión Primera); y se consideraba «indispensable el mantenimiento de ciertos principios e instituciones de los derechos territoriales o forales», que «deben ser formulados o regulados, no en su forma originaria e histórica, sino conforme a su observancia actual» (Conclusión Cuarta) dentro de un Código General para toda España (Conclusión Tercera), pues el promulgado medio siglo antes se estimaba «inadecuado para ser aplicado en los territorios forales cuyos derechos se hallan inspirados en principios y sistemas distintos» (Conclusión Segunda b). Para una síntesis de lo finalmente acaecido en dicha reunión científica, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946*, en *ADC* 1 (1948) 145 ss. y MONSERRAT I GÀMIZ, M., «Evocación del Congreso Nacional de Derecho Civil, de Zaragoza (1946)», en *Anuari de la societat catalana d'estudis jurídics* (1997) 92 ss.

³⁰ D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», cit., 5.

³¹ Más bien para D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», cit., 9 resulta simplista y poco razonable la crítica política de que la pluralidad jurídica atenta contra la unidad nacional, lo cual es más bien una superstición de esa unidad. El bien común, que es en último término la aspiración de esa unidad, cuando se trata de una sociedad natural e históricamente diversificada por regiones, será aquel que respeta tal diversidad.

realmente «encuentra su razón de ser en la fuerza del pensamiento tradicionalista español, que siempre ha hecho de los fueros como elemento esencial de su misión histórico-política»³². Sin duda, la experiencia navarra, que es la que conocía profundamente D. Álvaro y, por tal razón, despertó en él su pasión permanente por la cuestión foral, llega a ser en el contexto español paradigmática³³, apostando D. Álvaro por una regulación integral en el ámbito del derecho privado de corte regional, que viene a situarla en un plano de igual relevancia frente al Código civil, antes que orientar la conservación de aquellas tradiciones forales por la senda de «raquíticos apéndices de residuos rústicos particulares»³⁴ o «de querer conservar unos particularismos consuetudinarios, necesariamente mínimos y de poca categoría doctrinal»³⁵, que todo lo más serían expresión de «una actitud de romántico conservadurismo de un derecho consuetudinario y popular»³⁶.

Rechaza D. Álvaro las objeciones que tan frecuentemente se vierten para el impulso del centralismo jurídico, pues la sencillez que podría derivar de la reducción a la unidad de toda la disciplina del derecho privado en el territorio español se haría siempre con sacrificio de las concepciones de implicación jurídica más cercanas a los distintos pueblos que conforman España³⁷.

³² D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», cit., 6.

³³ Es ciertamente ilustrativo de ello el título de esta contribución: D'ORS, Á., «Derecho y fuero...», cit., 257 ss.

³⁴ D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», cit., 7.

³⁵ *Ibid.*, 9.

³⁶ *Ibid.*, 8.

³⁷ Ya no es sólo la mayor sencillez que podría derivarse de esa unidad, sino que tampoco puede sostenerse la necesidad de acometerla, con los sacrificios que ello puede comportar para la libertad civil de los pueblos que convergen en la unidad política de España, desde la consideración de una tendencia internacional hacia la armonización jurídica en el ámbito del derecho privado, cuyos beneficios, a juicio de D. Álvaro (D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», cit., 11), están por demostrarse. Ciertamente, casi medio siglo después podemos observar cómo D. Álvaro no se equivocaba, pues el proceso de armonización europea discurre no sin dificultad por estrechos márgenes, circunscribiéndose casi en exclusiva al ámbito del derecho de obligaciones y con un protagonismo acusado de la técnica normativa de la Directiva, precisamente para salvaguardar al máximo la autonomía legislativa de los Estados miembros. Hoy prácticamente puede decirse que la aspiración de una unificación normativa europea, siquiera sea en este reducido ámbito, se halla en una vía muerta. A este respecto, *vid.* TORRENT, A., «El Código civil español en la secuencia comparativista...», cit., 141 s. y 171 ss., por lo demás altamente crítico con esa pervivencia de los derechos forales, que tilda de anacronismo «cuando se están haciendo denodados esfuerzos por llegar a una legislación común para toda la UE» (p. 167), hallándose su fundamento en «románticos intentos identitarios por no llamarles problemas de aldeanismo y desde luego de falsificaciones y adaptaciones de la historia» (p. 166). Ello no obsta para que distintos órganos europeos persigan la formulación de principios que indirectamente

La complejidad a la que aboca el regionalismo jurídico es, en cambio, el escenario más propicio para el desenvolvimiento de la actividad jurisprudencial, que D. Álvaro concibe como algo dependiente de la *auctoritas*, de modo que, dándose una sólida pléyade de juristas expertos en materia jurídica regional, ningún temor ha de resultar de esa complejidad normativa³⁸, cuya elaboración formal, con respeto hacia el espíritu popular que la inspira, a ellos debe corresponder, convirtiéndose también en un punto de partida «para el desarrollo de una doctrina jurídica regional»³⁹ que haga posible la realidad de «un derecho foral de cara al futuro, más que una simple conservación de residuos del pasado»⁴⁰.

Resulta patente así la concepción jurisprudencial del Derecho que definen de D. Álvaro, tenido por un producto técnico que, si bien encierra el espíritu popular que le confiere legitimación, se reviste de unos ropajes formales que

procuren la secular aspiración de la armonización jurídica, incluso en materias de especial dificultad, como el derecho de familia. Así, la Commission on European Family Law ha elaborado, a modo de guía de recomendación, una serie de documentos: los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados; los relativos a la responsabilidad parental; y los relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, accesibles en <<http://ceflonline.net/principles/>>. Cfr GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El derecho de familia desde una perspectiva europea», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic* 54.2 (2010) 147 ss. Con todo, es en la esfera contractual donde más persistente es el empeño, con los Principios del Derecho Contractual Europeo, el Proyecto de un Marco Común de Referencia en el ámbito del derecho contractual europeo y los trabajos de la Academia de Iusprivatistas europeos de Pavia con vistas a la elaboración de un Código Europeo de Contratos. Sobre los postulados de partida en ese proceso de armonización, *vid.* entre otros MOMBORG URIBE, R., «Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea», en *Revista de Derecho* 22.1 (2009) 11 ss.; CORREA SABAT, D., «La armonización del derecho contractual europeo a la luz de las comunicaciones de la Comisión sobre derecho contractual europeo y sobre un derecho contractual europeo más coherente – Plan de Acción», en *Ars boni et aequi* 6.2 (2010) 42 ss.; DÍAZ ALABART, S., «La armonización del derecho de contratos en Europa y en el continente sudamericano», en *Revista de Derecho Privado* 4 (2012) 115; y FARGNOLI, L., «Gentes europaeas... eo se iure regi passas esse. A propósito de la armonización del derecho europeo», en *RGDR* 25 (2015) 5 ss.

³⁸ Así, D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», *cit.*, 7 s. estima la objeción de la complejidad asociada al regionalismo jurídico militante «indigna de un jurista de vocación», pues «para el verdadero jurista la complejidad normativa y la problemática del conflicto de leyes, lejos de ser un inconveniente, resulta un excelente estímulo en el ejercicio de su arte (...). Una mayor complejidad del derecho interregional no sería más que un mayor acicate para el ingenio propio del jurista. En cambio, un puro deseo de simplificación sería para un auténtico jurista algo tan impropio como para otro profesional de un arte cualquiera, quien siempre deberá complacerse necesariamente en la excelencia de superar la dificultad».

³⁹ D'ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», *cit.*, 8.

⁴⁰ *Ibid.*, 9.

reservan su producción e interpretación al experto. Dice D. Álvaro que «las leyes deben ser hechas para los juristas y no para el pueblo»⁴¹. Esto hace que el pragmatismo utilitarista, que D. Álvaro identifica con las ansias acaparadoras y totalizadoras de un tecnicismo jurídico que aspira a imponerse unitariamente por la vía legislativa⁴², resida en un segundo plano, y, en cambio, ocupe el primero la libertad civil de los pueblos, cuya defensa se hace posible a través de un regionalismo jurídico, vital y saludable en la medida en que cuente con una jurisprudencia regional que destierre completamente el riesgo de desarraigo social, favoreciendo su constante acomodación⁴³. Concluye D. Álvaro con estas autorizadas palabras: «el regionalismo jurídico se nos ofrece (...) como una necesaria defensa de un núcleo de derecho auténticamente jurisprudencial que puede servir como ancla del ordenamiento jurídico para no quedar abatido por la fuerza absorbente de una planificación ordenancista pervertidora de la sustancia misma del derecho»⁴⁴.

⁴¹ *Ibid.*, 8.

⁴² *Ibid.*, 14. Dentro de este pragmatismo habría que situar la corriente metodológica del análisis económico del Derecho, que apuesta por dotar al ordenamiento jurídico de normas que reduzcan al máximo los costes que los operadores jurídicos han de asumir al establecer entre sí relaciones jurídicas. A estos efectos, se ha sostenido tanto que la diversidad jurídica puede erigirse en un obstáculo para la eficiencia del mercado como que los esfuerzos de armonización jurídica implican también unos costes, cuya oportunidad y justificación en términos de eficiencia no está del todo acreditada. *Vid.* sobre la cuestión GÓMEZ POMAR, F. y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 2 (2011) 5 ss. Al tratar de la cuestión de la economía de mercado, no puedo dejar de mencionar la concepción aristotélica a la que D. Álvaro se adhería, diferenciando entre ‘economía’ (como ciencia de la administración razonable de los bienes que se necesitan para la vida) y ‘crematística’ (como ciencia de la producción incontrolada o el arte de enriquecerse sin límites). *Vid.* D’ORS, Á., *Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía*, en *Revista Chilena de Derecho* 17.3 (1990) 440 s.

⁴³ D. Álvaro invoca a estos efectos el sentido originario del adjetivo ‘civil’ como relativo al ciudadano, esto es, el «derecho propiamente dicho (...) que se vincula a la existencia de un núcleo social relativamente reducido, como es el de un territorio regional». *Vid.* D’ORS, Á., «El regionalismo jurídico...», cit., 15.

⁴⁴ *Ibid.*, 15. La realidad, sin embargo, impone que el jurista despliegue su labor interpretativa crítica a partir del producto de eso que D. Álvaro llama ‘planificación ordenancista’, legitimada por el refrendo popular de nuestros dirigentes en su preciso contexto territorial. Ello deja traslucir que es la ley (y, en menor medida otras fuentes jerárquicamente inferiores), a las que el jurista prudente no puede sustraerse sin incurrir en responsabilidad, la que marca el patrón diferencial de lo justo y lo injusto, de modo que la actividad interpretativa de su tenor está altamente condicionada por su mayor o menor precisa formulación, en la que, no hay que olvidarlo, también intervienen juristas del corte de aquellos que se integraban dentro de la Cancillería imperial de Adriano y sus sucesores.

d) «*Autonomía de las personas y señorío del territorio*»⁴⁵

Se trata de un trabajo de D. Álvaro publicado en un momento histórico (el de la transición política a la democracia), cuyos presupuestos y postulados parecen reproducirse en el momento presente en el que están cobrando especial viveza concepciones que abogan por un cambio de nuestro vigente modelo constitucional de configuración territorial del Estado. Así las cosas, D. Álvaro afrontaba con valentía el problema del fundamento jurídico del separatismo que emerge en un cierto momento en aquellos Estados que históricamente son producto de la integración de comunidades regionales con un pasado diferenciado más o menos remoto⁴⁶. Y con este propósito deslizaba dos conceptos (los de de sociedad y comunidad) que se diferencian por el propósito último que justifica la génesis de esta naciente realidad política integrada. Para D. Álvaro, hay propiamente comunidad cuando puede reconocerse el deseo de alcanzar «un fin colectivo superior (...) que trasciende de las vidas y las voluntades personales» que voluntariamente se agregan. Por el contrario, habrá sociedad entre esas realidades regionales adheridas cuando no pueda identificarse un fin colectivo superior a los intereses de las partes integrantes o cuando tal fin colectivo superior, concurrente al tiempo de la constitución de la comunidad, se va diluyendo hasta hacer aflorar al primer plano las pretensiones particulares y diferenciadas de cada uno de los grupos convergentes⁴⁷. En definitiva, lo que D. Álvaro asocia a la idea de ‘comunidad’ no es más que aquella entidad política, resultante de la agregación o adhesión de otras preexistentes de menor entidad territorial, que llega a alcanzar una personalidad política y cultural autónoma de tal intensidad que llega a desdibujarse la que originariamente llegaron a tener en su tiempo los pueblos ensamblados hasta el punto de ser posible su completa aniquilación o, cuanto menos, su paulatina desaparición. En cambio, cuando esos particularismos subsisten, especialmente los de orden político, y son sentidos como propios y diferenciados de manera constante por esas poblaciones que utilitariamente convergen en una nueva realidad política, dicha realidad política unitaria se asienta sobre el concepto de ‘sociedad’.

⁴⁵ D'ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío del territorio. Prelección de 1976», en *Anuario de Derecho Foral* II, Pamplona 1976-77, 9-24 [= Ensayos de Teoría Política, Pamplona 1979, 241-260], que es la versión que se cita.

⁴⁶ D. Álvaro llama a estas comunidades regionales ‘pueblos’ o ‘Españas’, pluralizando la denominación de nuestro país para acentuar su carácter nacional sobrevenido a esas identidades históricas preexistentes. *Vid.* D'ORS, Á., «Derecho y fuero...», cit., 257.

⁴⁷ D'ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», cit., 242 ss.

Mientras que en el primer supuesto la defección de alguna de las partes integradas resulta siempre mucho más problemática por efecto de la subordinación de la autonomía privada de los integrantes al conjunto resultante de la unidad⁴⁸, en el segundo la conservación sin merma de esos ideales y rasgos distintivos opera como un factor de legitimación para que, llegado el simple disenso, pueda desencadenarse con fundamento jurídico el fenómeno separatista⁴⁹.

Considerado este dualismo ‘comunidad-sociedad’, se hace extraordinariamente difícil no pensar en el reciente Brexit cuando se considera esta concepción orsiana de las entidades políticas asentadas en la idea de ‘sociedad’, en la que, en consecuencia, buen acomodo puede tener la estructura política de la Unión Europea, siendo que el art. 50.1 del Tratado de la Unión Europea faculta a cualquiera de sus miembros a retirarse de ella con arreglo a sus protocolos constitucionales⁵⁰. Por contra, asentada en la idea de ‘comunidad’ está la realidad política de España, que no es sólo una mera agregación coyuntural de entidades territoriales preexistentes, sino que ha conformado una identidad propia y diferenciada de las mismas (la nacionalidad española) que, no obstante ciertos antecedentes más remotos, adquiere firmeza en los tiempos de la Guerra de la Independencia⁵¹ y se manifiesta arduamente en la homogeneización

⁴⁸ Esta subordinación se hace especialmente patente en lo que concierne a la titularidad del territorio, que no puede reivindicarse como propio de la entidad que pretende la defección por el mero hecho de su efectiva ocupación, sino que pertenece al titular de la soberanía, esto es, al pueblo que se organiza y se presenta en el contexto internacional como un Estado. *Vid.* D’ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», cit., 247 ss.

⁴⁹ Aquí D’ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», cit., 242 ss. evocaba precisamente la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, cuya subsistencia depende de una convergente autonomía de la voluntad en tal sentido, extinguiéndose en caso de disenso unilateral, si bien con el deber de indemnizar en caso de deslealtad contractual. Apuntaba, sin embargo, ÁLVAREZ SUÁREZ, U., «Los derechos provinciales romanos...», cit. otros peligros que acechan al derecho foral que no es capaz de acomodarse a las exigencias que imponen los nuevos tiempos: «no estimen, pues, los foralistas como ultraje insoportable el deseo de situar las diferencias dentro de límites prudentes; reflexionen ellos mismos que nada puede ser más ventajoso al porvenir jurídico de sus instituciones, y al interés general de la Patria, que enfrentarse con sinceridad y buena fe ante sus propias diversidades locales; recoger aquellas que de verdad estén vigentes en la conciencia social de sus vecinos y en la vida corriente del tráfico, y olvidar aquellas otras que sólo sean un amado recuerdo histórico en aras de este elevado ideal de la unidad jurídica. Buscar más lo que a todos pueda unirnos, que lo que pueda separarnos».

⁵⁰ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (C2008/115/01).

⁵¹ Dentro de la cual se sitúa con un papel forjador de la identidad nacional de España la Constitución de Cádiz de 1812. *Vid.* sobre el particular IGLESIAS FERREIRÓS, A., «Derecho civil gallego», en *AHDE* 82 (2012) 326.

cultural y en el creciente centralismo administrativo y legislativo introducido por los Borbones en el comenzar del siglo XVIII⁵². Ello no es obstáculo para que estos presupuestos programáticos borbónicos no alcanzaran finalmente su plenitud en el terreno del Derecho y que, en consecuencia, se haya terminado por respetar (no en todos los casos, como es el de la tradición jurídica valenciana) la autonomía de algunos de los grupos sociales que conforman la nación española en lo que atañe a la regulación de su derecho civil, que es tanto como asegurar la libertad civil, respetando las concepciones y tradiciones propias en la autorregulación de sus inquietudes e intereses en ámbitos tan privados como las relaciones patrimoniales de los cónyuges o las previsiones sucesorias *mortis causa*, perfectamente compatibles con la integración en el seno de una comunidad nacional (España), expresión ante todo de una unidad política con personalidad propia y diferenciada reconocida en el ámbito del Derecho internacional público. Así lo expresaba D. Álvaro: «es natural y justo que los grupos humanos, aunque integren una comunidad nacional cuya unidad política debe ser mantenida para poder cumplir los fines superiores que se le reconocen, aspiren a un régimen de autonomía jurídica dentro de la unidad política. Esta idea de la autonomía jurídica dentro de la unidad de la comunidad política

⁵² Vid. en especial el ensayo de ÁLVAREZ JUNCO, J., *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid 2016, 128 ss. De este centralismo se dolía BOIX, V., *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*, cit., VII s. como factor desencadenante de la liquidación del derecho foral valenciano por parte de Felipe de Anjou: «todo ha ido desapareciendo desde que Felipe V abolió despóticamente la libertad de Valencia. La obra del gran Rey aragonés Jaime I fue destruida por el Rey francés Felipe de Anjou (...). La centralización ha cogido todos los hilos de la administración pública; ha concentrado en unas pocas manos todos los intereses, todas las ambiciones, todas las esperanzas y todos los vicios. El egoísmo sigue presidiendo este sistema (...) Es horrible el despotismo que en el día se oculta bajo la máscara de lo que llaman Estado, á quien nadie conoce, y que hace sentir su tiranía, sin que podais herirle en un costado. (...) Leyes, costumbres, tradiciones, dignidad, independencia; todo ha desaparecido en el fondo de esa laguna, llamada centralización; en ella se ha confundido todo; y se va devorando silenciosamente la vida nacional». También con anterioridad, al tiempo que se impugnaba la justificación de la medida abolicionista con aquellas palabras que cerraban el discurso de BORRULL, F. X., *Discurso sobre la constitución que dió al Reyno de Valencia su invicto conquistador el Señor D. Jayme Primero*, Valencia 1810, 78 («el despotismo es el que dictó y ha podido sostener aquel decreto, que como fundado en un error y falsa causa, es nulo, de ningún valor y efecto, e incapaz de impedir la observancia de la juiciosa Constitución y Fueros del reyno de Valencia»), se hacía notar el contraste entre la meritoria obra legislativa de Jaime I, que en su tiempo «aseguró la permanencia del estado, y la libertad de sus habitantes; y sin entrar en odiosas competencias con la que mas se celebra hoy en día, dexa muy atras á algunas de las que regían entonces, y á todas las que han dispuesto en estos últimos tiempos los decantados Filósofos modernos de Francia, y el faccioso Napoleón. Y la realzan mucho más los felices efectos que se han seguido de la misma: porque baxo sus auspicios se vanaglorió Valencia de su íntima unión con el Soberano (...)» (p. 68).

tiene un nombre muy tradicional en España y que corresponde perfectamente a esa aspiración humana general, por lo que hemos de reconocer su virtualidad como concepto universal, a pesar de su origen histórico hispano. Es, a mi entender, una de las grandes aportaciones del pensamiento jurídico español. Esta palabra es ‘Fuero’»⁵³. El Fuero (o el conjunto de ellos comprendido bajo la denominación ‘derecho foral’) viene así a designar un derecho propio de un preciso grupo humano, normalmente con una implantación territorial concreta, que, pese a estar integrado dentro de una unidad política superior⁵⁴, es, con anclaje en su propia experiencia histórica⁵⁵, expresión de la libertad civil territorial que el Estado no debe aniquilar con pretendidos fines utilitaristas de homogeneización, sino, antes al contrario, reconocer y proteger en cuanto creación de esa fracción territorial del pueblo que converge en una misma unidad política, modelada técnicamente por los juristas y normada por los representantes políticos en el ejercicio de su competencia legislativa⁵⁶.

⁵³ D’ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», cit., 251 s.

⁵⁴ Remarca D. Álvaro la vinculación de la palabra ‘Fuero’ con el Derecho («el Fuero es esencialmente Derecho y no Política»). De ahí que la subsistencia o conservación del Fuero no entrañe amenaza alguna para esa unidad política, pese a los temores de los más radicales estatistas, siempre centralistas y uniformistas. Otra cosa destila en su opinión la palabra ‘Estatuto’, que es concepto político y, como tal, tendente «a la separación política, a la ruptura de la unidad, a preparar la conversión de la región en Estado». *Vid.* D’ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», cit., 253 s.

⁵⁵ Experiencia histórica que D. Álvaro juzga particularísima en el contexto europeo en cuanto que ha supuesto siempre un andar discordante respecto de las concepciones y escuelas allí imperantes, ello debido principalmente a la temprana formación de un derecho nacional patrio que tiene a su juicio como punto de arranque los dos grandes pilares del derecho castellano: el Fuero Real y las Partidas. *Vid.* D’ORS, Á., *La singularidad de España en la historia jurídica de Europa*, en *REHJ* 13 (1989-1990) 155 ss., quien deliberadamente prescinde «para la caracterización global del derecho español» (y a mi juicio injustamente) de otras experiencias jurídicas, a las que, sin embargo, brinda implícitamente a lo largo de su pensamiento sobre la cuestión foral un notable reconocimiento en cuanto expresión de una libertad civil particular que ha de reconocerse, respetarse y protegerse por el Estado. En particular, es acuciante la deuda que en este campo está por saldarse con el pueblo valenciano y su derecho civil, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante.

⁵⁶ De ahí que D. Álvaro se refiera como modo de formalizar ese reconocimiento al régimen pactado entre el Estado y aquella fracción del pueblo español al que tal particularismo jurídico pertenece. Ciertamente, en el momento presente el cauce formal habrá de ser por fuerza la competencia normativa de las Comunidades Autónomas con pleno respeto a los límites que impone el art. 149.1.8 de la Constitución Española: conservación, modificación y desarrollo de un derecho foral, cuyo creador es en último término la doctrina jurídica regional que lo canaliza en forma de leyes aprobadas en los Parlamentos autonómicos, dando así encaje a esa doctrina en el entramado de fuentes que pueden ser objeto de interpretación y aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales. *Cfr.* D’ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», cit., 254 ss.

En definitiva, D. Álvaro identifica la defensa de la foralidad con una defensa de la libertad civil que no compromete ni amenaza la unidad política resultante de la comunidad nacional constituida a través de la agregación de entidades regionales históricamente preexistentes. Y, precisamente por tal razón, la contrapone al separatismo, que una vez alcanzado su propósito de disgregación de un territorio y eventualmente erigido en Estado independiente⁵⁷,

⁵⁷ D'ORS, Á., «Derecho y fuero...», cit., 259 ve en la denominación constitucional de 'Estado de las Autonomías' el rechazo español hacia el Estado federal y el federalismo, precisamente porque en las distintas comunidades regionales españoles no existe a su juicio una pretensión estatalizante. No sé si D. Álvaro sería de la misma opinión en el momento presente, prácticamente veinte años después de este artículo, considerando la deriva independentista en Cataluña que representan las Resoluciones del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013 (de aprobación de la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña) y 1/XI, de 9 de noviembre de 2015 (sobre el inicio del proceso político en Cataluña). Esta última expresaba en los Considerandos Segundo, Tercero y Noveno que «el Parlamento de Cataluña declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república. El Parlamento de Cataluña proclama la apertura de un proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura constitución catalana. El Parlamento de Cataluña declara su voluntad de iniciar negociaciones para hacer efectivo el mandato democrático de creación de un estado catalán independiente en forma de república, y acuerda ponerlo en conocimiento del Estado español, de la Unión Europea y del conjunto de la comunidad internacional». Ambas han sido contundentemente impugnadas por sendas Sentencias del Tribunal Constitucional (STC 42/2014, de 25 de marzo y STC 259/2015, de 2 de diciembre). Recientemente, a results del incidente de ejecución de la última sentencia interpuesto por el Gobierno de España al objeto de hacer decaer la reciente Resolución 263/XI, del Parlamento de Cataluña, de 27 de julio de 2016, que abundaba en esa escalada independentista al dar comienzo a «un procés constituent propi, democràtic, de base ciutadana, transversal, participatiu i vinculant, amb el reconeixement, el suport i l'aval de les institucions catalanes» (Punto 2º), articulado en «una primera fase de procés participatiu, una segona fase de desconexió amb l'Estat espanyol i convocatòria d'eleccions constituents per a formar una assemblea constituent, que haurà de redactar un projecte de constitució, i una tercera fase per a la ratificació popular de la constitució per mitjà de referèndum» (Punto 5º), se ha pronunciado el Tribunal Constitucional mediante Auto de 6 de octubre de 2016, declarando su nulidad por considerar que «la Resolución del Parlamento de Cataluña 263/XI de 27 de julio de 2016 (...) contraviene (...) los pronunciamientos de la STC 259/2015», siendo que con ella «el Parlamento de Cataluña da continuidad y soporte al objetivo proclamado por la anulada Resolución 1/XI de apertura de un proceso constituyente en Cataluña, encaminado a la desconexión del Estado español y a la creación de la futura constitución catalana y del estado catalán independiente en forma de república», menoscabando de este modo «la eficacia de lo resuelto por este Tribunal en la STC 259/2015 y el ATC 141/2016»; mostrando la voluntad del Parlamento de Cataluña «de continuar con el proceso constituyente en Cataluña al margen del ordenamiento constitucional y sin supeditarse a las decisiones de las instituciones del Estado español y en particular de este Tribunal Constitucional»; y procurando «eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de desconexión del Estado español y la creación de un estado catalán independiente en forma de república, lo que supone intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en

se mostrará ferozmente intolerante frente a cualquier suerte de particularismo al que pueda aspirarse en tal nascente entidad política, reeditando así la misma incomprensión hacia los grupos menores de la que se había lamentado para justificar su propósito independentista⁵⁸. Con estas palabras, que perfectamente podríamos proyectar al ámbito espacial de la Unión Europea, concluía D. Álvaro: «la libertad personal no debe defenderse ya en el último reducto de la impotencia individual, sino en todos los escalones de los grupos intermedios entre el Estado y el individuo. Es más, la misma libertad de la comunidad nacional debe apoyarse en ese sistema de libertades de las instancias inferiores, cuya defensa es la mejor garantía para su independencia frente a la opresión de las instancias supranacionales cada vez más fuertes. Un Estado sin libertad interior acabará por perder la exterior; en cambio, un Estado que se autolimita por la estricta observancia del principio de subsidiariedad, es decir, de la foralidad⁵⁹, podrá proyectar ese mismo principio en sus relaciones exteriores e impedir la absorción. Pero para esta integridad necesita la fuerza política de su propia unidad. Esta unidad política es precisamente la que hace posible la libertad del fuero»⁶⁰.

2. AVATARES DEL DERECHO FORAL VALENCIANO

a) *La competencia de la Generalitat Valenciana para legislar sobre derecho civil*

Las ideas centrales del pensamiento orsiano que acabamos de exponer pueden ser aprovechadas para valorar la situación histórica y presente del derecho foral valenciano, un derecho civil de ámbito regional que contó en

el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica». Para una acerada crítica a la referida Resolución del Parlamento catalán, *vid.* FREIXES, T. y MONDÉJAR, S., *¿De qué no está librando el Tribunal Constitucional?*, en *Blog de Teresa Freixes*, entrada del 3 de agosto de 2016, accesible en <<https://teresafreixes.wordpress.com/2016/08/03/de-que-nos-esta-librando-el-tribunal-constitucional/>>.

⁵⁸ D'ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», *cit.*, 257 s.

⁵⁹ D'ORS, Á., «Derecho y fuero...», *cit.*, 258 identifica el principio de 'foralidad' con el de 'subsidiariedad' de la doctrina social de la Iglesia y lo concibe como un principio de carácter universal, que sirve también para explicar la libertad civil que entes políticos supranacionales (por ejemplo, podríamos mencionar la Unión Europea) confieren a las unidades territoriales que los componen como forma de reconocimiento de su identidad particular, sin que ello comporte merma alguna para la unidad política que la entidad supranacional representa.

⁶⁰ D'ORS, Á., «Autonomía de las personas y señorío...», *cit.*, 258 s.

su tiempo con fuentes de producción y renovación de sus principios e instituciones y que a comienzos del siglo XVIII fue completamente abolido con la consecuencia de que jueces, juristas y ciudadanos tuvieron que girar la vista hacia un derecho castellano que en puntuales aspectos se alejaba de las concepciones del derecho valenciano. Ello no ha sido obstáculo para que, con carácter fragmentario, hayan sobrevivido ciertas prácticas e instituciones en un plano estrictamente consuetudinario, manifestaciones, por tanto, de una rebeldía en el terreno jurídico que, seguramente por su inocuidad, no fueron nunca objeto de especial persecución⁶¹. A este respecto, parece que en el caso valenciano se ha cumplido algo de lo que encerraban las palabras de D. Álvaro («es inútil discurrir sobre si hay que mantener o prohibir los derechos forales. Si no hay ciencia jurídica regional, el derecho foral desaparecerá por sí solo; si la hay, las prohibiciones legales no harán más que volver la espalda a la realidad inconmovible»⁶²). Digo algo, porque el mérito de la

⁶¹ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral valenciano», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 18 (2007) 333 refiere cómo el Observatorio Permanente del Derecho Civil Valenciano identificó como únicas reminiscencias de la tradición foral valenciana «ciertos contratos de venta de cosechas, el testamento mancomunado entre cónyuges y ciertas peculiaridades relativas a la pesca en aguas interiores o en materia de relaciones de vecindad y el Tribunal de las Aguas».

⁶² D'ORS, Á., «De la *prudencia iuris* a la jurisprudencia...», cit., 71. No deja de reconocer, sin embargo, D. Álvaro cómo las decisiones de orden político pueden condicionar este estado de cosas, favoreciendo el ahogamiento de la ciencia jurídica regional en favor de un mal entendido pragmatismo centralista. Bien conocidas nos son experiencias de ese género en España para imponer uniformemente el derecho castellano. La Novissima Recopilación (Libro III, Título III, Ley I) contemplaba la disposición de Felipe V de 29 de junio de 1707 en la que para la abolición de los Fueros de Aragón y Valencia se pretextaba, entre otras cosas, «mi deseo de reducir todos mis Reynos de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo»; o la de 29 de julio de 1707 (Libro III, Título III, Ley II), en la que el primer Borbón español subrayaba que «en el modo de gobernarse los Reynos y pueblos no debe haber diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes á todos para la conservación de la paz y humana sociedad», puesto que «mi Real intención es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes (...); por más que, en el ámbito de las causas civiles, fuesen restablecidos en Aragón mediante el Real Decreto de 3 de abril de 1711 (Novissima Recopilación, Libro V, Título VII, Ley II): «en la Sala del Crimen se han de juzgar y determinar los pleytos de esta calidad segun la costumbre y leyes de Castilla (...) la Sala civil ha de juzgar los pleytos civiles, que ocurrieren, segun las leyes municipales de este Reyno de Aragon; pues para todo lo que sea entre particular y particular es mi voluntad se mantengan, queden y observen las referidas leyes municipales, limitándolas solo en lo tocante á los contratos, dependencias y casos en que yo interviniere con qualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos y dependencias ha de juzgar la expresada Sala de lo civil segun las leyes de Castilla». Asimismo, el Estatuto afrancesado de Bayona de 7 de

supervivencia no ha de encontrarse necesariamente en una ciencia jurídica valenciana especialmente contestataria, sino muy probablemente en una conservación a ultranza de unos usos que, previsiblemente, se ignoraba por las gentes del campo que hubieran sido derogados y sustituidos por otros y que, por lo demás, quedaba amparado su ejercicio continuista por el principio general de autonomía de la voluntad. No en vano los fragmentarios residuos del derecho foral valenciano identificados por el Gobierno autonómico se encuadraban mayoritariamente en el campo del derecho de obligaciones, en el que el principio dispositivo apenas experimentaba por entonces limitaciones de utilidad pública.

Como quiera que ello haya tenido lugar, son estas reminiscencias las únicas que han merecido la consideración de derecho foral valenciano⁶³ efectivamente existente al tiempo de promulgarse la Constitución española⁶⁴ y, en consecuencia, la competencia legislativa que se atribuye estatutariamente a la Generalitat Valenciana sobre materias de derecho civil ha de circunscribirse,

julio de 1808 dado por José Bonaparte marcaba en su art. 96 la orientación centralista que tendrían en el futuro las Constituciones del siglo XIX: «las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales», que no es esencialmente distinta de la salida de las Cortes de Cádiz en 1812 en su art. 258 («el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»), lo que marcaría la dirección antiforalista de los proyectos de Código Civil del siglo XIX. *Vid.* como exposición moderna de las vicisitudes de la codificación civil en España BARÓ PAZOS, J., *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1993, 16 ss.; BLASCO GIL, Y., «Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral», en *Derecho Privado y Constitución* 23 (2009) 63 ss.; y TORRENT, A., «El Código civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo», en *RIDROM* 12 (2014) 149 ss.

⁶³ En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, señaló que dentro de la expresión ‘derechos civiles, forales o especiales’ había de comprenderse, «no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos». No otro es el derecho foral valenciano que se reconoce existente al promulgarse la Constitución, siendo que el Tribunal Constitucional refiere en dicha Sentencia que es «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».

⁶⁴ Así se reitera en las STC 88/1993, de 12 de marzo; STC 156/1993, de 6 de mayo; y STC 31/2010, de 28 de junio, al hablar de derechos civiles especiales o forales de Comunidades Autónomas «en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución».

tal como establece el Tribunal Constitucional⁶⁵, a conservar⁶⁶, modificar⁶⁷ y desarrollar⁶⁸ estos residuos⁶⁹ u otras instituciones que puedan juzgarse con-

-
- ⁶⁵ STC 88/1993, de 12 de marzo; STC 156/1993, de 6 de mayo; y STC 31/2010, de 28 de junio.
- ⁶⁶ 'Conservación' sería para el Alto Tribunal «la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial».
- ⁶⁷ 'Modificación' de una institución o concepción del derecho civil foral o especial es concepto que presupone necesariamente una subsistencia anterior al tiempo de entrar en vigor la Constitución.
- ⁶⁸ 'Desarrollo' del derecho civil especial o foral se identifica con toda «acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales», si bien «no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos (...) sino a fin de garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios». En definitiva, «el 'desarrollo' de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», sin que ello pueda entenderse como «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».
- ⁶⁹ Este reconocimiento constitucional de un derecho consuetudinario en territorio valenciano tras la abolición de los Fueros ha sido objeto de severas críticas por parte de BLASCO GASCÓ, F., «El desarrollo del derecho civil valenciano: la Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano», en *Revista Jurídica de Navarra* 46 (2008) 48 s., pues no se explica cómo puede haber sobrevivido a la cláusula derogatoria del art. 1976 del Código Civil o a su prelación de fuentes así como no parece adecuado que adopten forma de ley general aplicable en todo el territorio de la Comunidad Valenciana costumbres, cuyo ámbito territorial es mucho más restringido. Por lo que se refiere a la última consideración, es claro que se ofrecía una regulación del arrendamiento histórico valenciano para aquellos contratos, cuya vigencia pudiera acreditarse, correspondiendo al cultivador la carga de probarla mediante dictamen pericial que recogiese la oportuna investigación histórico-jurídica a fin de obtener la declaración administrativa de su reconocimiento oficial, de modo que difícilmente hubiera sido posible semejante constatación en comarcas de la Comunidad Valenciana bien distantes del marco territorial de tradicional desenvolvimiento de la institución. En cuanto a la cláusula derogatoria del art. 1976, ésta se proyecta únicamente sobre las leyes, usos y costumbres del Derecho civil común, mientras que los arrendamientos históricos valencianos, tal como reza el Preámbulo de su ley reguladora, hoy derogada, constituyen, según la doctrina decimonónica que les prestó atención, una modalidad arrendaticia que se aleja de los postulados del derecho común, por lo que, a mi juicio, queda a salvo del alcance derogatorio del art. 1976 del Código Civil, encontrando la conservación de estas particularidades forales valencianas su fundamento en el principio de autonomía privada. *Vid.* a propósito, MOLINER NAVARRO, R., «Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2^a del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* 18 (2007) 358. Por su parte, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «La competencia le-

xas⁷⁰, siendo que el límite para el ejercicio de la competencia en territorios con derecho civil propio viene dada por el art. 149.1.8 de la Carta Magna, sin que sea admisible que ese límite pueda ser ampliado más que a través de una modificación del texto constitucional⁷¹. En consecuencia, a la luz de los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, resulta del todo punto inoperante la ampliación que de estos límites pueda establecerse a propósito en los Estatutos de Autonomía⁷².

gislative civil de la Generalitat», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic* 51 (2008) 56 s.; ID., «La competencia exclusiva de la Generalitat...», cit., 331 s.; y ID., «Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic* 53 (2009) 134 s. entiende, sin embargo, que estos vestigios consuetudinarios, aunque puedan enraizar en el derecho foral, han de entenderse como parte del derecho común que les dispensó reconocimiento antes de ser derogados con la entrada en vigor del Código Civil.

⁷⁰ De ahí que su conservación se haya abordado a través de Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, en cuyo Preámbulo se expresa, tal como se hizo en el de la Ley de arrendamientos históricos valencianos, que «la acción legislativa de la Generalitat» se orienta a «la finalidad de positivizar la costumbre»; a «la de adaptarla a las nuevas realidades socioeconómicas»; y a la «de protegerla frente a determinadas prácticas abusivas». Se trata, por tanto, de una norma altamente respetuosa con la doctrina constitucional vertida a propósito del derecho civil valenciano, al que se le reconoce desde las Cortes Valencianas todo lo más una dimensión consuetudinaria susceptible de ser transformada en leyes autonómicas.

⁷¹ El propio legislador valenciano en el Preámbulo de su primera norma en materia civil (la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos) tildaba el derecho foral de «desaparecido», «borrado de golpe, al menos sobre el papel, por los Decretos de Nueva Planta», si bien «consuetudinariamente y en la práctica habitual y cotidiana, quedaron al menos vestigios o retazos del antiguo régimen foral, en buena medida amparados por el sistema de libertad de pactos y de formas que históricamente ha caracterizado el Derecho Castellano». Esa pervivencia es la que amparaba la constitucionalidad de la norma: «la Comunidad Valenciana puede legislar sobre arrendamientos rústicos en la medida en que cabe apreciar la existencia de un derecho consuetudinario especial».

⁷² El art. 31.2 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana señalaba inicialmente que «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano», precepto al que se añadió el adjetivo 'foral' en la versión plasmada en el art. 49.3 por efecto de la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de dicho Estatuto autonómico. Esta Reforma integral del texto estatutario contemplaba asimismo en la Disposición Transitoria Tercera una referencia al derecho foral valenciano al decir que «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». De esta voluntad resucitadora de los antiguos Fueros se hace también eco el Preámbulo de la Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, operada por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril al decir que uno de sus objetivos es «el impulso y desarrollo del Derecho civil valenciano», procurando «la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de

Un jurista, en su labor de análisis, no puede dejarse llevar por apasionamientos románticos carentes de fundamento jurídico que le lleven a encontrar en el texto constitucional aseveraciones que no contiene. El derecho civil valenciano, que se reconoce existente sólo de una forma pírrica, tiene ciertamente cegadas sus vías de crecimiento y expansión. Sólo la doctrina constitucional de las instituciones conexas podría ser aprovechada para promover normas de derecho civil de objeto distinto de la única que tiene asegurada su subsistencia. Éste puede ser un campo propicio para una doctrina jurídica regional que, por interconexión histórico-jurídica con la tradición foral valenciana subsistente, sea capaz de sentar las bases de un más amplio (nunca completo) derecho civil valenciano. Obstáculo para ello son, sin embargo, los muchos años transcurridos desde la abolición, lo que ha traído consigo que las generaciones actuales hayan perdido conciencia de una tradición foral que difícilmente pueden sentir como propia más allá de sentimientos románticos. Pueden traerse a colación en este orden de cosas las palabras del Prof. Luis Díez-Picazo: «no tiene sentido crear *ex novo* un derecho literario nunca vivido, nacido de las ocurrencias de juristas ociosos. Añádase a ello que en la Comunidad valenciana muchas de las normas de un Derecho civil común, que lo ha sido durante tantos decenios, aparecen interiorizadas por una gran parte de la población, como las que establecen (o establecían) la sociedad de gananciales o el sistema de legítimas entre los ascendientes, de manera que esta amenaza de un Derecho nuevo surgido únicamente de la cabeza de los juristas puede suponer un fraude en la confianza de los ciudadanos cuando, además, se puede intuir que no mejorará su suerte ni les atribuirá una vida mejor»⁷³.

Cualquier aspiración legislativa en materia de derecho civil de mayor calado pasa ineludiblemente por una modificación del texto constitucional

1707 en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana». No muy afortunada y en cierta medida contradictoria me parece la redacción de la Disposición Transitoria Tercera del texto estatutario. No sé si soy excesivamente puntilloso por lo que al uso del lenguaje se refiere, pero, con unas pocas páginas de separación, el Estatuto de 2006 ha pasado de 'procurar recuperar los contenidos de los Fueros' a 'recuperar y actualizar la normativa foral' como si tal Disposición Transitoria se tornase en Disposición derogatoria expresa del Decreto de 29 de junio de 1707. *Vid.* CARRIÓN OLMOS, S., «Consideraciones en torno al derecho civil foral valenciano», en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia 2011, 519, quien califica la recuperación y actualización de un conjunto normativo incontestablemente derogado de 'absurdo jurídico'.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, L., «A vueltas con el derecho civil valenciano. ¿Una milagrosa resurrección?», en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia 2011, 878.

que pueda servir para reparar aquella afrenta borbónica de la abolición de los Fueros de Valencia a la que, dicho sea de paso y sin perjuicio de ciertas iniciativas institucionales⁷⁴, terminaron por acomodarse en amplia medida los valencianos⁷⁵. Lo que es indudable es que Valencia fue en tiempos pasados una nacionalidad, organizada políticamente como Reino, con raíces y personalidad propia (no sé si resultaría exagerado añadir diferenciada), y con una

⁷⁴ Sobre estas reivindicaciones, *vid.* BENEYTO, J., «Una explicación sociológica de la no-devolución del derecho civil valenciano», en *Revista de Estudios Políticos* 43 (1985) 159 ss.; PALAO GIL, J., «Del derecho foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular», en *Revista Valenciana d'estudis autonòmics* 51 (2008) 167 ss.; ID., «Abolición y reintegración del derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen», en F. RAMÓN FERNÁNDEZ (coord.), *El derecho civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Valencia 2010, 30 ss.; ID., «La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano», en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia 2011, 1886; y ID., «Para una vez que no somos 'meninfots': tres siglos de conflicto en torno al derecho civil valenciano», *Diario Valenciaplaza* (2.2.2016), accesible en <<http://valenciaplaza.com/para-una-vez-que-no-somos-meninfots-tres-siglos-de-conflicto-en-torno-al-derecho-civil-valenciano>>.

⁷⁵ Entre las instituciones forales subsistentes tras el Decreto abolicionista, PALAO GIL, J., «La insuficiencia de la costumbre...», *cit.*, 1893 ss. menciona en relación con el derecho privado diversas modalidades de censos y el testamento mancomunado, que son un escaso muestrario que se explica por la inexistencia de un derecho consuetudinario altomedieval y por el celo con el que se llevó a cabo la implantación del derecho castellano en tierras valencianas a fin de evitar su contaminación por contacto con el derecho foral valenciano. En todo caso, resulta patente que la abolición no pudo producir la completa desaparición de un derecho foral a cuya luz habrían nacido un sinfín de relaciones y situaciones jurídicas merecedoras de protección en años venideros conforme a las disposiciones o el marco regulatorio que las vio nacer. En ese sentido, *vid.* el testimonio de FERNÁNDEZ DE MESA, T. M., *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos derechos nacional y romano de España y de interpretar aquel por este, y por el propio origen*, Valencia 1747, expresado en el prólogo: «todavía quedan de nuestros antiguos Fueros muchas reliquias, y se camina à obscuras entre sus ruinas, y entre los tropiezos de las nuevas plantas, y edificios de Estilos, leyes, y Juzgados, y como, y quando hemos de regirnos por lo antiguo, ò por lo moderno, no lo podíamos alcanzar sin estàr bien impuestos en los derechos de entrambos tiempos, y en los Decretos Reales con que se nos ha mandado, yà seguir el uno, yà el otro, y tal vez à ninguno de ellos, sino un medio acomodado à la mixta composicion de las presentes cosas de este Reyno, dando normas diferentes à las Jurisdicciones, las quales ordenes se hallan encerradas en Archivos, donde no pueden registrarse sin muchisima costa (...). Sobre la acomodación de los valencianos al nuevo estado de cosas, *vid.* PÉREZ PUCHAL, P., «La abolición de los Fueros de Valencia y la Nueva Planta», en *Saitabi* 12 (1962) 195 ss. tras constatar ciertas protestas iniciales; BENEYTO, J., «Una explicación sociológica...», *cit.*, 161 ss.; y MONTÉS PENADÉS, V., «El derecho foral valenciano (un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de derecho civil)», en A. BAÑO LEÓN (coord.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Tomo VIII, Madrid 2007, 266, quien significaba como causas de esa falta de resistencia a la penetración del derecho castellano un cierto letargo y el repunte económico del que sacó partido la burguesía mediterránea.

lengua, cultura y derecho foral particular⁷⁶. De él, como ya se ha constatado, quedan sólo pocos y fragmentarios residuos. Si en 1855 se decía que del antiguo régimen foral del reino de Valencia tan sólo quedaba el Tribunal de las Aguas y algunas costumbres populares por efecto de la acción despótica de Felipe V⁷⁷, más de siglo y medio después es previsible que aquellos pocos vestigios del régimen foral valenciano hayan ido decayendo aún más. Sin embargo, la injusticia padecida por los valencianos no es bastante para vulnerar el vigente orden constitucional. Ése no puede ser el camino. La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en su constante alusión a los Fueros de Valencia, encierra a mi juicio más una aspiración política que una verdadera disposición derogatoria rehabilitadora del contenido de los Fueros de Valencia que repare aquel agravio histórico, puesto que el «allí donde existan» que contiene el art. 149.1.8 no admite otra interpretación que una condición de vigencia al tiempo de la promulgación y entrada en vigor de la Constitución⁷⁸, que difícilmente puede sortearse por declaraciones institucionales reflejadas en el texto estatutario. De este modo, lo inconstitucional no es la mera formulación de esta aspiración política de recuperación de los Fueros de Valencia (de ahí que la constitucionalidad del Estatuto no haya sido en este aspecto cuestionada), sino la ejecución concreta de esa aspiración en forma de leyes reguladoras de instituciones civiles, bien desconectadas de

⁷⁶ Esto encaja con lo que SAN VALERO, J., *El pueblo del Reino de Valencia (configuración de la personalidad valenciana)*, Valencia 1987, 9 ss. llama 'conciencia de la valencianidad', que sitúa entre los años 1200 y 1500 de nuestra era, ligada «al hecho de que el pueblo valenciano puede ejercitar su autonomía política». Es el período que denomina 'edad clásica' de la historia del pueblo valenciano, marcada por distintos substratos culturales (el preponderante cristiano junto con el islámico y judío), que precede a su inserción en la cultura hispánica de los siglos subsiguientes hasta el momento presente. En todo caso, por lo que al derecho se refiere, es obligado referir cómo la idiosincrasia mediterránea fue modelando el derecho de los Fueros, no tan distante de las Partidas al tiempo de su elaboración, para conformar un cuadro de instituciones y concepciones jurídico-civiles más ágil y menos formalista que el derecho castellano que se impuso tras el Decreto abolicionista. *Vid.* a propósito PALAO GIL, J., «La insuficiencia de la costumbre...», cit., 1900 ss.

⁷⁷ BOIX, V., *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*, cit., VII.

⁷⁸ No puede obviarse que se han deslizado otras interpretaciones de la locución, alguna de ellas comprensiva de su vigencia pretérita, que es posición que se defiende aun con más encono al ser hecho indiscutido las circunstancias de la aniquilación del derecho foral valenciano. *Vid.* sobre la cuestión BLASCO GASCÓ, F., «El desarrollo del derecho civil valenciano...», cit., 46 s. Críticas a la interpretación de la locución como «allá donde estén vigentes» en SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., «El Estado de las autonomías antes y después de 2006», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic* 51 (2008) 35.

la realidad foral, bien conectadas con ella en su exclusiva dimensión histórica y, por tanto, carentes de pervivencia al tiempo de la proclamación de la Constitución Española.

b) *La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano*

Es en este orden de cosas donde comparecen las tres recientes Sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado nulas por inconstitucionales la Ley 10/2007, de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana; y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

i) Sentencia 82/2016, de 28 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional

De entre sus fundamentos jurídicos, se ha de destacar en particular la consideración preliminar que hace el Alto Tribunal de que no puede admitirse «la existencia de un Derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia», que es tanto como sostener que el inciso del art. 149.1.8 de la Constitución ‘allí donde existan’ no comprende los casos de vigencia pretérita, sino actual al tiempo de la promulgación de la Carta Magna. Recuerda asimismo la subordinación jerárquica de los Estatutos autonómicos a la Constitución Española, pues no son normas atributivas de las competencias del Estado ni tampoco lo son de ejercicio de competencias estatales previstas en el art. 149.1, por lo que cualquier referencia que un Estatuto pueda contemplar en relación con el ejercicio de tales competencias estatales, ha de respetar el marco constitucional de atribución de competencias, que se verá vulnerado si las previsiones estatutarias vienen a «negar o impedir con ello el ejercicio de las competencias propias y exclusivas del Estado», puesto que la delimitación y distribución de competencias es cuestión indisponible «para el legislador estatutario, como poder constituido que es».

El Tribunal Constitucional, después de reconocer a la Generalitat «competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano», significa que «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 con-

suetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la Constitución Española», siendo que «el límite a dicha competencia se encuentra claramente señalado por el art. 149.1.8 CE». Ello impone reiterar la interpretación de dicho artículo ofrecida en ocasiones anteriores, a saber, que «la expresión ‘allí donde existan’ referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa *ex* art. 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (...), preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal (...), sino muy precisamente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (...), sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior». Y el Tribunal Constitucional recuerda que la Comunidad Valenciana contaba con un derecho civil propio en aquel momento, si bien limitado a ciertas «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria», que conforman así el objeto sobre el que ha de discurrir el ejercicio de la competencia legislativa con vistas a su conservación, modificación o desarrollo, sin que la reforma del Estatuto de Autonomía de 2006 pueda servir para ampliar el techo competencial de las Cortes Valencianas hacia instituciones jurídico-civiles de vigencia en otro tiempo o con propósitos distintos de conservar, modificar o desarrollar instituciones que puedan reconocerse existentes. Lo que tiene encaje constitucional es que «reglas de su ordenamiento que quedaron cristalizadas en normas consuetudinarias puedan llegar a convertirse en normas legales en virtud del ejercicio de tal competencia», es decir, «a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española», de modo que el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad al que pueden quedar abocadas las leyes del Parlamento valenciano pasa por la acreditación de que las instituciones jurídico-civiles objeto de regulación «pertenecen o no a su derecho consuetudinario» o, cuanto menos, guardan una conexión bastante como para apreciar que se trata de un desarrollo del Derecho civil propio vigente, por ser notoria, como ya se ha dicho, la inexistencia al tiempo de la promulgación de la Constitución de otras normas que ordenaran en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común.

Así las cosas, precisa el Tribunal Constitucional que «no basta la conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, pues lo que debe probarse es la pervivencia de las costumbres que le

«sirven de punto de conexión»⁷⁹, circunstancia que en modo alguno ha quedado acreditada, a diferencia de lo acaecido en su día en relación con los Arrendamientos Históricos Valencianos⁸⁰, por lo que «ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos» relacionados con la materia económica-matrimonial contemplados en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que, a juicio del Tribunal Constitucional, son todos los que en ella se contienen⁸¹.

ii) Sentencia 110/2016, de 9 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional

La proximidad temporal de esta sentencia con la que precedentemente hemos traído a colación ha contribuido a acentuar las coincidencias en el plano argumental. Con todo, el encuadre *ratione materiae* de la Ley de Parejas de

⁷⁹ En este ámbito concreto del derecho civil, la recuperación de los Fueros de Valencia es difícilmente justificable, siendo que, como menciona explícitamente el Preámbulo, el régimen económico matrimonial de época foral giraba en torno a presupuestos que notoriamente se alejan de nuestros valores constitucionales: «la subordinación de la mujer al marido, a quien competía, fundamentalmente, la responsabilidad económica del matrimonio y de la familia» y, en consonancia con esa preponderancia, la necesidad de constituir una dote que ayudara al marido a sobrellevar las cargas económicas del matrimonio. Así las cosas, ejercer la competencia con respeto al marco constitucional, es decir, para conservar o desarrollar semejantes concepciones ultramontanas es del todo punto inaceptable. Y si la pretensión es recuperar para modificar principios que se antojan inasumibles en el momento presente, más vale dejarlos dormir el sueño de los justos y, en su caso, identificarlos con una idiosincrasia propia muy particular de un momento concreto de la historia del pueblo valenciano, que es bien distante de sus inquietudes actuales. En parecidos términos, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1)», en *Diario La Ley* 8439 (2014) 7, poniendo de relieve que la Constitución española permite conservar, modificar y desarrollar, pero no resucitar ni recuperar.

⁸⁰ A ello se orientó la labor del Observatorio de Derecho civil valenciano desde el momento de su creación en 2002, entre cuyas funciones se halla la de «realizar y actualizar periódicamente un inventario de usos y costumbres vigentes en el ámbito del Derecho Foral Civil Valenciano que pueda apoyar el trabajo prelegislativo de la Comisión de Codificación» (art. 21.c) del Decreto 218/2007, de 26 de octubre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Codificación Civil Valenciana y su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano).

⁸¹ Ello no obstante, el Tribunal Constitucional, consciente de la efectiva vigencia de la ley impugnada por espacio de casi una década, ha considerado conveniente pronunciarse a propósito de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que emitía. Entiende el Tribunal que su pronunciamiento «no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquella establece».

Hecho trasciende del ámbito más restringido del derecho civil al regular también aspectos de derecho público sobre los que sí son más ampliamente competentes las Comunidades Autónomas, lo que fuerza limita el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de esta ley. No es discutible, sin embargo, que la regulación de los efectos personales y patrimoniales que derivan de una relación de convivencia afectiva análoga al matrimonio se integra en el ámbito del derecho civil, como preliminarmente, con cita de sentencias precedentes, recuerda el Tribunal Constitucional, todo ello sin perjuicio de que la norma impugnada ofrezca también normas encuadrables sistemáticamente en otros ámbitos del derecho sobre los que, con mayor amplitud, puede versar la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. De ahí que el Tribunal Constitucional, si bien anticipa que «la identidad de la materia y de las alegaciones de las partes obligan, en consecuencia, a seguir los criterios de ese precedente mencionado (la STC 82/2016, de 28 de abril)», habrán de hacerse «las matizaciones oportunas por razón del específico objeto de la Ley aquí impugnada».

En consecuencia, el Alto Tribunal reitera que el techo competencial en materia de derecho civil es el presente en el art. 149.1.8 de la Constitución y no puede ser alterado por disposiciones estatutarias, jerárquicamente subordinadas a la Carta Magna, que autoricen a un ejercicio más amplio de la competencia legislativa sobre derecho civil, esto es, más allá del conservar, modificar y desarrollar que pueden acometer aquellas Comunidades Autónomas donde existiera un derecho civil propio al tiempo de promulgarse la Constitución. De ahí que «la llamada a recuperar y actualizar los antiguos Fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el art. 149.1.8 CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado».

Recuerda a estos efectos el Tribunal Constitucional que existe un derecho civil propio en la Comunidad Valenciana, que se compone únicamente de algunas «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria» que han subsistido «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días». Por tanto, «la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil». Ello obliga a «identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley (...), o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero 'conexa' con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un 'desarrollo'»

de su Derecho civil foral o especial. De no poder hacerlo, la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia (...)».

Ello permite anticipar el juicio de inconstitucionalidad por lo que concierne a los efectos puramente civiles de la ley impugnada, pues recuerda el Tribunal Constitucional que incluso su Preámbulo reconoce que «las formas de convivencia *more uxorio* han aparecido solamente en los últimos años», lo que hace innecesario «buscar en los antiguos fueros, o en las costumbres de ellos derivadas, una institución legitimadora de la regulación». Todo lo más se apunta a ciertas normas consuetudinarias conexas «como la ‘costumbre testamentaria de *l'une per l'altre*’ o el ‘fideicomiso foral’», pero el Tribunal Constitucional las considera dudosas por falta de suficiente acreditación.

Por lo que respecta al alcance de la declaración de inconstitucionalidad, ésta queda circunscrita a aquellas de sus disposiciones que tienen encaje con el ámbito jurídico-civil, esto es, los arts. 6 a 14 de la norma autonómica impugnada así como su art. 2, que hacía depender su aplicación, conforme a la naturaleza preferentemente civil de las disposiciones que contenía, del criterio de aplicación subjetiva eminentemente civilista de la vecindad. Quedan, sin embargo, subsistentes aquellos preceptos que no invaden competencias del Estado como la prohibición de discriminación por razón del modelo de familia en el que un ciudadano se integre; algunas disposiciones relacionadas con los requisitos para entender constituidas las uniones de hecho formalizadas; la regulación de un registro administrativo con fines de publicidad; y la equiparación al matrimonio como causa de atribución de ciertos derechos sociales (licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar en el ámbito de la función pública autonómica así como indemnizaciones, subvenciones y tributos autonómicos).

iii) Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional reitera sustancialmente en esta Sentencia los fundamentos ya expuestos en las dos anteriores, recordando que, si bien «la competencia autonómica en materia de derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la LOTRAVA», «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 del 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 preexistente 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 independiente de su preexistencia».

Se insiste en que el calificativo 'foral' incluido en la reforma estatutaria de 2006 «no puede alterar el techo competencial establecido en el art. 149.1.8 CE»; en que la expresión constitucional 'allí donde existan' alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, sin que tal preexistencia pueda valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, sino al tiempo de entrada en vigor de la Constitución. El único de esta suerte que preexistía en el territorio de la Comunidad Valenciana es el conformado por normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria por ser notoria la inexistencia de toda regla escrita que ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común⁸². En definitiva, las referencias constitucionales a la conservación, modificación y desarrollo de ese derecho civil previamente existente marcan la medida y límites de las competencias ejercitables, que es lo que habrá que examinar con vistas a apreciar la constitucionalidad o no de las normas promovidas por el legislador autonómico.

Así las cosas, siendo incuestionable que la Comunidad Valenciana posee competencia para positivizar su derecho consuetudinario, tal conversión normativa exige comprobar si las instituciones a las que se quiere dar rango legal pertenecen o no a su derecho consuetudinario. La carga de probar tal extremo (en el presente caso, la pervivencia y aplicación de especiales reglas en materia de relaciones paterno-filiales en vigor al tiempo de aprobarse la Constitución), que tiene por única excepción las costumbres notorias, ha de pesar sobre la propia Comunidad Valenciana, pudiendo hacer las veces la acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero conexas a ella. No es bastante, por tanto, una posible conexión entre los antiguos y derogados

⁸² Dice expresamente la Sentencia que «el art. 149.1.8 CE extiende la garantía de foralidad a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución Española, pero no a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha», de modo que en la Comunidad Valenciana «la costumbre es susceptible de legislarse, de tal modo que mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el derecho consuetudinario puede pasar a ser derecho legislado», si bien «es indispensable que cualquier institución jurídica civil, haya sido recogida por norma positiva o por norma consuetudinaria, respecto a la cual se pretenda emprender la tarea legislativa sin exceder de la competencia contemplada en el art. 149.1.8 CE, tenga previamente acreditada su existencia en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española».

Furs del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la ley impugnada, pues lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión, cuestión que en modo alguno ha resultado demostrada, lo que conduce inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley.

En cuanto al alcance de la declaración, tiene efectos *ex nunc* al establecer que «no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la LCV 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores –independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico–, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución».

iv) El voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos a las tres Sentencias: una nota crítica

El Magistrado disidente, frente al criterio formulado por el resto, entiende que la competencia legislativa de la Comunidad Valenciana en materia civil se ha visto sustancialmente alterada a raíz de la reforma estatutaria del 2006, en esencia por el mandato de la Generalitat allí contemplado de que se recuperen los contenidos de los Fueros del histórico Reino de Valencia con la consecuente acomodación de su tenor a la Constitución española, lo que permite adicionar a la expresión Derecho civil valenciano el adjetivo ‘foral’. Ello trae consigo, a su juicio, una ampliación de la competencia en la medida en que la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía, que en modo alguno ha sido declarada inconstitucional, impulsa precisamente «la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros»⁸³. Y ese mandato de actualización de los derechos histó-

⁸³ De la misma idea se muestra MOLINER NAVARRO, R., «Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª...», cit., 363 s. Es claro, sin embargo, que la delimitación de las competencias viene marcada por el texto constitucional y que a los Estatutos de Autonomía no queda más función que concretarla dentro de aquellos límites. Si la Constitución dice que sólo

ricos en el campo del derecho privado tiene relevancia en orden al ejercicio de la competencia legislativa en la medida en que aparece contenido en el texto estatutario, como así se reconoció en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Quizá la objeción más contundente que puede hacerse al fundamento del triple voto particular radica en el hecho de que el derecho foral valenciano (propriadamente los Fueros) no estaba vigente al promulgarse la Constitución por ser éste el criterio uniforme exigido por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, para Xiol Ríos ello carece de relevancia, puesto que precisamente «el concepto general de actualización de los derechos históricos, una vez admitido por la jurisprudencia constitucional, carece de sentido alguno en el marco del Derecho privado si no se entiende que puede referirse a sistemas no vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues para los que se hallaban vigentes en esta fecha no cabe hablar de actualización o recuperación de derechos históricos, sino simplemente de conservación de sistemas vigentes».

Esta consideración es ciertamente discutible a la luz de la doctrina constitucional vertida sobre el sentido de los términos ‘conservación’, ‘modificación’ y ‘desarrollo’, que simplemente dejan traslucir el propósito y fines de la acción normativa y que, en consecuencia, son perfectamente aplicables a sistemas jurídicos vigentes. En cambio, los términos presentes en el texto estatutario que trae a colación Xiol Ríos (‘recuperación’ y ‘actualización’), admitiendo el sentido que les da como asociados a sistemas jurídicos no vigentes, no están definidos por la Constitución como fines propios y autónomos de la acción normativa que puede acometerse desde las Comunidades Autónomas en sede de derecho civil. Podría establecerse todo lo más una equivalencia entre ‘modificación’ y ‘actualización’ (sí mencionada en la Disposición Adicional Primera de la Constitución), que desde luego puede también llevarse a cabo a propósito de sistemas jurídicos vigentes, siendo que no de los fines de modificar

se puede legislar para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil propio que sea existente en una determinada Comunidad Autónoma, las muchas declaraciones que contiene el Estatuto de Autonomía no son bastante para alterar la realidad histórica de una derogación que nadie cuestiona y que circunscribe la acción legislativa de la Generalitat a aquella parte de su derecho efectivamente vigente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución. El adjetivo ‘foral’ no permitía adivinar de entrada que se pretendía legislar sobre los contenidos de los antiguos Fueros, pues bien podría entenderse su inclusión a la luz del reconocimiento que el Tribunal Constitucional hizo en la Sentencia 121/1992 de un derecho foral (de época foral) valenciano, si bien de raigambre consuetudinaria.

algo es precisamente actualizarlo. Por el contrario, el propósito de ‘recuperación’, que no contempla el texto constitucional, habría de quedar circunscrito a sistemas jurídicos no vigentes y la referencia de la Disposición Adicional Primera a que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» nada hace pensar que comprenda los no vigentes. En este punto, por tanto, resulta patente que hay un exceso en la concreción de la competencia, que ha de circunscribirse sólo a conservar, modificar y desarrollar, no a recuperar lo derogado.

Prosigue Xiol Ríos su argumentación, significando que la interpretación constitucional del ‘allí donde existan’ como equivalente a la vigencia de los derechos forales al tiempo de promulgarse la Constitución abona «una concepción restrictiva de los derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o ‘por ahora’ en los territorios donde ‘subsistan’ (...)», que en modo alguno se compadece con la Constitución, que concibe los derechos forales como parte de la competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas, frente a la competencia exclusiva que se reserva al Estado en ciertas materias frente a tales derechos.

Puede aceptarse desde luego que tal expresión destila «una concepción restrictiva de los derechos civiles territoriales» en el sentido de que el marco político y territorial de las actuales Comunidades Autónomas en modo alguno puede relacionarse con una identidad propia y diferenciada de todas y cada una de ellas (las diecisiete) en el ámbito del derecho civil. Territorios con derecho civil propio, vigente o derogado, son sólo unos pocos. Pero no creo que pueda sostenerse que la interpretación constitucional del ‘allí donde existan’ abona una consideración de los derechos forales como algo residual y abocado en un futuro más o menos próximo a su desaparición, cuestión ésta que dilató en su momento la promulgación del Código civil y que quedó finalmente superada.

Concluye Xiol Ríos su voto particular señalando que «no existe óbice alguno para admitir que no se opone al artículo 149.1.8 CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, aun cuando no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sea posible calificarlo como sistema de Derecho privado efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia».

Ciertamente, siendo que la función del art. 149.1.8 de la Constitución no es precisamente dispensar o no reconocimientos a sistemas jurídicos forales, sino proclamar la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia de

derecho civil con las salvedades expuestas, podemos coincidir con Xiol Ríos en que el reconocimiento que ha hecho el Estatuto de Autonomía al derecho privado foral valenciano no contraviene la Constitución. Otra cosa distinta es reconocerle un valor jurídico pleno a todo lo que la disposición encierra, donde se combinan realidades efectivas (la reserva de competencia legislativa sobre derecho civil foral valenciano a favor de la Generalitat, que se ejercerá al amparo de la Constitución Española) con aspiraciones programáticas de carácter político (recuperación de la normativa foral del histórico Reino de Valencia con el propósito de emprender su actualización). Nada de inconstitucional tiene reconocer la competencia que la Generalitat ostenta sobre la materia, máxime cuando se dice expresamente que se ejercerá al amparo de la Constitución, que es tanto como decir que se asume y respeta la doctrina constitucional vertida hasta la fecha sobre el derecho foral valenciano y sus límites; como tampoco merece el reproche de inconstitucionalidad una declaración tan insólita como la de tener por recuperado un conjunto normativo tan difuso como 'la normativa foral del histórico Reino de Valencia', acto jurídica y políticamente tan trascendente que no se entiende el ropaje formal de una Disposición Transitoria para su formulación, sino fuera quizá con el propósito de que una semejante manifestación pudiera pasar discretamente de puntillas. Más bien el reproche de inconstitucionalidad, como ha acontecido, habría de quedar reservado para esas manifestaciones concretas de ejercicio de la competencia con vistas a la recuperación y actualización del contenido de los Fueros de Valencia carentes de vigencia al tiempo de promulgarse la Constitución. A este respecto, concluye su voto particular Xiol Ríos, poniendo de relieve cómo el Tribunal Constitucional sólo reconoce «un derecho consuetudinario valenciano que tiene el valor de Derecho foral desde el punto de vista del artículo 149.1.8 CE». Así delimitado, resulta posible el ejercicio de la competencia normativa, no sólo en términos de conservar y modificar ese derecho consuetudinario de raigambre valenciana, sino de desarrollarlo para hacer así posible su crecimiento orgánico, actualización y vitalidad hacia el futuro «mediante la regulación de materias que guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil»⁸⁴. En modo alguno tiene encaje constitucional

⁸⁴ A este respecto, apunta el magistrado de forma un tanto sorprendente que «no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legisla-

aquellas concreciones normativas que persigan la recuperación de un conjunto derogado carente de vinculación con el subsistente en el plano consuetudinario. Si así lo hubiera querido el constituyente, hubiera añadido el sustantivo ‘recuperación’ al art. 149.1.8 de la Constitución.

e) *Perspectiva de futuro para el derecho civil valenciano*

Pronunciamientos del Tribunal Constitucional tan contundentes en tan breve plazo de tiempo permiten anticipar la suerte de las normas de derecho civil que las Cortes Valencianas puedan gestar en el ejercicio de su competencia estatutaria en el futuro, si no orientan sus esfuerzos por la senda de la conexión de su contenido normativo con un derecho consuetudinario que hubiera podido subsistir al decreto abolicionista de los Fueros de Valencia, habiendo asimismo conservado su vigencia hasta nuestros días⁸⁵.

La competencia que el Tribunal Constitucional reconoce atribuida a las Cortes Valencianas puede considerarse ya agotada con la promulgación de la

do». ¡Qué duda cabe que esto hubiera salvado a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y subsiguientes de la declaración de inconstitucionalidad! Lo cierto es que Xiol Ríos no deja caer la más mínima ilación que pudiera establecerse entre la disciplina del régimen económico matrimonial y las materias de entronque consuetudinario que hasta la fecha han sido objeto de positivización y reconocimiento constitucional. E incluso a ello han visiblemente renunciado los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana en su intento de obtener la desestimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación, por lo que la observación ha de tenerse por ociosa.

⁸⁵ Por lo que se refiere a las normas declaradas inconstitucionales, no había en su parte sustantiva ninguna vinculación con la cuestión foral ni tampoco invocación alguna a una supuesta idiosincrasia diferenciada y subsistente de los valencianos para disciplinar estos particulares aspectos atinentes al derecho de familia. Tan sólo en la Exposición de Motivos de la Ley autonómica que regulaba la custodia compartida se reiteraba el «salto cualitativo en materia competencial» que había supuesto la reforma del Estatuto de Autonomía, con explícita referencia a los renovados bríos con los que se hacía valer esta competencia para legislar sobre Derecho civil valenciano, todo ello con la pretensión última de elaborar «un futuro Código de Derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen». Se hace así evidente cómo la invocación de los Fueros tiene un componente instrumental y legitimador con la pretensión, ahora frustrada, de regular, no sólo instituciones jurídico-privadas tradicionales subsistentes en vía consuetudinaria y con difuso anclaje en época foral, sino de ejercitar en pie de igualdad y plenitud la competencia legislativa en materia de derecho civil, tal como vienen haciendo otras Comunidades Autónomas, que evidentemente han ido más allá de un conservar, modificar y desarrollar un derecho civil propio. *Vid.* a este respecto las críticas a estos excesos de YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los excesos autonómicos en el Derecho civil...», cit., 6 ss. y ID., «¿Por qué Cataluña puede y Valencia no?», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid* 68 (2016) 22 ss.

Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, siendo que no es previsible la emersión repentina de nuevas prácticas consuetudinarias subsistentes de alcance local o regional que pudieran ser objeto de positivización. Queda sólo la vía de las instituciones conexas, que, como decíamos, puede ser terreno propicio para el estudio y aportación de la ciencia jurídica regional.

Con independencia de consideraciones de orden político que puedan hacerse con un propósito eminentemente reivindicativo y, hasta si se quiere, de justicia material en pro de la superación de aquella afrenta de la que los valencianos de comienzos del siglo XVIII fueron víctimas⁸⁶, el criterio del Tribunal Constitucional formulado en las tres últimas Sentencias comentadas me parece impecable. Ciertamente, el largo lapso de tiempo transcurrido entre la reforma estatutaria de 2006, que no mereció por entonces el reproche de inconstitucionalidad en lo relativo a la ampliación de la competencia que se aventuraba, alimenta en el momento presente la incomprensión hacia sus consecuencias, que, sin embargo, consciente el Tribunal Constitucional de tan tardío pronunciamiento, quedan paliadas con una más que discutible declaración de inconstitucionalidad de inusitados efectos *ex nunc*, que salva de la incertidumbre a los muchos matrimonios que vieron nacido *ex abrogata lege* el régimen de separación de bienes como regulador de sus relaciones económicas⁸⁷.

⁸⁶ La expectativa de un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional con vistas a ampliar y dignificar el ejercicio de la potestad legislativa de los valencianos en materia de derecho civil a partir de un cambio de enfoque de la cuestión, orientándola quizá por la vía del respeto al principio de igualdad en el tratamiento que se ha de dispensar a todos los pueblos de España, no ha tenido lugar. Es más, el argumento es abiertamente rechazado en la STC 82/2016, de 28 de abril al decir 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 Constitución Española y del bloque de la constitucionalidad». Sobre esta invocación al principio de igualdad decía DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «La competencia legislativa civil de la Generalitat...», cit., 42 que «tal conclusión es, muy en particular para Valencia, contraria a la igualdad, como valor constitucional, y al respeto al desarrollo de la identidad de los pueblos de España como base y fundamento político de su condición de región o nacionalidad, y de su estructuración en Comunidades Autónomas titulares de la autonomía y el autogobierno constitucionales en el seno de la indisoluble unidad de la Nación española».

⁸⁷ *Vid.* a este respecto las críticas que se comparten de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Alto al Derecho civil valenciano», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 7 (2016) 26. En fundamento distinto se apoya, sin embargo, la eficacia *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad que afecta a la ley autonómica de la custodia compartida («el beneficio y protección del interés del menor»).

No parece que pueda ser otro, a la luz del vigente texto constitucional, el alcance de la competencia de la Generalitat para legislar en materia civil⁸⁸, en esencia conservar el vigente derecho civil valenciano consuetudinario a través de su formalización legal, dejando de ser derecho consuetudinario para convertirse en derecho legislado, sin perjuicio de las ulteriores modificaciones y desarrollos que, también en forma de leyes, puedan acometerse en el futuro para atender las exigencias que imponga la realidad económica y social de los valencianos. Aquel camino emprendido por el legislador autonómico en 2006, que perseguía dejar atrás viejas ataduras y miedos encastrados por los condicionantes políticos que rodearon la génesis del Estatuto de Autonomía de 1982, en definitiva sacudirse el complejo de inferioridad al que había abocado la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992 en torno a la entidad de nuestro derecho foral (de raigambre consuetudinaria por la falta de Compilación, queda ahora irremisiblemente truncado.

Retomando a modo de conclusión algunas de las ideas de D. Álvaro sobre el derecho foral, el cegamiento de las fuentes de producción del derecho foral valenciano y la imposición del derecho castellano ha traído por consecuencia la casi completa desaparición de aquellas particularidades. La potestad ordenancista, con el alcance expresamente derogatorio de sus decisiones, impulsó en su día, no sin resistencia, el paulatino cambio de objeto en la dedicación de los juristas valencianos hasta el punto de hacer de esa tradición jurídica valenciana una reliquia del pasado cultivada por muchos años por historiadores del Derecho. Esa resistencia puede reconocerse fruto de la integración combinada del deseo de las personas privadas de seguir celebrando ciertos negocios jurídicos arraigados en la conciencia social y, probablemente, del asesoramiento cauteloso de los prudentes del momento para su adecuado encauzamiento, haciendo así posible la conservación consuetudinaria de prácticas de la tradición foral valenciana que no vulneraban el derecho castellano por la vigencia del principio de libertad de pactos, más presente en el campo del derecho de obligaciones que, por ejemplo, en el que tiene por objeto regular los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y de la prole. De ahí que en este preciso ámbito no haya sido posible la supervivencia de singularidades jurídicas que poder conservar, modificar o desarrollar desde el ejercicio de la competencia legislativa en materia de derecho civil.

⁸⁸ En estos términos se expresaba el magistrado disidente en una entrevista en el *Diario Valencia Plaza* accesible en el siguiente enlace: <<http://valenciaplaza.com/la-comunitat-no-podra-tener-derecho-civil-propio-si-no-se-cambia-la-constitucion>>.