

LOS DERECHOS FORALES COMO DERECHOS HISTORICOS

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

SUMARIO: I. HISTORICIDAD Y NORMATIVIDAD EN LA CONSTITUCIÓN.—II. LA CUESTIÓN FORAL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978.—III. INTERPRETACIONES FORALISTAS Y REGIONALISTAS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.—IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—V. EL GIRO HISTORICISTA DE LA JURISPRUDENCIA.—VI. LA POSICIÓN HISTORICISTA DE LOS LEGISLADORES AUTONÓMICOS.—VII. LA DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO.—VIII. LA FUERZA NORMATIVA DE LOS HECHOS.—IX. LA TERRITORIALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN.—X. CONCLUSIONES.

I. El artículo 149.1.8.^a de la Constitución ha sido calificado por la doctrina como muestra, no precisamente única aunque sí relevante, de la apertura de la norma suprema a la historicidad (1). Pero la varia doctrina y cambiante jurisprudencia dan testimonio de los numerosos problemas, más planteados que resueltos, por dicha apertura de la Constitución a una realidad que, en principio, le es ajena (2). Una aproximación sistemática al mencionado precepto constitucional saca a luz las antinomias entre la historicidad propia del foralismo y la racionalidad que se supone inherente al constitucionalismo y su dog-

(1) Siguiendo a HÄBERLE (*Verfassung als öffentlicher Prozess. Materiellen zu einer Verfassungs- theorie der offene Gessellschaft*, Berlín, 1978) así lo ha entendido en nuestra doctrina Lucas Verdú con referencia a las cláusulas forales («Penetración de la historicidad en el ordenamiento constitucional español. El artículo 149.1.8.^a y la Disposición Adicional Primera de la Constitución», *Primer Congreso de Derecho Vasco. La actualización del Derecho Civil*, Oñati, 1983, págs. 19 y sigs. recogido en *Curso de Derecho Político*, IV, Madrid, 1984, págs. 705 y sigs.). Cfr. del propio LUCAS: *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, 1993.

(2) Tal es la antítesis cuya versión histórica ha expresado B. CLAVERO en un significativo título, *El Código y el Fuero*, Madrid, 1983. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE: *Constituciones y códigos*, Madrid, 1989.

mática jurídica (3). Antinomias aún mayores cuando lo que se opone a la norma constitucional es una mera normatividad foral, olvidando que se trata de la cumbre emergente de una facticidad social y política. Así, el texto constitucional se muestra desbordado, en el propio bloque de constitucionalidad, por los diferentes Estatutos; los intérpretes se separan de él en uno u otro sentido; la doctrina legal sobre él construida resulta contradictoria consigo misma y, a su vez, superada por la fuerza normativa de los hechos políticos; y las diferentes construcciones doctrinales suelen avocar a resultados no queridos por sus propios mantenedores.

A mi juicio, las antinomias creadas por la irrupción de la historicidad en la normatividad, sólo pueden ser resueltas con mayores dosis de aquélla. Esto es, elevando la historicidad a clave del sistema, sobre la base de convertir en fundamento y consiguiente criterio interpretativo del artículo 149.1.8.^a CE la cláusula definitoria contenida en la Disposición Adicional Primera de la propia Constitución y lo que ello, como se verá, supone. Así lo había apuntado la propia doctrina civilista aragonesa (4) y a ello parecía inclinarse el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias sobre la cuestión, cuando afirmaba que dicha Adicional se refiere tanto a «una peculiar forma de organización de los poderes públicos», como a «un régimen jurídico propio en otras materias» (Sentencia 76/1988, de 26 de abril, FJ. 2.^o), que, lógicamente, no puede ser otra cosa que las materias de derecho privado a las que se refiere el artículo 149.1.8.^a Pero en la más reciente Sentencia 88/1993 el Tribunal ha invertido su posición para afirmar que «el sentido de la Disposición Adicional primera de la Constitución no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8.^a y en la Disposición Adicional Segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional.. de algunas peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación» [FJ. 1.b)]. Esto es, si la primera Sentencia citada incluía entre los Derechos Históricos amparados y respetados, la foralidad civil, junto con la político-administrativa, la segunda Sentencia la excluye expresamente. Una vez más la doctrina del supremo intérprete constitucional es tan oscilante que no sirve para resolver problema alguno sino, más bien, para plantearlos.

Superar esta situación requiere, tras reconstruir esquemáticamente el plan-

(3) MARTÍNEZ Y VÁZQUEZ DE CASTRO: *Pluralidad de Derechos Civiles españoles. El artículo 149.1.8.^a de la CE*, Madrid, 1997, obra ejemplar muy presente a lo largo de este trabajo.

(4) Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA: «Los Derechos Civiles Forales en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, 1979, o LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, Madrid, 1982, I, 1.^o, pág. 109.

teamiento de la cuestión foral en España hasta llegar al artículo 149.1.8 CE, hacerse eco de sus diferentes interpretaciones doctrinales y de las cuestiones a ellas inherentes, examinar la doctrina legal decantada al hilo de la cuestión y el giro historicista que, por impacto de la realidad política, dicha doctrina legal acusa. Solamente la culminación de ese giro historicista permitirá obtener unas conclusiones jurídicamente lógicas y políticamente coherentes con la realidad.

II. Es bien conocida la evolución de la cuestión foral, de la que aquí sólo cabe mencionar la inflexión supuesta por el artículo 13, introducido en el Código Civil en su reforma de 1974. En efecto, es sabido que el artículo 12 del viejo Código Civil de 1889 preveía la subsistencia, provisional y restrictiva, de los derechos Forales. Así lo ha subrayado reiteradamente la doctrina de la época. La meta era la elaboración de un Código Civil general para la cual los derechos Forales subsistentes eran mera materia prima a codificar en Apéndices, primero, y Compilaciones después. Tal fue el criterio solemnemente reafirmado en el Congreso de Zaragoza de 1946.

Sin embargo, culminada la labor compiladora, la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 lleva a una nueva versión del artículo 13 que contempla «el pleno respeto de los derechos especiales o Forales de las provincias o territorios en que estén vigentes». La vigencia se opone así a la subsistencia, el pleno respeto a la provisionalidad, y la generalización territorial se intuye como alternativa a la peculiaridad local.

Es a este criterio al que respondió el constituyente de 1978 al prever en el mencionado artículo 149.1.8.^a «la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles Forales o especiales», incluido el respeto a su propio sistema de fuentes. Si en un primer momento del proceso así esquematizado, el derecho Foral estaba destinado a diluirse en un Código Civil general, y en un instante ulterior el pluralismo de los derechos forales se reconoce como situación definitiva, al final de dicho proceso se restablece la dinámica histórica de dichos derechos que no sólo han de conservarse, sino que pueden modificarse y desarrollarse por el legislador autonómico. Así lo reconoció el Congreso de Juristas de Zaragoza de 1981. Las cláusulas forales del Título Preliminar del Código Civil, cuyo valor constitucional ha tiempo fue subrayado, serían como la famosa escalera de Witgenstein, un instrumento útil en su momento, pero ya obsoleto (5). Ahora bien, los problemas interpretativos crecen con la nueva fórmula, empezando por el propio alcance de la misma.

(5) Así lo señalé con ocasión de la reforma del Código Civil de 1974 (cf. *Revista de Estudios Políticos*, 1974, núm. 198, en especial págs. 198 y sigs.) y sobre ello se ha insistido mucho

III. De acuerdo con Luis Martínez (6), las posiciones doctrinales en torno al significado y alcance del artículo 149.1.8 CE pueden sistematizarse en dos grandes grupos: las foralistas y las autonomistas o regionalistas.

Las primeras estiman, expresa o tácitamente, que la disposición en cuestión es una garantía institucional de la foralidad. Sus posiciones pueden ir desde un mínimo, según el cual las Comunidades Autónomas en que «exista» derecho Foral a la entrada en vigor de la Constitución son una especie de usufructuarias de los respectivos derechos forales compilados (7), hasta un máximo de acuerdo con el cual la previa existencia de foralidad sirve para atribuir competencias en materias civiles no expresamente excluidas por el propio artículo 149.1. CE a desarrollar de acuerdo con los principios del propio derecho Foral (8). Para la primera de estas posiciones, el *modificar* y el *desarrollar* son meros instrumentos del *conservar*, que permiten, tan sólo, cambiar la forma de presentación. Para la segunda, lo que la Constitución hace es reabrir, mediante la competencia de desarrollar, las fuentes de producción y las posibilidades de autointegración de los derechos Forales, hoy meros residuos de lo que fueron o pudieron llegar a ser ordenamientos completos y omnicomprendivos. Y no faltan posiciones intermedias que, aun reconociendo la Autonomía de la «modificación» y el «desarrollo» respecto de la «conservación», estiman que aquellos han de ceñirse a lo supuestos institucionales de cada derecho Foral (9).

Por su parte, las tesis autonomistas engarzan, en su primera formulación, con el foralismo en cuanto hacen de la previa existencia del derecho Foral la condición de atribución de competencia en materia civil plena, salvo la reserva en pro del Estado contenida en el último inciso de la norma constitucional. Pero, a la vez, consideran que la plenitud de dicha competencia cancela la foralidad y sirve de acta de nacimiento a otros tantos derechos civiles territoriales, en paralelo al derecho civil contenido en el Código (10).

(v. gr. LÓPEZ JACOIST: «Constitucionalismo y Codificación civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, Madrid, 1978, pág. 601, o ARCE: *El Derecho Civil Constitucional*, Madrid, 1986). Sobre la superación de la normativa civil, LACRUZ BERDEJO: «El ocaso del artículo 13 —antes 12— del Código Civil», *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*, Oñati, 1983, págs. 265 y sigs. Cfr. los comentarios a los artículos 13 y 15 de BERCOVITZ en *Comentarios del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

(6) *Op. cit.*, págs. 26 y sigs., con las muy eruditas referencias allí contenidas.

(7) V. gr. GARCÍA AMIGO: «La competencia legislativa civil según la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 434 y sigs.

(8) V. gr. DELGADO ECHEVARRÍA: «Los derechos civiles forales en la Constitución», *cit.*, págs. 323 y sigs.

(9) V. gr. LASARTE: *Principios de Derecho Civil*, I, Madrid, 1992, pág. 55.

(10) V. gr. lo expresa MALUQUER DE MONTES: «Del artículo 149.1.8.º de la Constitución al ordenamiento civil catalán» (*Derecho Privado y Constitución*, 1993, I, págs. 125 y sigs.) «porque

La garantía de la foralidad de los foralistas se hace excusa foral en los autonomistas; pero la nota común a ambos es la consideración del artículo 149.1.8 CE como algo totalmente separado y ajeno a la Adicional primera. Si en un principio se pretendió dar a ésta un contenido iusprivatista, precisamente para enervar sus virtualidades jurídico-políticas (11), después se ha pretendido acantonarlas en las especialidades político-administrativas vascas y navarras con análoga intención reductora.

Foralismo y autonomismo suponen abordar y resolver en forma diferente los diversos problemas inherentes al artículo 149.1.8, empezando por los planteados por su exégesis literal.

Primero, el «allí» donde existan puede entenderse como la concreta localización espacial de cada derecho Foral, frecuentemente no coincidente con el territorio de toda la Comunidad, como *v. gr.* es el caso vasco, o como el territorio todo de la Comunidad en cuestión en cuanto límite de una vigencia territorial coexistente a la competencia de la Comunidad Autónoma —*v. gr.* Galicia—. Los foralistas más conservadores optaran por la primera solución, los regionalistas sin duda por la segunda, mientras que quienes ponen el acento en el desarrollo orgánico de la foralidad también atribuirán al legislador civil autonómico la potestad de determinar los límites de la vigencia espacial de aquella. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

Segundo, la «existencia» de la foralidad puede identificarse con las Compilaciones en vigor a la hora de promulgar la Constitución, con derechos históricos no compilados, con derechos consuetudinarios coexistentes a la Compilación e incluso con derechos consuetudinarios en territorios sin Compilación, hasta ahora no calificados de forales. También aquí el foralismo más conservador se atenderá a la primera solución, abandonada paulatinamente por las posiciones más historicistas y el regionalismo inspirará las opciones estatutarias de los territorios no forales, en pro de la competencia autonómica sobre su propio derecho civil consuetudinario.

Tercero, como dije antes, la actitud foralista pone el acento en la foralidad existente, compilada o consuetudinaria, ya sea para conservarla ya para desarrollarla orgánicamente, mientras que el autonomismo lo hace en la competencia para legislar sobre materia civil.

la autonomía política conduce a la autonomía civil» (MEILÁN-RODRÍGUEZ ARANA: «Derechos Forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, págs. 19 y sigs.) A mi juicio, la aportación fundamental es la de Encarna Roca, cuyos trabajos se citan más adelante.

(11) Así TOMÁS Y VALIENTE en *Sistema*, núm. 31, 1979, págs. 3 y sigs.

La posición foralista es, sin duda alguna, la más fiel a la normativa constitucional. Así se deduce de su literalidad —«la conservación, modificación y desarrollo... de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan»—, de su relación con el contexto —las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil del artículo 149.1 CE y la concordancia con el artículo 13 CC— y los antecedentes históricos y legislativos —los trabajos del constituyente y la oposición de la solución adoptada en 1978 frente a la regionalista del texto antiforal de la Constitución de 1931— (12). Por eso no es de extrañar su consagración por la doctrinal legal del Consejo de Estado y varias Sentencias del Tribunal Constitucional y a ella rinden tributo, cuando menos retórico, los diferentes legisladores autonómicos.

Sin embargo, como más adelante se verá, las conclusiones de dicha opción en pro del desarrollo orgánico de la foralidad y de la inclusión en la misma de los derechos consuetudinarios, exista o no Compilación, carecen por sí mismos de fundamento lógico y consiguientemente, de coherencia. Otro tanto ocurre cuando se trata de poner límites diferentes según las Comunidades, al correspondiente desarrollo de su foralidad. La mera versión historicista del artículo 149.1.8.^a CE adolece de un déficit de historicidad.

Por su parte, la opción autonomista, aparte de su rechazo por el Tribunal Constitucional llega a curiosas conclusiones no queridas, sin duda, por sus más ilustres defensores. Si atendemos a la doctrina catalanista sobre la cuestión, la plenitud de competencia de la Generalitat sobre el derecho civil, asumible con los solos límites del artículo 149.1.8.^a, *in fine*, en virtud de las previsiones que al Estatuto de Autonomía abre el artículo 149.3 CE (13), hace de éste, no un derecho Foral, sino el derecho civil de Cataluña que se corresponde con el hecho nacional catalán (14). Pero, una vez que la foralidad se toma como mero pretexto y se prescinde de todo supuesto institucional previo que justifique el desarrollo, lo mismo pueden invocar Comunidades Autónomas tan poco diferenciales como Extremadura. Y la reducción de la norma competencial de primer grado en favor del Estado al último inciso del artículo 149.1.8.^a, en relación con el artículo 149.3, al poner el acento en la atribución competencial

(12) Cfr. ARCE: *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Madrid, 1978, págs. 13 y sigs. En cuanto a los trabajos preparatorios, comparar el artículo 138.1 del Anteproyecto de 5 de enero de 1978 y el artículo 141.8.º del Proyecto de 17 de abril.

(13) Cfr. ROCA I TRIAS: «Prólogo» a *Compilaciones y leyes de los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, 1993, pág. 252.

(14) Cfr. ROCA I TRIAS: «El Código Civil y los derechos nacionales, en especial el derecho civil catalán», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, págs. 511 y sigs., y «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», *Ibid.* 1979, págs. 7 y sigs.

estatutaria, equipara potencialmente el caso catalán con el asturiano o murciano, algo de todo punto incorrecto porque la realidad subyacente de la que el derecho surge es diferente. No será ésta la única vez en que el catalanismo, cuando pretende fortalecer sus legítimas pretensiones generalizándolas, yerre el camino (15).

En consecuencia, ni el foralismo puede explicar que al hecho nacional catalán corresponda un derecho civil propio que no corresponde a Extremadura, ni el autonomismo puede justificar los hechos jurídicos diferenciales, ni el puro hipotético decisionismo de un legislador civil se compadece con la innegable historicidad de la propia diferencia en la que insiste, por otra parte como más adelante expondré, el propio legislador civil autonómico. Así se pone de manifiesto al analizar la doctrina legal construida sobre el artículo 149.1.8.^a CE y sobre lo que cabría denominar el desarrollo estatutario de este precepto y su puesta en práctica legislativa y política.

IV. El Tribunal Constitucional ha ido decantando una doctrina en torno al artículo 149.1.8.^a CE que responde a la opción foralista más atrás expuesta y que, en consecuencia, adolece de las virtudes y carencias de la misma. A través de cuatro Sentencias (16), el supremo intérprete de la Constitución entiende:

Primero, que el último inciso del artículo 149.1.8.^a CE no es una norma competencial de primer grado en virtud de la cual el Estado tenga una competencia exclusiva sobre determinadas materias, más allá de la cual las Comunidades Autónomas con competencias sobre el derecho civil puedan asumir todas las demás (Sentencia 156/1993). La norma competencial de primer grado es la atribución por el artículo 149.1.8.^a como exclusivas del Estado, cuanto al derecho civil se refiere, regla exceptuada sólo en el supuesto del inciso segundo de la misma regla 8.^a, al cual sirve de límite el inciso tercero y último del mismo texto. Ello supone el rechazo de las tesis autonomistas o regionalistas.

Segundo, que la remisión a la existencia de foralidad contenida en el citado precepto «alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución si-

(15) Este era ya el error de Almirall y de todos los federalistas a juicio de PRAT DE LA RIBA (*La Nacionalitat Catalana (1906)*, II, cito por la ed. de Edicions 62 i la Caixa, Barcelona, 1978, págs. 35-37). Así, ROCA I TRIAS: *Derecho civil. Parte General*, Valencia, 1993, pág. 65.

(16) Se trata de las SS 121/1992, de 28 de septiembre (arrendamientos históricos valencianos); 182/1992, de 16 de noviembre (arrendamientos rústicos de Galicia); 88/1993, de 12 de marzo (hijos adoptivos de Aragón); 156/1993, de 6 de mayo (Derecho civil balear).

no también a normas civiles de ámbito regional o local y formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados sin duda, los que se situaron como referencia especial 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 respectivos Estatutos» (STC 121/1992, FJ. 1). Tesis que se repite poco después, de manera que «la conservación, modificación y desarrollo del propio derecho civil puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigente en el respectivo territorio autonómico..., pues en la idea de institución jurídica se integran o pueden integrar con naturalidad posibles normas consuetudinarias» (STC 182/1992, FJ. 3).

Esto es, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la existencia de la foralidad a que se refiere la norma constitucional en cuestión abarca tanto la foralidad compilada como la foralidad consuetudinaria. Ahora bien, de ahí deriva otro problema porque hay derecho consuetudinario en territorios que nunca han sido tenidos como forales y, sobre la base de su existencia, los Estatutos de Asturias, Valencia y Murcia atribuyen al legislador autonómico competencias en materia civil (17). Otro tanto hace el Estatuto de Extremadura aunque, como es sabido, el Fuero del Baylío es considerado por gran parte de la doctrina como derecho Foral clásico (18).

Dejando al margen el caso valenciano, que por las razones expuestas a continuación puede situarse en una posición intermedia en la que, significativamente, coinciden realidad social, génesis estatutaria, competencias y desarrollo legislativo civil, los términos empleados por los otros Estatutos mencionados son prudentes y el legislador autonómico lo ha sido aún más, puesto que no ha actuado en la materia. Pero la doctrina se encuentra dividida y si la mayoría se inclina por una interpretación restrictiva por considerar que no todo el derecho

(17) «El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del derecho consuetudinario asturiano» (art. 16, EA Principado de Asturias); y «La Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región» (art. 8 EA Murcia). En cuanto al EA Comunida Valenciana, artículo 31.2, incluye entre las competencias exclusivas de la Comunidad, «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano».

(18) «Corresponde a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su derecho consuetudinario» (art. 13 EA Extremadura). Aunque «parece el Fuero del Baylio un terreno abonado para las discrepancias» (Arce, *Constitución y Derechos Forales*, Madrid, 1978, pág. 41), la doctrina mayoritaria es favorable a esta condición —desde DE DIEGO: *Instituciones*, Madrid, 1930, II, pág. 385, hasta ALBALADEJO: *Derecho Civil*, Barcelona, 1975, pág. 66. Y otro tanto ha hecho la jurisprudencia, desde la STS de 8 de febrero de 1982 hasta la S AP Cáceres de 2 de noviembre de 1989. Cfr. BORRELO: *Fuero del Baylío. Estudio Histórico-Jurídico*, Badajoz, 1915.

consuetudinario es necesariamente foral (19), hay posiciones muy autorizadas en sentido contrario y nadie ha impugnado la asunción de competencias realizada por los Estatutos mencionados sobre la base del artículo 149.3 CE (20). Más aún, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre los arrendamientos rústicos valencianos (Sentencia 182/1992) y la recepción de su doctrina por la jurisprudencia civil, parecería lógico aceptar la tesis favorable a la asunción de competencias en materia civil sobre la existencia de costumbres en territorios hasta ahora no forales.

En efecto, tal era, desde 1707, el carácter del antiguo Reino de Valencia y como tal ha sido tenido por la jurisprudencia y la doctrina antes y después del Código Civil (21). Pero ello no ha sido óbice para que las previsiones del artículo 149.1.8.^a hayan servido para que la Comunidad Valenciana asuma competencias sobre el derecho civil valenciano de índole exclusivamente consuetudinaria dada la derogación de su derecho Foral escrito. Y, sin embargo, es evidente que el caso valenciano y el murciano no son análogos, cualquiera que sea la estructura formal de sus previsiones estatutarias y, en cambio, sí lo son el murciano o el asturiano y el extremeño por más que, para muchos, el Fuero del Baylío constituyera una institución foral en el sentido del Código Civil y del artículo 149.1.8.^a, estrictamente interpretado, y ni Asturias ni Murcia fueran nunca territorios forales. Algo, pues, debe haber más allá de las previsiones constitucionales comentadas. Una vez más es preciso recordar que una buena interpretación jurídica ha de responder al llamado «canon de consonancia» y poner en sintonía el sentido de la norma con la realidad extrajurídica, puesto que ambas son perspectivas sobre la misma vida. No otro es el criterio del Código Civil cuando remite el intérprete a la «realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas» (art. 3 CC). Y la realidad diferencial murciana no es la valenciana, ni ésta la catalana.

Tercero, en cuanto al alcance de las competencias autonómicas sobre el derecho civil, el Tribunal ha glosado los términos «conservación, modificación y desarrollo» utilizados por la Constitución (22).

Así, el concepto constitucional de «conservación» permite la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras nor-

(19) V. gr. ELIZALDE: «El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pág. 421.

(20) AROZAMENA: «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8.^a de la Constitución», *Actualidad Civil*, núm. 35, págs. 2.181 y sigs.

(21) Cfr. GARCÍA SANZ: *Fuero de Valencia*, Barcelona, 1970-1985.

(22) Véanse las diversas aportaciones contenidas en el volumen I de *Derecho Privado y Constitución*, 1993.

mas 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 (SSTC 88/1993, FJ. 2.º, y 121/1992, FJ. 1.º). Conservar, por tanto, implica transformar formalmente el derecho Foral, de derecho estatal especial en derecho Foral propio. Así resulta claro en el caso navarro, donde el Fuero Nuevo, de Ley estatal paccionada en su versión de 1973, se convierte en norma foral sometida, en cuanto a su revisión, no a un pacto, sino a una reserva de Ley foral (23).

En cuanto a «modificación», ha de entenderse por tal la que se realiza a costa de las normas forales ya existentes (Sentencia 156/1993). Esto es, modificación supone un cambio, sin extender el ámbito de la regulación ya cubierto por las normas forales modificadas.

Respecto del «desarrollo», la Constitución permite que los derechos civiles, especiales o forales, preexistentes, puedan ser objeto, no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos pre constitucionales.

Sin duda la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación. El desarrollo de los derechos forales civiles 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 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 (Sentencia 88/1993).

El Tribunal señala que esta capacidad de desarrollo no significa «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*, dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8.ª, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar». Y ello plantea una doble reserva: a la competencia exclusiva que al Estado atribuye el artículo 149.1.8.ª sobre legislación civil, se añade la competencia ex-

(23) DELGADO ECHEVARRÍA Y DE PABLO: «El Derecho Civil Foral en el Amejoramiento», en MARTÍN RETORTILLO: *El Derecho Público Foral de Navarra*, Madrid, 1991, en especial págs. 578 y sigs.

clusiva de las Autonomías sobre lo que es conservación, modificación o desarrollo y a ésta una concreción en el sentido orgánico atrás expuesto. En otros términos, regular aspectos conexos, regular una institución ya existente e, incluso, crear nuevas instituciones que se correspondan al espíritu y sentido del ordenamiento en cuestión.

Ahora bien, esta concepción del desarrollo plantea dos graves problemas, que el mero foralismo es incapaz de resolver. Por una parte, la ambigüedad de la noción misma de «instituciones conexas», con razón calificada de clave explicativa, a la vez que limitativa del término «desarrollo» (24), pero cuyo alcance mediato o inmediato y cuya localización temporal, en el momento de promulgarse la Constitución, más atrás o después, es decir, al hilo del mismo desarrollo, son cuestiones que habrá que resolver caso a caso. ¿Sobre qué base?

Por otro lado, la índole garantista de la norma constitucional analizada. En efecto, el artículo 149.1.8.^a no es sólo una norma competencial, sino una garantía institucional de la foralidad, vinculadas ambas por una misma finalidad de tutela del hecho diferencial que la foralidad supone y que proyecta su protección en dos direcciones.

De una parte, frente al Estado. La conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales ya no es competencia estatal sino autonómica. Lo que es propio de un pueblo determinado no podrá ser manipulado por terceros desde Madrid. Late ahí la vieja y más que justificada desconfianza de los foralistas, los del siglo pasado y los de éste, a que la manipulación de los derechos forales por el legislador estatal sea la vía para su extinción, como estuvo a punto de ocurrir al hilo de algunas Compilaciones (25). Cuando el legislador era único se multiplicaron las garantías políticas (26), nunca suficientes ante la omnipotencia de la ley y, por ello, en el caso navarro se buscaron soluciones por la vía del pacto (27). Ahora, cuando los pueblos en cuestión han recuperado representación propia, poder legislativo y auto-

(24) Cfr. BERCOVITZ: *Derecho Privado y Constitución*, citado, pág. 15; COCA PAYERAS: «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, págs. 163 y sigs.

(25) Así dice el legislador vasco de 1992: «La legislación foral estuvo en vigor en su plenitud hasta la Compilación de 1959, que en muchos aspectos la cortó y limitó... Compilación realizada en tiempos de la dictadura» (Ley 3/1992 de 1 de julio, Exposición de Motivos, Análisis de la Ley, Lib I).

(26) Cfr. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Ed. Castán, Madrid, s.a, véase Introducción.

(27) Fuero Nuevo, Disposición Adicional primera hasta su derogación por el artículo 48.2 del Amejoramiento. Promulgación mediante Ley de Prerrogativa.

mía ordinamental, a ellos se encomienda la administración de su propio patrimonio jurídico.

Pero si la atribución de competencias protege frente al Estado, la garantía institucional protege la foralidad ante el propio legislador autonómico. En efecto, el Tribunal subraya que la capacidad de desarrollar los derechos forales no significa «una competencia legislativa civil ilimitada... dejada a disposición de las Comunidades Autónomas que ... no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido por vía competencial garantizar» (Sentencia 88/1993, FJ. 3.º). En otras palabras, el legislador autonómico puede desarrollar el derecho Foral, pero no puede destruirlo; puede acomodarlo a los cambios sociales y económicos, en resumen actualizarlo, pero no puede renunciar a él. Esa es la esencia de la garantía institucional (28). ¿Por qué procede en este caso? ¿Y cuál es la esencia indisponible de la foralidad?

V. La serie de problemas más atrás subrayados no parecen tener respuesta en los límites del artículo 149.1.8.ª CE. Requieren algo que lo trascienda y en cuya virtud se explicita y explique por qué se tutela la foralidad incluso frente al legislador autonómico, que puede entenderse por instituciones conexas a efectos del desarrollo legislativo de aquella, por qué unos derechos consuetudinarios son forales a efectos del artículo 149.1.8.ª y otros no, al margen de la categoría civil clásica, y, en último término, cómo puede vincularse al hecho diferencial nacional un derecho civil propio cuya raíz foral es indeclinable y que no puede parangonarse con otros derechos Forales o especiales.

A mi entender, la buena vía, si no la solución correcta, se encuentra en la propia interpretación jurisprudencial del citado precepto constitucional, tal como se contiene en las Sentencias 121/1992 y 182/1992 relativas a los arrendamientos históricos valencianos y gallegos, respectivamente.

En efecto, tanto en Galicia como en el País Vasco el legislador autonómico, a la hora de abordar el desarrollo del propio derecho civil, había hecho cumplida referencia al derecho consuetudinario ajeno a las respectivas Compilaciones y que, a tenor de las mismas, debía darse por cancelado, según la ambigua fór-

(28) El TC afirma que «la garantía institucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder, la imagen identificable de ese régimen foral tradicional. Es este núcleo identificable lo que se asegura, siendo pues a este último aplicables los términos de nuestra STC 32/1981, de 28 de julio, cuando declaraba que, por definición, la garantía institucional no asegura un contenido concreto a un ámbito competencial determinado y fijado una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en el tiempo y lugar (FJ. 3)» (STC 76/1988). La aplicación de esta categoría a la foralidad civil en STC 88/1993, FJ. 1.b. Cfr. ARCE: *Op. cit.* y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 42.

mula de las adicionales primeras de varias de las Compilaciones. Que no fuera ese el caso demuestra que, en virtud del artículo 149.1.8.^a CE, las respectivas Comunidades Autónomas no sólo asumían competencias sobre derecho civil Foral allí donde éste existiese en el momento de entrar en vigor la Constitución, sino donde este hubiera existido aunque estuviese derogado, puesto que, en virtud de títulos que la regla constitucional en cuestión no explica, pero que da por supuesta, lo que la competencia trata de posibilitar es una tarea de recuperación. ¿Cuál podría ser este título?

Así lo entendió el legislador valenciano de 1986 a la hora de legislar sobre los arrendamientos históricos, e insistir en la tarea recuperadora de instituciones históricas. Como es bien sabido se trata de una institución consuetudinaria ancestral y viva en la actualidad, fruto de la adaptación de viejas normas forales al derecho civil castellano vigente tras la abolición de los Fueros en 1707. Y, como también es sabido, si no parece dudosa la vigencia de tales formas arrendaticias al amparo de la libertad de pactos propia del derecho castellano y después del Código Civil, también es claro que tales costumbres nunca habían sido tomadas por forales en el sentido del artículo 13 —antes artículo 12— del Código Civil. Sin embargo, los redactores del Estatuto de 1983 pensaron de distinta manera al vincular la competencia legislativa autonómica sobre el derecho civil valenciano del artículo 31.2 EA a las previsiones del artículo 149.1.8.^a CE y el mismo criterio siguió el legislador de 1986 cuando se remite a la Disposición Adicional Primera de la Ley estatal de 1980 sobre arrendamientos rústicos, respetuosa de los derechos Forales. Pero ha sido el Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia, a cuyos criterios se remitió, después, al tratar de los arrendamientos históricos gallegos, quien ha dado su máximo aval a esta triple interpretación proforalista —al hacer aplicable a Valencia las previsiones forales del artículo 149.1.8.^a CE—, proconsuetudinaria —al equiparar costumbre y derecho escrito compilado a efectos de constar la existencia como condición de la competencia, a tenor del mismo precepto— y prohistoricista —al insistir en la recuperación de lo anterior, tanto como en el desarrollo de lo existente—.

El Tribunal no pudo ser más explícito. El enunciado del artículo 149.1. «permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrar en vigor 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». Y lo argumenta señalando que la competencia exclusiva atribuida a la Generalitat por el artículo 31.2 EACV sobre el derecho civil valenciano «no puede estimarse referida sino al derecho consuetudinario

que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita... que ordenara en dicho ámbito cualquier institución civil de modo especial respecto al derecho común» (STC 121/1992, FJ. 1).

La jurisprudencia ordinaria ha seguido en esto los pasos de la constitucional. Así, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad en su Sentencia de 12 de enero de 1995, aparte de reiterar y explicitar lo afirmado por el Tribunal Constitucional, insiste en que la Ley valenciana 6/1986 «debe interpretarse desde su fin perseguido y declarado en su preámbulo de ‘recobrar’ la institución» (29).

VI. Esta es la actitud común al legislador autonómico cuando aborda la conservación, modificación y desarrollo del respectivo Derecho civil. Al menos, las Exposiciones de Motivos harían las delicias de Savigny.

En efecto, por una parte, el legislador autonómico se declara historicista al considerar que las instituciones jurídicas han de ser fruto de la conciencia social, excluyendo así cualquier petrificación de las mismas, pero también cualquier evolución que rompa con la propia tradición jurídica.

Los legisladores catalán, balear o vasco son muy expresivos al respecto, al abordar «una labor delicada y que debe desarrollarse con el mayor respeto a la sociedad... [vasca] actual a la que ni se le puede privar de sus instituciones más queridas ni se les deben imponer las que estén carentes de arraigo, porque si en otras materias la necesidad puede imponer cambios drásticos, el derecho civil solamente avanza a través de la aceptación del pueblo y la asimilación general de sus instituciones» (30). El concepto constitucional de «desarrollo», tal como lo hemos visto acuñado por la doctrina y la jurisprudencia, se refleja, así, en su puesta en práctica por los legisladores autonómicos.

Ello lleva, por una parte, a la búsqueda y reconstrucción de instituciones históricas, tanto vetustas como más recientes, *v. gr.* en la Ley catalana sobre censos de 1990. Así, la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, sobre protección de menores, «hace referencia a la Junta de Parientes... contemplada en la Compilación del Derecho Civil de Aragón y que puede ser de gran utilidad a la protección». Y son frecuentes las remisiones del legislador catalán, balear o gallego, a las instituciones de su derecho Foral. Baste pensar, por ejemplo, en la Ley catalana 24/1984, de 28 de noviembre, relativa a los contratos de integración, y que se vincula al que la Compilación recogiera con la denominación de «soccitá». O la invocación que el legislador balear, al modificar por Ley de 28

(29) Sentencia 1/1995, de 12 de enero, Aranz., RJ 1995/417, Cfr. STSJ 3/1995, de 25 de mayo.

(30) Ley 3/1992, de 1 de julio, Exposición de Motivos.

de junio de 1990 la correspondiente Compilación, hace al Estyl 11 de las Ordenaciones de Mosén Erill de 1344, para explicar el régimen de separación de bienes entre los cónyuges. O la referencia a la propiedad tradicional en mano común del legislador gallego en la Ley 13/1989, de 10 de octubre, sobre montes vecinales.

Pero no se trata ni mucho menos de una mera reconstrucción histórica, propia del anticuario. Antes al contrario, como se expone reiteradamente, se pretende «actualizar y modernizar» (Ley catalana 40/1991, de sucesiones, o Ley 6/1990, de censos) para adecuarla a «la realidad social actual» que ha cambiado (Ley catalana 13/1990, sobre servidumbres y relaciones de vecindad).

Lo que ocurre es que este proceso de actualización y adecuación de las normas originadas en una sociedad tradicional y agrícola a otra moderna y post industrial, se hace «con el máximo respeto a la propia tradición jurídica» (Ley balear 8/1990, de 28 de junio). Precisamente porque «el derecho civil constituye, junto con la lengua, una de las producciones culturales más importantes del pueblo catalán, uno de los principales exponentes de su identidad como pueblo y, por tanto, uno de los puntos de referencia esenciales a la hora de identificar Cataluña como producto de un proceso histórico específico» (Ley catalana 13/1984, de 20 de mayo).

La consecuencia es el respeto por el legislador autonómico de los principios inspiradores de su propio ordenamiento. Como cita la ley catalana sobre Compilación del Derecho Civil, «el máximo respeto a los valores morales y sociales catalanes, cristalizados en los principios de moderación, benignidad y humanidad que han caracterizado, con un claro sentido ético y progresivo, el Derecho catalán, principios que, por otra parte, a lo largo de la historia de este derecho no han sufrido una variación substancial» (31). En el mismo sentido se expresa, por poner otro ejemplo, el legislador balear: «Nuestro derecho no sólo se interpretará, sino que se integrará tomando en consideración principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de cada una de las islas» (32). «Tradición y progreso siguen siendo, hoy como ayer, los cauces por los que discurre el derecho civil Foral», dice el legislador navarro de 1987 (33).

Cuando es necesario modificar una institución, se señala que se hace sin perjuicio del pleno respeto a los principios tradicionales reguladores de la misma, como es el caso de la Ley catalana 29/1991, de 13 de diciembre, relativa a la venta a carta de gracia y de la Ley catalana 8/1993, de 30 de septiembre, re-

(31) Ley 13/1984, de 30 de marzo, Exposición de Motivos.

(32) Ley 8/1990, de 28 de junio, Exposición de Motivos.

(33) Ley 5/1987, de 1 de abril, Exposición de Motivos.

lativa a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Ello lleva a que numerosas innovaciones en el derecho Foral compilado se expliquen como desarrollo lógico de tales principios, incluso cuando están determinados por valores introducidos en nuestro ordenamiento por la Constitución. Y ello sin faltar, por cierto, a la verdad histórica. Así, la libre investigación de la paternidad por toda clase de pruebas, se explica en la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, como «bien conocido y reconocido históricamente... desde la Edad Media hasta la propia Compilación de 1960»; la opción del adoptado respecto de sus apellidos sobre «el principio de verdad biológica propio e histórico del derecho civil catalán» (Ley 37/1991, de 30 de diciembre); la prevalencia de la voluntad de los padres en la designación del tutor, por la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, como «creación del principio más amplio de libertad civil que ha conformado tradicionalmente el modelo de tutela familiar vigente en la sociedad catalana».

Pero el legislador autonómico da un paso más cuando va del desarrollo de los principios indiscutiblemente establecidos en su propio derecho Foral, a la investigación y descubrimiento de los mismos para encontrar en ellos un criterio vertebrador del propio derecho civil. Así lo hace el vasco de 1992 al referirse a «los rasgos comunes del derecho civil vasco que debemos descubrir». ¿Acaso Windcheid no es heredero del último Savigny?

Todo ello al servicio de la configuración de los respectivos derechos civiles como ordenamientos completos y suficientes, inspirados por sus respectivos principios generales. Los legisladores catalán, balear y vasco insisten en ello. Así, la Ley balear 8/1990, de 28 de junio, afirma en su Exposición de Motivos: «Hoy día, tras la entrada en vigor de la Constitución, los derechos civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código Civil, sino sencillamente un derecho distinto: son el derecho común, de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales». Esta es precisamente la acepción que del adjetivo «foral» da el legislador vasco «para distinguirlo del derecho común y no porque suscite instituciones antiguas» (34).

En pocas palabras, el Derecho se entiende como emanación de la propia singular e infungible realidad popular. Lo dice el legislador gallego: «El derecho civil de Galicia es una creación genuina del pueblo gallego... surge a lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un Derecho que, por ser común, negaba nuestras peculiaridades jurídicas emanadas del más hondo sentir de nuestro pueblo. Es por ello un fruto de la realidad social y, como tal, cambiante a lo largo del tiempo, de forma que mientras unas

(34) Ley 3/1992, citada.

instituciones pierden vigencia aparecen otras que tratan de acomodarse a la nueva situación. (...) Estamos ante un derecho vivo de Galicia. Nacido en los campos gallegos, como emanación singular de un rico derecho agrario, desbordado hoy, incluso, en la vida cotidiana de sus urbes. Lejos de la preocupación, de cualquier tentación arqueológico-jurídica, la Ley pretende regular instituciones válidas para los intereses y necesidades del pueblo gallego» (35).

Una realidad que hay que recuperar y actualizar. Lo dice el legislador vasco, porque se trata de un Derecho Histórico que «la Constitución ampara y respeta».

VII. Este giro doctrinal, apuntado por los diferentes legisladores autonómicos, pero que no deja de ser polémico, según muestran las frecuentes impugnaciones de las que sus obras son objeto ante el Tribunal Constitucional, recibe un aval por parte de la doctrina legal del Consejo de Estado, al dictaminar, en virtud de lo previsto en el artículo 22.6 de su Ley Orgánica, sobre la viabilidad de los conflictos de competencia planteados por el Presidente del Gobierno frente a la legislación civil, dictada por las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución (36).

El Consejo de Estado abordó por primera vez la cuestión con motivo de la impugnación gubernamental de la Ley Gallega 2/1986, de 10 de diciembre, sobre prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos (Dictamen núm. 50.452, de 7 de mayo de 1987).

El objeto de la consulta era determinar si la competencia legislativa autonómica quedaba limitada o no a la regulación de las instituciones contenidas en la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia, entre las que no se encuentran los arrendamientos rústicos.

El Consejo fue, en este dictamen, harto prudente, afirmando que no era «el momento de precisar el alcance de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre el desarrollo de su derecho en materia de arrendamientos rústicos, ya que no es necesario para la resolución del expediente», sin perjuicio de afirmar el principio de conexión o colindancia entre las instituciones, en este caso, el arrendamiento a regular y la aparcería regulada en la Compilación, lo que abría la vía al legislador autonómico para incidir en el tema.

(35) Ley 4/1995, de 24 de mayo, Exposición de Motivos. En general, cfr. BARRAL: *La conflictivitat competencial Dret Civil*, Barcelona, 1995, págs. 114 y sigs.

(36) Véase Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal*, 1987, págs. 87-95; 1988, págs. 65-103 (los recopiladores no han recogido, en este caso, la mención de la Adicional primera que sí está en el original); 1989, págs. 61-66; 1991, págs. 146-163; 1992, págs. 153-176; 1993, págs. 66-103. Sumamente ambiguo el dictamen 50453, de 10 de julio de 1987, sobre los arrendamientos históricos valencianos, donde no se plantea todavía una doctrina general.

Además, formula una doctrina general intermedia en cuanto a la interpretación del término «desarrollo» del artículo 149.1.8.^a de la Constitución, entre el foralismo estricto y el regionalismo, y abundar en que «el límite a tal desarrollo... será el respeto a la identidad histórica del derecho Foral o especial gallego, plasmado en sus instituciones», puesto que lo que el artículo 149.1.8.^a de la Constitución contiene es «lo que se ha calificado de una auténtica garantía institucional de la foralidad que, como tal, preserva la existencia y mantenimiento del modo de ser típico, propio e identificativo de una institución». Pero, sobre todo, el Consejo interpreta el artículo 149.1.8.^a a la luz de la Disposición Adicional Primera de la Constitución: «Este último precepto declara el respeto y protección que la Constitución dispensa a los derechos históricos en general de los territorios forales, que se especifica respecto de los derechos civiles forales en cuanto derechos históricos en el artículo 149.1.8.^a»

Otro tanto hizo el Consejo en el dictamen 51.040, de 7 de abril de 1988, relativo a la legislación civil catalana sobre la sucesión intestada. En él se repiten las mismas consideraciones respecto del alcance del desarrollo, el respeto a la identidad histórica del derecho civil catalán y su fundamento en la Adicional Primera de la Constitución.

Este planteamiento, sin embargo, desaparece en el dictamen 52.372, de 30 de mayo de 1989, relativo a la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. En efecto, aunque en él se citen los dos dictámenes antes mencionados, se excluye la invocación de la Adicional Primera de la Constitución y, curiosamente, se concluye con una interpretación mucho más restrictiva de lo que desarrollo significa en el artículo 149.1.8.^a

El siguiente dictamen sobre la materia fue el 55.463, de 23 de mayo de 1991, relativo a la Ley balear 8/1990, sobre la Compilación de Derecho Civil. Tampoco en este caso se invocó la Adicional Primera de la Constitución y se concluyó en pro de la impugnación, aunque sí se mantiene un criterio de recuperación histórica a la hora de determinar si la regulación de la presencia de testigos testamentarios, aun sin estar compilada, puede identificarse históricamente ya como vigente, al margen de la Compilación, ya conexas con las instituciones reguladas.

Más adelante, el Consejo dictaminó, el 23 de febrero de 1992 (número 1334/1991) sobre el orden de competencias autonómico en relación con la Ley catalana 7/1991, relativa a las filiaciones. Y en este caso, claramente se invocó la Adicional Primera para interpretar el artículo 149.1.8.^a, reiterando la doctrina sentada respecto de la sucesión intestada en Cataluña y a que se refiere un dictamen anteriormente citado.

Por último, la doctrina legal así decantada se expone en toda su amplitud en el dictamen 1.537, de 13 de julio de 1993, relativo al derecho civil vasco, tal

como aparece regulado en la Ley vasca 3/1992. El Consejo cita la Adicional Primera de la Constitución e incluso lo que, a mi juicio, de ella se deriva, la Adicional única del Estatuto, como fundamento de la competencia legislativa autonómica para desarrollar el derecho civil. Ciertamente el Consejo se hace eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de mayo de 1993, ya aludida, pero toda su argumentación es contraria a la tesis según la cual la Adicional Primera y el artículo 148.1.8.^a son normas sin relación alguna. Así, como había pretendido expresamente el legislador vasco, los propios límites territoriales del derecho Foral se marcan por el legislador autonómico sobre la base de la recuperación de un Derecho Histórico, consagrado en la Concordia de 1630.

De este somero repaso por la doctrinal legal del Consejo de Estado cabe subrayar los siguientes extremos. Por una parte, la Adicional Primera de la Constitución no se invoca siempre, sino sólo en relación con Cataluña, el País Vasco y Galicia que, significativamente, no son sólo territorios forales en el sentido civil que al término diera el artículo 13 del Código y el propio artículo 149.1.8 CE, sino también lo que ha venido denominándose «nacionalidades históricas», sobre la base de las previsiones del artículo 152 y correspondiente Transitoria primera de la Constitución. La foralidad contemplada en la Adicional Primera, adquiere así, por voluntad de la Ley que, sistemáticamente interpretada es, siempre, más sabia que el propio legislador, un alcance distinto del que le diera el propio constituyente —Derechos Históricos vascos y navarros— y distinto también del estrictamente civilista que se deduce del artículo 149.1.8.^a Mucho más restringido que éste, puesto que no se tiene en cuenta en relación con Baleares y ni siquiera con Aragón, y más amplio que aquél, al aplicarse a Cataluña y Galicia.

En segundo lugar, la interpretación del artículo 149.1.8.^a y de los correspondientes preceptos estatutarios a la luz de la Adicional Primera, da lugar a conclusiones mucho más favorables a la competencia legislativa autonómica, según se deduce de comparar la doctrina sentada en los dictámenes relativos a Cataluña, País Vasco y Galicia, con la que resulta de los dictámenes referentes a Baleares y Aragón. Baste señalar que si en el caso aragonés determinadas especialidades relativas a la adopción e históricamente constatables, se califican de «vestigios históricos desvinculados de toda vigencia actual» que, en consecuencia, no pueden servir de apoyo al «desarrollo» ni a la regulación de instituciones conexas, las consideraciones inversas se hacen en el dictamen vasco, en pro de la recuperación de un Derecho Histórico.

VIII. Como es sabido, esta doctrina del Consejo de Estado no aparece respaldada en la última jurisprudencia constitucional sobre la cuestión y, sin

embargo, sí ha sido avalada por la fuerza normativa de los hechos que obliga a reinterpretar las tesis del propio Tribunal.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, había pretendido volver a una separación rígida entre la foralidad civil y la político-administrativa, destinada a restringir la primera tanto como la segunda. Pero la fuerza normativa de los hechos dio la razón a la doctrina decantada por el Consejo. El Gobierno, que había impugnado y visto prosperar su recurso frente a las leyes balear y aragonesa, al menos en parte y cuyos planteamientos en los casos gallego y valenciano fueron desestimados, desistió de la impugnación de las leyes vasca de derecho Foral, y catalanas de filiación y sucesión intestada. Para ello fue decisiva la firme posición de la opinión jurídica del Principado, formalmente expresada en una proposición no de ley aprobada por la totalidad de los diputados del Parlamento de Cataluña: «El Parlamento de Cataluña, en virtud de su competencia exclusiva en materia de Derecho civil catalán —tal como viene claramente determinada por el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía, sin otras excepciones que las que resultan del último inciso del artículo 149.1.8.ª de la Constitución—, expresa su voluntad de que sea respetada por el Gobierno del Estado la dicha competencia exclusiva y, coherentemente, sean retirados los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley de Filiaciones y la Ley de Sucesión Intestada» (37).

IX. Los derechos Forales, revitalizados por la autonomía política, aspiran a la plenitud. Los legisladores autonómicos no dejan lugar a dudas. El legislador catalán insiste en ello en casi todas las Exposiciones de Motivos y esta plenitud a que aspiran los diversos derechos Forales se enraíza en la lógica pretensión de hacer del derecho un signo identificatorio de la propia comunidad, según ha quedado de manifiesto en los diversos textos atrás mencionados. El fuero sería, así, ahora como en sus orígenes, lo que Rudolf Smend denominaría un elemento de integración, no sólo simbólica, sino material de la entidad política en cuestión. *In principio erat fuerum* (38). No es el poder, sino la norma lo que configura al cuerpo político como comunidad de derecho y de paz y da entidad al territorio como su dimensión espacial (39).

(37) Cfr. *BOPC* de 31 de diciembre de 1991, núm. 333; *BOE* de 22 de mayo de 1992 respecto del desistimiento.

(38) Así fue históricamente (PORTILLO VALDÉS: «La Constitución foral vizcaína en la edad moderna: ¿una libertäre Verfassung?», en *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. 3 Política y Cultura*, Madrid, 1995, págs. 301 y sigs.). Cfr. SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, 1928.

(39) Cfr. BRUNNER: *Land und Herrschaft*, 5.ª ed., Viena-Wiesbaden, 1943, págs. 124 y 240.

Ahora bien, porque el derecho Foral ha de ser tal, su desarrollo a cargo del legislador autonómico tiende a la territorialización. Mientras, en un sistema como el del Código Civil los derechos Forales, ya se conserven «por ahora» (art. 12 de 1889) o «con pleno respeto» (art. 13 de 1974), son derechos especiales, es decir, siempre residuales, tengan, en el peor de los casos, vocación de provisionalidad y, en el mejor, de permanencia, la situación cambia a partir de la Constitución de 1978. La afloración de sus fuentes tiende a convertirlos, como decía el legislador catalán o vasco, en derechos plenos y autónomos respecto de cualquier otro; como afirmaba el legislador balear, derechos comunes en sus respectivos territorios. Y es en esta lucha por la territorialización donde culmina el proceso hasta ahora expuesto.

Los derechos civiles, Forales o especiales, tal como se configuran formalmente por el Código Civil, tienen una vigencia eminentemente personal. Así resulta del artículo 14 CC, que establece la sujeción al derecho civil común o al especial o Foral se determina por la vecindad civil. Una vecindad civil determinada primariamente por la filiación y que, «como la sombra al cuerpo», parafraseando una expresión famosa, sigue al individuo con plena independencia de su efectiva incardinación territorial. En la medida en que la ley personal es y sobre todo, era, en nuestro sistema civil un punto de conexión principal para determinar la ley aplicable en caso de conflicto, es claro que la vigencia personal se acentuaba en la medida en que, según el artículo 16.1, será ley personal la determinada por la vecindad civil.

Ciertamente que algunas de las Compilaciones Forales mostraban una tendencia a la territorialidad, como era el caso de la de Vizcaya y la de las Islas Baleares (40). Pero dicha tendencia ya es manifiesta, tanto en los Estatutos de

(40) *Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava* (1959), artículos 1 y 60; ID.: *De Derecho civil especial de Baleares* (1961), artículos 1 y 65; ID.: de *Derecho Civil especial de Galicia* (1963), artículo 1. Así, dice la Exposición de Motivos de la primera: «La eficacia funcional del derecho vizcaíno sigue estando gravemente comprometida, por lo que, históricamente, ha constituido la debilidad interna del propio sistema: la imprecisión de la base territorial de Fuero, la permanente colisión de los dos regímenes jurídico-civiles coexistentes sobre el territorio.» En el mismo sentido, la actual redacción de su artículo 10,5 del EA responde a una enmienda formulada por don Juan M.^a Vidarte de Ugarte a la Ponencia Redactora del Anteproyecto de Estatuto de Autonomía, tendente a resolver «el más grave problema que plantea (al País Vasco) su legislación foral: la delimitación del ámbito de aplicación de la misma.» «Es descontentante» —continúa la justificación de la enmienda— «que una acera separe en algunos lugares la vigencia de ambas legislaciones y también es evidente que los criterios puramente históricos no pueden aplicarse hoy en esta materia, ya que en muchos casos se está llevando una legislación concebida para zonas rurales a municipios de intensa vida industrial» (texto en V. y C. TAMAYO: *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Gernika*, Vitoria-Gasteiz, 1981, pág. 446).

Autonomía establecidos al amparo de la Constitución, como en la legislación autonómica que desarrolla el propio derecho civil.

Lo primero se busca a través de la vecindad administrativa, como criterio principal en el caso de los extranjeros que adquieren la nacionalidad española y respecto del cual la autonomía de la voluntad sólo funciona como excepción. Tal es el caso de los Estatutos catalán y balear, que rompen así con las previsiones del artículo 15 CC, y otro tanto hace la Ley Orgánica de Reforma y Amejoramiento del Fuero de Navarra, aunque como leyes estatales orgánicas que son, puede interpretarse que han modificado el Código Civil sin que puedan ser modificadas por las ulteriores revisiones del artículo 15 de dicho texto, al fin, Ley ordinaria (41).

En cuanto a lo segundo, es el caso de la Compilación catalana que reproduce el mencionado precepto estatutario, del Fuero Nuevo de Navarra y de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco. Otro tanto, aunque con matizaciones, podría decirse de la Compilación gallega (42).

Esta tendencia se acentúa en algunos casos y ha planteado graves conflictos doctrinales y jurisprudenciales cuyos dos hitos principales y especialmente significativos para nuestro trabajo, se refieren a la Compilación foral balear y a la Ley vasca. En el primer caso, se pretende la territorialidad del propio derecho Foral sobre la base de presumir la vecindad civil en función de la residencia administrativa, de manera que «las personas que en ellas [las Islas] residen habitualmente, deben quedar liberadas, lógica y legalmente, de probar su vecindad civil balear... en contra de lo que hasta ahora venía sucediendo, no será necesario probar la regla general [esto es, la vecindad local] sino la excepción» (43). Esta fue la solución que declaró inconstitucional la Sentencia

(41) «Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al Derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiestaran su voluntad en contrario» (art. 7.2 EA Cataluña); «Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al derecho civil especial de las Islas Baleares mientras mantengan esta vecindad y salvo en el caso de que manifiesten su voluntad en sentido contrario» (art. 6.2, EA Islas Baleares). Cfr. MARTÍNEZ Y VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 131.

(42) Artículo 3 Texto Refundido CDCC, artículo 13 FNNA, artículo 10.1 y 16 LDCG.

(43) Exposición de Motivos de la CDCEB (1990), cfr. artículo 2, después modificada por Ley 7/1993, de 20 de octubre). Cfr. Coca Payeras: «Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de su concepto legal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, págs. 133 y sigs.; «Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (en torno a los arts. 6 y 7 del Estatuto de Autonomía)», *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de las Islas Baleares*, 1985, núm. 10, pág. 30. El problema se plantea con carácter general, cfr. BERCOVITZ: «La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, núm. 2, pág. 363.

156/1993, de 26 de mayo, por estimar que «la Norma Fundamental optó inequívocamente por un sistema estatal y por tanto uniforme de derecho civil internacional y excluyó que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes» de manera que «esta es... una materia enteramente sustraída... a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida en todo caso a la legislación del Estado» (FJ. 3.º).

En el caso vasco, el artículo 10 de la Ley 3/1992 plantea algo de mucho más calado. Nada menos que la sustitución de la opción personal en pro de la vecindad foral por una opción institucional, la de los municipios, favorable a la territorialización del fuero. Pero el Consejo de Estado, que respecto del caso balear, en su dictamen núm. 55463, ya citado, había prefigurado la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional, dictaminó en éste núm. 1537 en pro de la constitucionalidad de la Ley vasca sobre dos argumentaciones: de una parte, la recuperación de un derecho histórico manifestado en la Concordia de 1630, relativo a la capacidad de los municipios de optar por el fuero de la Tierra Llana, y, de otra, la previa regulación de la materia en la Compilación vasca de 1959. El Consejo avaló lo que el propio legislador autonómico había formulado en la norma impugnada, la recuperación de un derecho histórico (44).

Ahora bien, lo que late tras ese impulso hacia la territorialización es la integración. Así lo muestra el caso vaso. En efecto, la Concordia de 1630, fruto de largas negociaciones jurídico-políticas, invierte el sistema de separación radical entre Villas y Tierra Llana introducido por el ordenamiento de Chinchilla y, como señala la más solvente historiografía, constituye el acta de nacimiento de la estructura institucional de Vizcaya en su etapa de maduración foral (45).

En ella se establece que «si alguna de dichas villas y ciudad quisieran dejar alguna ley de las que ha tenido y tomar otras de que usa el Señorío, pidiendo al Señorío en Junta General haga las leyes que así pidieren, conformándose con las del Fuero, lo haya de hacer» (capítulo 2). Se trata de una opción no global, como la prevista en el Proyecto de Concordia de 1628, sino específica; pero cuya finalidad es, ni más ni menos, que alcanzar una situación «sin diferencia del Señorío o villa, porque todo ha de ser una república sin ninguna distinción» (capítulo 5).

La Concordia, pues, tiende a hacer del derecho Foral el derecho propio de todos los vizcaínos, como uno de los elementos sustantivos de la unidad e iden-

(44) Cfr. LARRAZÁBAL: «Comentario al artículo 10 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco», en TAMAYO (ed.): *Jornadas sobre el Estado de la Cuestión del Derecho Histórico de Euskal-Herria*, San Sebastián, 1996, págs. 135 y sigs.

(45) Cfr. MONREAL Y CIA: *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo xviii)*, Bilbao, 1974, pág. 136.

tividad de la comunidad política, hoy Territorio Histórico. Por eso, la Concordia es fundamento de la madurez foral del Señorío y es tácitamente abandonada cuando, al elaborar la Compilación de 1959, las circunstancias políticas del momento tienden a diluir la personalidad vizcaína, y a ello alude indirectamente el legislador vasco en la Exposición de Motivos de la Ley en cuestión, a la vez que se sigue una política jurídica contraria al pluralismo foral, invertida, al menos, desde 1974.

Si en virtud de la Concordia de 1630 los municipios de Elorrio en 1712, Bermeo en 1734, Ochandío en 1818 y Areancho en 1825, se acogieron al Fuero, incluso en su totalidad, como paulatina realización de esta generalización del Fuero a todo el territorio vizcaíno, al imperar los principios contrarios, en virtud de la mencionada Compilación de 1959 —artículo 3—, Anteiglesias como Abando, Begoña, Deusto y Erandio, perdieron su foralidad tradicional. Y lo mismo ocurrió por estricta aplicación del artículo 2 de dicha Compilación con las villas de Bermeo y Ochandío.

La mayor o menor mutación económica, social y urbanística de cada momento, ha supuesto mayores o menores alteraciones en la distinción entre Villas y Tierra Llana. Y si la quiebra de las instituciones forales tradicionales pretendió acabar con el fecundo espíritu dispositivo de la Concordia de 1630, lo cierto es que incluso la propia Compilación de 1959, en su artículo 3, contiene criterios de mutación de los límites entre Villas y Anteiglesias, rígidas y restrictivas en este caso, pero que responden igualmente a la necesidad social de reconocer la mutación de unas lindes entre las Villas y la Tierra Llana.

No puede, en consecuencia, considerarse ajeno a la foralidad civil este principio de progresiva adecuación de la distinción de territorio aforado y no aforado dentro de Vizcaya a la realidad social del momento, y no parece discutible que, hoy, la actualización de este principio, exige fomentar, de acuerdo con el criterio de respeto a la foralidad, el carácter dispositivo que inspiran las propias normas forales y la voluntad democráticamente formulada y expresada, que recoge el artículo 10 de la Ley 3/1992. La recuperación de una plenitud foral actualizada, exige hacer del derecho Foral el derecho de todo el territorio histórico, expresión de su identidad como tal *corpus* y consecuente factor de integración.

Ahora bien, esta neoterritorialidad, que parece presidir el nuevo derecho Foral postconstitucional, engarza perfectamente con una tendencia característica del más reciente derecho conflictual, ya apuntada en la reforma del Código Civil de 1974: lo que entonces denominé aurora de la ley local (46), entendida

(46) «Marginales al nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1974, núm. 3, pág. 382.

no como la ley del lugar donde ocurren los hechos, sino como la ley del grupo social en el que la persona vive y actúa. La territorialidad adquiere así una nueva dimensión como expresión espacial de la integración política y social del sujeto de todo derecho que es el hombre. No es de extrañar que, cuando los diversos derechos Forales pretenden ser, a la vez, instrumentos y expresión de identidad de los respectivos pueblos que los engendraron y en cuyo seno evolucionan orgánicamente, tiendan a regular, como ley local, cuanto tiene su sede en el mencionado grupo social (47).

X. Lo hasta aquí dicho permite formular una serie de importantes conclusiones.

A) Las Comunidades Autónomas en cuyo territorio existe derecho Foral adquieren, en virtud de la Constitución y de sus correspondientes Estatutos, competencias legislativas para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, entendiéndose esto último, en sólo algunos casos, como comprensivo de cuantas materias conexas puedan resultar de su desarrollo orgánico.

Este desarrollo orgánico de inspiración principal, como tal habilitante y limitativa, tiende a la plenitud de cada derecho Foral y a su conversión en derecho común de cada territorio.

Ello sólo es posible cuando cabe la recuperación y actualización de un derecho Foral ajeno al compilado, de suyo fragmentario y residual, como es propio de un «resto». Ya convirtiendo en ley escrita la costumbre, ya recurriendo a instituciones históricas ha tiempo tenidas por desaparecidas, ya descubriendo y desarrollando los principios generales inspiradores de todo el respectivo ordenamiento. Ahora bien, eso supone trascender, con mucho, las Compilaciones civiles forales en vigor a la hora de promulgarse la Constitución y que eran el derecho Foral «allí existente» a los efectos del artículo 149.1.8.^a CE. Esto es, supone trascender, también la mencionada norma constitucional.

Al mismo resultado se llega si, como ocurre en el caso valenciano, se considera como determinante de la atribución de competencias legislativas en materia civil, la existencia de un Derecho Histórico nunca tenido por Foral y, en consecuencia, no amparado por la estricta literalidad del artículo 149.1.8.^a Con ello contrasta la no relevancia a estos efectos, pese al tenor de las disposiciones estatutarias respectivas, de determinados fenómenos consuetudinarios, tanto en territorios forales —el Fuero extremeño del Baylío— como no forales —Murcia y Asturias—.

(47) Cfr. CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1976, págs. 167 y sigs.

B) Eso sólo puede explicarse interpretando la regla del artículo 149.1.8.^a a la luz de la Adicional Primera de la Constitución. Mientras el artículo 149.1.8.^a CE es una norma competencial —en pro del Estado y de algunas Comunidades Autónomas— y una garantía institucional —en pro de la foralidad—, la Adicional Primera es una cláusula definitoria, cabeza de todo un grupo normativo, parámetro de interpretación de todas las normas que lo integran.

Sólo el «amparo y respeto» en ella consagrado en pro de la historicidad, explica configurar el artículo 149.1.8.^a como una garantía institucional de la foralidad y, a la vez, como una atribución de competencias que, pese a su carácter genérico atendiendo a la literalidad, tiene diferente alcance según la condición, histórica o no, de la respectiva Comunidad Autónoma. Esta interpretación en efecto, como se deduce de la doctrina legal acuñada por el Consejo de Estado, sólo procede en el caso de las llamadas Comunidades históricas, esto es, las contempladas en la Transitoria Primera de la propia Constitución y a la que se añade Navarra, desmintiendo las tesis homogeneizadoras del Tribunal Constitucional (48).

El Tribunal Constitucional e, incluso, los litigantes ante el mismo han sacado las oportunas consecuencias y, ya por vía de Sentencia ya por vía de desistimiento, las competencias en materia civil reconocidas a Cataluña, Euskadi y Galicia son mayores que las reconocidas al resto de las Comunidades donde existe derecho Foral, esto es Aragón y Baleares. Por eso, cuando el Tribunal Constitucional no interpreta las competencias aragonesas en materia civil a la luz de la Adicional Primera, está siendo coherente con todo lo expuesto, por más que lo exprese incorrectamente, pues al formularlo como tesis general se contradice a sí mismo y a «la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas»: la práctica política en relación con Cataluña, Euskadi, Navarra y Galicia.

C) De ello resulta que, a la luz de la Adicional Primera, lo que eran derechos Forales se transforman en Derechos Históricos susceptibles de actualización. Y ello tiene una triple consecuencia.

a) Por lo que hace al elemento subjetivo, resulta que emergen nuevos titulares de derechos históricos. Si la Adicional Primera se redactó atendiendo a Navarra y el País Vasco, al ponerla en relación con el artículo 149.1.8.^a extiende su virtualidad, a partir de la doctrina legal del Consejo de Estado, a Cataluña y Galicia. Los que podían ser tenidos y no faltaban razones para ello, como titulares tácitos de Derechos Históricos, salen ahora a luz. La misma práctica

(48) STC 16/1984, de 6 de febrero. Cfr. las contribuciones de ARQUÍN, COSCULLUELA y CONZÁLEZ NAVARRO, en MARTÍN RETORTILLO (ed.): *Derecho Público Foral de Navarra*, citado.

constitucional desmiente la tesis de que la foralidad civil y la foralidad político-administrativa pertenezcan a universos diferentes. Ahora bien, una vez reconocido que la foralidad civil catalana es un Derecho Histórico, ¿por qué no reconocérselo también a su foralidad política, extinguida de manera similar a la vasca aunque un siglo antes? Y, a la inversa, la interpretación aislada del artículo 149.1.8.^a deja sin sentido la invocación de los Derechos Históricos propios de las Comunidades que la Constitución no tiene por «históricas». Así lo demuestra la reconocida inanidad de la Adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón (49). Su foralidad civil es, en tal caso, sólo foralidad, pero no Derecho Histórico.

b) Respecto del elemento objetivo, la foralidad pierde en sustantividad lo que gana en potencia. Deja de ser un legado para convertirse en un título competencial, necesariamente orientado a la integración de la propia identidad colectiva de un pueblo. Cualquier teoría de la petrificación (50) está de más y lo que importa es la afloración de fuentes para que esta identidad se exprese. Los elementos garantistas patentes, como ya he señalado en el artículo 149.1.8.^a, ceden así ante los elementos programáticos (51).

Si la Adicional primera no es una garantía institucional sino una cláusula definitoria que incorpora un principio general de organización, el principio de historicidad, que, claro está, implica el reconocimiento de singularidades plurales, a él deberá atenerse el legislador civil tanto como el político-administrativo. La intangibilidad del fuero al servicio de la tradición, se torna, así, instrumentalidad al servicio de la integración, si bien es de sobra sabido que la verdadera integración política no se improvisa, sino que se hereda, como Goethe recomendaba, «haciéndolo propio». Ciego estará quien no vea las posibilidades de esta conversión de la foralidad en Derechos Históricos.

c) Ahora bien, y en ello consiste la tercera de las conclusiones enunciadas, queda claro que esta identidad que genera la diferencia jurídica y a cuya consolidación el propio derecho se dirige, es lo determinante: el cuerpo político (52) que existe en Euskadi, Galicia, Navarra o Cataluña y que no se da en otras Comunidades, tengan o no derecho consuetudinario y aun Foral. Y es esa

(49) Criterio unánime de los exégetas del Estatuto. V. gr. FATÁS CABEZA, en BERMEJO (ed.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Madrid, 1985, págs. 795 y sigs., y MERINO: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, 1983, pág. 412.

(50) Cfr. CILÁN APALATEGUI: *Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, San Sebastián, 1986, págs. 161 y sigs.

(51) Para estas categorías, cfr. RUBIO: *La Forma del Poder*, Madrid, 1991, págs. 88 y sigs.

(52) Así lo he desarrollado en mi *Idea de los Derechos Históricos*, Madrid, 1991.

realidad política subyacente a la que invoca la Adicional Primera de la Constitución. La apertura de la norma a la historicidad no quiere decir el mero respeto a normas anteriores tenidas por especiales. Tal era la solución esbozada por algunas de nuestras constituciones históricas, por cierto con escaso éxito (53). Quiere decir mucho más, el reconocimiento, allí donde existen, de realidades políticas diferentes entre cuyos signos de identidad se encuentra un derecho civil propio.

La interpretación sistemática de los preceptos constitucionales —el artículo 149.1.8.^a y la Adicional Primera— permite iluminar a uno y dar contenido a otro, explicando además la realidad. De otra manera la experiencia queda ciega y las categorías vacías.

(53) Cfr. MARTÍNEZ Y VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 11 y sigs.