

Sección del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12362 *Pleno. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Competencia sobre Derecho civil: nulidad de la Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano (STC 82/2016). Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011, promovido por el Presidente de Gobierno contra la totalidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Han sido parte la Generalitat Valenciana y las Cortes Valencianas. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 4 de julio de 2011, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, presentó escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (en adelante Ley 5/2011).

El escrito comienza aclarando que el recurso tiene por objeto la impugnación de la totalidad de la Ley antes mencionada por entender que la regulación contenida en la misma excede de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio atribuidas a la Comunidad Autónoma de Valencia en el art. 49.1.2 de su Estatuto de Autonomía (en adelante, EAV), vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex art. 149.1.8 CE.

Concretados los motivos, la Abogacía del Estado pasa a exponer los argumentos que le llevan a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, subrayando que dadas las similitudes que este recurso presenta con el registrado con el núm. 9888-2007 contra la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano la línea argumental debe ser idéntica:

a) Se inicia recordando que la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011), es el segundo paso que da la Comunidad Valenciana en la elaboración de un Código civil especial propio, que inició con la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, también recurrida ante este Tribunal,

con el expresado propósito de recuperar los antiguos fueros del histórico Reino de Valencia, desarrollarlos y adaptarlos a los valores y principios constitucionales. La diferencia que presenta este recurso frente a aquél es que, en este caso, ni siquiera consta que los antiguos fueros valencianos derogados en 1707 contuvieran una especialidad civil conexas con las materias objeto de la Ley 5/2011, por lo que difícilmente podría justificarse la subsistencia hasta nuestros días de una costumbre foral sobre la materia.

Advierte el Abogado del Estado que, al igual que hizo con la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, el legislador valenciano pretende amparar la recuperación de los antiguos fueros en el art. 49.1.2 EAV, en relación con el art. 7 y la disposición transitoria tercera del texto estatutario. Así, el preámbulo de esta Ley nuevamente expresa esa intención al señalar que en virtud de la reforma del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que supuso «un salto cualitativo en materia competencial, se atribuyó competencia exclusiva a la Generalitat, en el artículo 49.1.2 a), para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano. En el ejercicio de dicha competencia se aprobó la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de la Generalitat, el primer paso en un camino cuya meta final es la elaboración de un futuro Código de derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen».

El legislador valenciano da este segundo paso en la elaboración del futuro Código civil valenciano regulando lo que el Derecho civil de familia denomina «los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» (arts. 90 y ss. del Código civil, en lo sucesivo CC) y más genéricamente algunos aspectos de las «relaciones paterno-filiales» (arts. 154 y ss. CC). Al igual que hacía la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, la pretensión de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 es desplazar en esta materia al Código civil, que quedaría como puro Derecho supletorio. En este mismo sentido, advierte que del contenido de la Ley 5/2011 resulta notorio que sería irrelevante el título competencial autonómico de «servicios sociales» en su proyección sobre los menores (contenido en los apartados 24, 25 y 27 del art. 49.1 EAV), pues se limita a regular las relaciones puramente privadas entre las partes en materia de Derecho de familia, sin establecer ninguna norma administrativa tutelar de menores que rija la relación de éstos con la Administración autonómica. Resulta, por tanto, claro, como así lo declara explícitamente el legislador autonómico, que el título prevalente es el relativo a la legislación civil (SSTC 37/1981, 71/1982, 88/1986, 62/1991 y 14/1998).

b) Para la Abogacía del Estado, la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 de nuevo rompe con la pacífica interpretación del art. 149.1.8 CE, en cuya virtud las comunidades autónomas sin derecho foral compilado sólo tienen competencia para legislar las costumbres derivadas de los antiguos fueros que hayan subsistido. Subraya cómo esta interpretación fue en su día aceptada por la Generalitat, concretamente, la primera vez que ejerció de forma inmediata la competencia sobre derecho civil con la Ley 6/1986, de 15 diciembre, de arrendamientos históricos valencianos, que ya su preámbulo reconoce que, tras la abolición del derecho foral por los Decretos de nueva planta, «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». Fue por tanto la Comunidad Valenciana la que aceptó que su competencia sobre Derecho foral civil exigía acreditar la subsistencia de una costumbre derivada de los antiguos fueros. Sin embargo, tras la promulgación de la reforma de su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 1/2006, de 10 abril), en el que se atribuye competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano (art. 49.1.2 EAV), ha considerado que la competencia autonómica derivada del precepto estatutario no sólo tiene como presupuesto la vigencia de un derecho consuetudinario en el momento de entrada en vigor de la Constitución, sino que su contenido se extiende al

desarrollo de las materias reguladas en los fueros del Reino de Valencia que deben armonizarse con los principios y valores constitucionales. Es evidente pues, para el representante del Gobierno de la Nación que, a través de la modificación estatutaria, lo que se pretende es forzar una diversa interpretación del art. 149.1.8 CE, hasta ahora pacíficamente entendida, aunque es un objetivo que no se ha alcanzado, porque con la asunción de competencias legislativas en materia de derecho civil valenciano, cualquier ley civil valenciana queda sometida a la Constitución y a la doctrina constitucional el art. 149.1.8 CE.

Por lo demás, recuerda que el término «desarrollo» del art. 149.1.8 CE solamente permite legislar sobre «instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta» y no ilimitadamente (STC 88/1993, 156/1993 y 127/1999). La conclusión a la que ha de llegarse, por tanto, es clara: las competencias autonómicas en materia de Derecho civil exigen la existencia y vigencia efectiva del Derecho foral, incluido el consuetudinario, pues no se puede conservar, modificar o desarrollar aquello que no es una realidad normativa reconocible.

c) Los Estatutos de Autonomía están jerárquicamente subordinados a la Constitución, según resulta de sus artículos 147.2 d) y 161.1 a) y del art. 27.2 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Por tanto, dado que no pueden ampliar sus competencias, más allá de lo permitido en la Norma fundamental, se insta a llevar a cabo una interpretación constitucionalmente respetuosa del art. 7 y de la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, cuando aluden a la recuperación de los fueros del histórico Reino de Valencia. En tal sentido, la Abogacía del Estado sostiene que el art. 7.1 EAV es un precepto competencialmente neutro, que no atribuye competencias a la Generalitat, sino que establece un principio de actuación conforme a la Constitución que habrá de informar el ejercicio de las competencias autonómicas. Idéntica interpretación conforme debe hacerse de la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, que alude a la recuperación y actualización de la «normativa foral del histórico Reino de Valencia» y lo hace «en los términos establecidos por este Estatuto», es decir, por el art. 49.1.2 EAV, y «al amparo de la Constitución Española», esto es, con plena sujeción al art. 149.1.8 CE. En definitiva, el art. 7 y la disposición adicional tercera EAV presuponen una competencia que no se amplía y que se remite al art. 49.1.2 EAV, es decir, a la competencia exclusiva sobre la «conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano», con el contenido y alcance antes expresado. Por último, recuerda lo dicho en la STC 31/2010, FJ 76, a propósito del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y afirma la que la competencia estatal del art. 149.1.8 CE es «invulnerable» al legislador estatutario.

d) Sentado lo anterior, y recordando que el Decreto de nueva planta promulgado el 29 de junio de 1707 supuso la definitiva abolición y derogación de los fueros de Valencia —que nunca se recuperaron, a diferencia de lo ocurrido en otros territorios— el representante del Gobierno de la Nación concluye que tras casi tres siglos de vigencia del Derecho civil común en aquella Comunidad Autónoma, el Derecho civil valenciano que pueda estar vigente es exclusivamente de carácter consuetudinario, y vinculado esencialmente a costumbres de carácter agrario o pesquero, además de los arrendamientos históricos. Por ello, aunque la opinión doctrinal mayoritaria admite la posibilidad de recuperar esas costumbres, rechaza sin embargo la «recuperación romántica o indiscriminada» del Derecho foral valenciano. Así pues, la razón de la impugnación de la Ley 5/2011 viene a ser el no reflejar una realidad consuetudinaria efectivamente existente, como condición constitucional imprescindible, sino crear *ex novo* una normativa sin ninguna conexión precisa con sus usos vigentes, normativa que además entra en contradicción con el Código civil. Es más, en el caso del presente recurso, los fueros históricos del Reino de Valencia nunca contuvieron una regulación conexas con la recogida en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, ni especialidad alguna en materia de convivencia de los progenitores con sus hijos. Es, por tanto, palmaria la contradicción de

la Ley 5/2011 no sólo con el art. 149.1.8 CE, sino también con los arts. 7 y 49.1.2 y la disposición transitoria tercera EAV, porque todos ellos fijan como presupuesto para el legítimo ejercicio de la competencia autonómica la preexistencia de un Derecho foral escrito o consuetudinario vigente que se actualiza mediante su conservación, modificación o desarrollo por la norma autonómica.

e) Para la Abogacía del Estado, los razonamientos anteriores bastan para fundar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley autonómica. Sin embargo, a mayor abundamiento señala que la Ley 5/2011 diverge claramente de la legislación civil común, especialmente en lo que ésta denomina régimen de convivencia compartida (arts. 3 y 5), apartándose deliberadamente de la terminología del Código civil e introduciendo notable confusión en el concepto de custodia. Tampoco en el contenido de los restantes preceptos se ajusta al Código civil. Por ejemplo, al regular el contenido mínimo del pacto de convivencia familiar (art. 4) no lo fija en los mismos términos previstos en el art. 90 para el convenio regulador, o en el art. 6 establece criterios para el uso de la vivienda y el ajuar familiares que se apartan notablemente de los criterios que el art. 96 CC, o por lo que respecta a la atención a las cargas familiares el art. 7 de la Ley 5/2011 difiere del régimen establecido en el art. 93 CC.

f) Finaliza sus argumentos en defensa de la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 recordando que, dado que la competencia legislativa civil en este caso la ostenta de manera exclusiva el Estado, incluso aunque la norma valenciana se limitara a reproducir exacta y fielmente la norma estatal, de acuerdo con la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, sería inconstitucional. Es más, el riesgo de esta práctica legislativa adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, «porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (FJ 8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 [FJ 4, apartado b)] y 147/1993 (FJ 4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas».

Se concluyó, por todo ello, con la súplica de que se dictara sentencia en la que se declarase la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la ley impugnada.

2. Mediante providencia de 19 de julio de 2011, el Pleno, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Gobierno y a las Cortes valencianas, al objeto, de que, en el plazo de 15 días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones estimaren convenientes. Se dispuso, tener por invocado por el Presidente del gobierno el art. 161.2 CE, lo que produce la suspensión establecida en el art. 30 LOTC, comunicándolo a los Presidentes del Gobierno de la Generalitat Valenciana y de las Cortes valencianas. Por último, se ordenó publicar en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat Valenciana» la incoación del recurso.

3. Por escrito registrado el día 28 de julio de 2011, el Director General de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en su representación y defensa, puso de manifiesto la previsión de que no pudiera presentarse el escrito de alegaciones en el plazo de 15 días inicialmente conferido en atención a la complejidad de la cuestión planteada y a la carga de trabajo que pesa sobre el indicado órgano de la Administración autonómica y solicitó, por ello, la concesión de una prórroga por el máximo legal, siendo atendida dicha petición por providencia de este Tribunal de 5 de septiembre de 2011, por la que se prorrogó en

ocho días más el plazo concedido por la anterior providencia de 19 de julio de 2011, a contar desde el día siguiente al de expiración del ordinario.

4. Mediante escrito registrado el día 29 de julio de 2011, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara de conformidad con el cual el Congreso de los Diputados se persona en el procedimiento y ofrece su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Por escrito registrado el día 2 de septiembre de 2011, el Letrado de las Cortes Valencianas, en su representación y defensa, comparece y pone de manifiesto la previsión de que no pudiera presentarse el escrito de alegaciones en el plazo de 15 días inicialmente conferido en atención a la complejidad de la cuestión planteada solicitando, por ello, la concesión de una prórroga por el máximo legal, siendo atendida dicha petición por providencia de este Tribunal de 5 de septiembre de 2011, por la que se prorrogó en ocho días más el plazo concedido por la anterior providencia de 19 de julio de 2011, a contar desde el día siguiente al de expiración del ordinario.

6. Mediante escrito registrado el día 8 de septiembre de 2011, el Presidente del Senado rogó se tuviera a la Cámara por personada y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal en fecha 29 de septiembre de 2011, el Director General de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana presentó sus alegaciones en las que solicita la íntegra desestimación del recurso formulado.

En el escrito se comienza advirtiendo que la Generalitat ya ha expuesto todos sus argumentos en el recurso, pendiente de resolver, interpuesto por el Estado contra la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, cuya esencia y fundamentos son exactamente idénticos a los presentes, y ello le lleva a reproducirlos en defensa de la constitucionalidad de la norma de la Generalitat recurrida, en lo que entiende una interpretación posible del ejercicio de las competencias en materia de Derecho civil a la luz de los textos que integran el bloque de constitucionalidad y la doctrina del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, se realiza una introducción histórica sobre la evolución del derecho civil foral valenciano desde su abolición en el año 1707 hasta nuestros días, para concluir que, aun reconociendo la evidente ausencia de una compilación de normas forales valencianas en el momento de aprobar la Constitución, la reivindicación de la recuperación de tal cuerpo legal ha sido una constante histórica. Se añade que, en contra de lo que afirma la Abogacía del Estado, los fueros contenían concretas referencias a las relaciones entre padres e hijos, y se reproducen literalmente algunos pasajes que, en su opinión, evidencian que instituciones civiles como los peculios adventicio y profecticio, y diversas otras, muestran la presencia en el Derecho histórico de textos que versaban exactamente sobre la misma materia regulada en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011.

A continuación, se procede a un detallado análisis sobre el ejercicio de la competencia autonómica en materia de Derecho civil foral, que puede resumirse básicamente en las siguientes ideas: en primer lugar, la competencia en legislación civil fue delegada por el Estado a favor de la Generalitat (art. 150.2 CE), primero a través de la Ley Orgánica, de 10 de agosto, de transferencia de competencias de titularidad estatal a la Comunidad Autónoma Valenciana (en adelante, Ley Orgánica 12/1982), cuyo fin fue equiparar a esta Autonomía con las del art. 151 y disposición transitoria segunda CE, y después fue asumida plenamente mediante la Ley Orgánica 5/1994, de 5 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana. En segundo término, esa competencia «trae causa ... de lo prevenido en el citado art. 149.1.8 CE», tal y como proclamó la STC 121/1992, FJ 1, y, por consiguiente, tenía por objeto tutelar la foralidad civil valenciana. Sin embargo, la posición expresada en esa misma STC 121/1992, FJ 1, de que la competencia autonómica en materia civil «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» es inasumible desde un punto de vista técnico-jurídico, por dos razones: ante todo, porque las costumbres forales fueron derogadas, como los mismos fueros, en 1707. En consecuencia, a partir de entonces las costumbres que han observado los valencianos son costumbres primero de Derecho castellano y después de Derecho común, de suerte que no puede sostenerse con rigor que estén vigentes en la actualidad costumbres forales. A ello hay que añadir que, la simple conversión de esas costumbres en normas legales chocaría con la limitación de su ámbito territorial, de imprecisa y difícil fijación, pues lo normal es que los usos sean locales y no uniformes, así como también con la competencia exclusiva e indelegable del Estado para regular la aplicación y eficacia de las normas jurídicas de acuerdo con el art. 149.1.8 CE.

En segundo lugar, la doctrina de la STC 121/1992 encorseta el contenido de las leyes valencianas en términos incompatibles con el ejercicio constitucional y estatutario de la competencia civil, conduciendo a su vaciado e inutilidad, porque es obvia la inexistencia de leyes civiles valencianas posteriores a la de arrendamientos históricos, a la que se refirió la citada STC 121/1992. Frente a ello, el Estatuto de Autonomía de 2006 pretende «el reconocimiento de la Comunidad Valenciana como Nacionalidad Histórica por sus raíces históricas, por su personalidad diferenciada, por su lengua y cultura y por su Derecho civil foral». Los arts. 7.1, 49.1.2 y disposición transitoria tercera EAV de 2006 parten del contenido de los fueros vigentes al tiempo de su abolición, en el año 1707, para dotar así de sentido a esa competencia previamente transferida (Ley Orgánica 12/1982) y luego asumida (Ley Orgánica 5/1994), respetando siempre, eso sí, los valores y principios constitucionales y estatutarios. De manera que la Ley Orgánica 5/1994 habría derogado la Ley Orgánica 12/1982 «por innecesaria», dice el representante de la Generalitat, pues la citada Ley Orgánica 5/1994 también había modificado la disposición adicional tercera EAV de 1982, en el sentido de descalificar las competencias como transferidas para darles a todas un carácter plenamente estatutario. Considera esencial para enfocar correctamente este recurso advertir que la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil no deriva de la aplicación del art. 149.1.8 CE, sino de la transferencia llevada a cabo por la Ley Orgánica 12/1982, tal como reconoce el propio Tribunal Constitucional en su STC 121/1992. En definitiva —se argumenta—, la finalidad de la reforma radica en que la Generalitat pueda ejercer su competencia para legislar Derecho civil valenciano como si no hubiera existido abolición, aunque ello suponga llevar a cabo una reinterpretación del bloque de la constitucionalidad.

En un apartado dedicado al derecho comparado autonómico, se pone de manifiesto la clara intención del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, desde su inicial aprobación en el año 1982, de equipararse a los Estatutos de los territorios que gozaban de unos derechos forales compilados en el momento de entrada en vigor de la Constitución, alejándose de aquellos otros Estatutos de Autonomía como el asturiano, el extremeño o el murciano, carentes de dicho acervo jurídico y cuya forma de enfocar sus competencias en materia civil estaba claramente volcada a la tutela de las costumbres que pudieran subsistir.

A pesar de ello, el trato que el Estado ha conferido a la Comunidad Valenciana en esta materia es absolutamente distinto al otorgado a otras Comunidades Autónomas, produciéndose una discriminación contraria al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE. Así, por ejemplo, se compara con el entonces vigente art. 9 del Código de familia catalán, relativo a la eficacia civil de los actos inscribibles en el Registro de la propiedad y en el Registro civil; la también entonces vigente Ley de Aragón 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad, que fijaba una serie de plazos de prescripción y caducidad en sus arts. 8.2, 31.1 y 99.2; la también aragonesa Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que establece la guardia y custodia compartida; la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, que permanece vigente e incluye una serie de preceptos que se refieren a plazos de prescripción y caducidad; o el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de

septiembre, por el que se aprueba la Compilación del Derecho civil de Baleares. Todos estos casos eran muy similares a determinados preceptos de la Ley valenciana y, sin embargo, nunca fueron cuestionados por parte del Gobierno de la Nación.

Por último, agrupados bajo el epígrafe «Otros aspectos sustantivos contenidos en el recurso interpuesto contra la Ley 5/2011», la Abogacía de la Generalitat responde a los concretos reproches de inconstitucionalidad que se realizan a la Ley impugnada.

Así, de un lado, se opone al genérico argumento empleado por la representación del Estado sobre la técnica normativa consistente en la reproducción de normas estatales fundamentando su oposición, esencialmente, en la total ausencia de preceptos concretos de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 a los que imputar dicha tacha de inconstitucionalidad. Para el Abogado del Gobierno autonómico se trata de una acusación hueca y vacía de contenido, pero en todo caso, dado que la Comunidad Valenciana tiene competencia sobre la materia civil, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está legitimada para reproducir normas civiles estatales. Es decir, una vez reconocida su competencia legislativa en materia de derecho civil, el legislador autonómico es libre para determinar, en relación a esas instituciones propias de su derecho foral y las materias conexas, cuál vaya a ser su desarrollo, con independencia de que la redacción de los preceptos que materializan dicha voluntad sea, o no, coincidente con la prevista en el Código Civil. Finaliza enfatizando que recuperación y desarrollo son actuaciones que se imponen al legislador autonómico, de conformidad con el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana y la Generalitat tiene plena competencia para llevar a cabo y ejecutar dichos mandatos de su legislador estatutario, en la forma que considere conveniente.

Por todo ello, solicita que se desestime el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2011, declarando su conformidad al ordenamiento constitucional y estatutario.

8. Por escrito registrado el día 3 de octubre de 2011, el Letrado Mayor de las Cortes Valencianas, en su representación y defensa, formuló las siguientes alegaciones:

Comienza su escrito advirtiendo que si bien puede entenderse que el régimen de guardia y custodia compartida no estaba presente en los fueros valencianos derogados en 1707, no cabe duda de que éstos regulaban relaciones paterno-filiales, íntimamente conectadas con la materia objeto de la Ley impugnada.

A continuación, se desarrollan los argumentos que fundamentan la competencia de la Generalitat Valenciana para proceder a la regulación de la materia mediante la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011. Para ello comienza con los antecedentes históricos, destacando que, efectivamente, los fueros, privilegios prácticos y costumbres del Reino de Valencia se abolieron mediante el Decreto de 1707 y que, desde entonces, sólo pervivieron usos y costumbres relativos a ciertas costumbres nupciales en concretos supuestos sucesorios. A todo ello se suma el que en la tradición valenciana se encontraban aspectos diferentes como los sistemas de transmisión de la propiedad; la explotación de recursos naturales; las formas de explotación de la tierra; los contratos para las empresas agrarias; las sucesiones *mortis causa*. Igualmente, esos usos y costumbres se mantendrían y se conservarían en las atribuciones por razón de matrimonio, con influencia en el régimen económico matrimonial, como ha sido defendido por prestigiosos juristas y catedráticos de las Universidades valencianas desde hace muchos años hasta fechas recientes.

El art. 3 EAV de 1982, ya reconocía a la Generalitat Valenciana competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y de desarrollo del Derecho civil valenciano en idénticos términos al Estatuto de Autonomía de Galicia (art. 27.4) y del Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 9.2). No obstante, la norma institucional básica de la Comunidad Valenciana contenía alguna peculiaridad no compartida con Estatuto alguno en materia de Derecho civil como fue considerar los bienes de herencias intestadas, cuando el causante ostentara la condición política de valenciano, al describir la composición del patrimonio de la Generalitat en su art. 51.l c). Pero es que, yendo más allá, para el Letrado del Parlamento autonómico no se debe olvidar que el propio Tribunal

Constitucional, bajo la vigencia del anterior Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana de 1982, reconoció la existencia de un derecho civil valenciano y la indubitada competencia de la Generalitat Valenciana «para legislar sobre instituciones que han tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial» (STC 121/1992, de 28 de septiembre).

Posteriormente, la reforma del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana de 2006 afirma ya la constitucionalidad de la recuperación y plena actualización del Derecho civil foral y, en consecuencia, niega una «interpretación reduccionista» de la competencia autonómica en materia de Derecho civil que la limite a normas consuetudinarias. En el actual art. 49.1.2 a) figura ahora la competencia exclusiva de la Generalitat para la «conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano», y en la disposición transitoria tercera, se reafirma en lo anterior señalando 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». Para la representación de la Generalitat, la incorporación del término «foral» al art. 49.1.2 EAV de 2006 despeja definitivamente todas las dudas sobre la plena capacidad legislativa en materia foral, y zanja de una vez por todas el debate doctrinal acerca de la expresión «allí donde existan» (art. 149.1.8 CE). A partir de la reforma estatutaria, ya no cabe interpretar el Derecho civil autonómico referido al momento de la entrada en vigor de la Constitución, sino en un sentido amplio a la vigencia del Derecho foral en algún momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado. La expresión «allí donde existan» no representa por tanto, necesariamente, la vigencia actual del Derecho civil valenciano, esto es, en 1978, sino que basta la pretérita. Concluye, pues, que el art. 149.1.8 CE no se opone al ejercicio de esa competencia asumida por la Generalitat de acuerdo con el art. 49.1.2 EAV de 2006, sin perjuicio de recordar, además, que la reforma del Estatuto de Autonomía de 2006 por la que se asumió esa competencia exclusiva no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad en esa concreta materia. En este mismo sentido, subraya que si legislar supone innovar, esta posibilidad debe reconocerse no sólo a aquellas Comunidades en las que se efectuó una labor meramente científica de Compilación sino a todas en las que su Estatuto de Autonomía haya recogido dicha competencia legislativa. Cuestión distinta es que, en unos casos y en otros, existan una serie de principios constitucionales como el de igualdad o la unidad de mercado que deban ser respetados por los legisladores autonómicos o unos precedentes en el ámbito de lo que siempre hubo de Derecho civil propio y distinto en su territorio.

Asentada de este modo en el marco constitucional la competencia asumida en materia de legislación civil por la Generalitat, el escrito de alegaciones se detiene a analizar la adecuación al Estatuto de Autonomía y a la Constitución de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011. Para ello parte de la base de que una somera revisión de los Fueros del histórico Reino de Valencia permiten encontrar distintas menciones a las relaciones paterno-filiales que pueden considerarse como punto de partida para el desarrollo legislativo contenido en la ley que es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad. En todo caso, advierte de la semejanza de esta regulación con las leyes aprobadas en las Comunidades Autónomas de Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres) y Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia). Para las Cortes Valencianas, la competencia legislativa civil no se circunscribe a lo que establecían o no los Fueros históricos, sino que éstos se deben considerar un punto de referencia, punto de recuperación para su posterior adaptación a la Constitución y actualización a las necesidades sociales de cada momento. En tal sentido, afirma taxativamente que el art. 149.1.8 CE no se opone al ejercicio de esta competencia por la Generalitat en el sentido en que se preceptúa en el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana que lo será en exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano, pudiendo abordar esta labor no sólo desde «instituciones conexas» o costumbres existentes [en el sentido que se ha

interpretado por el Tribunal Constitucional (SSTC 88/1993 y 156/1993)], sino a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española. Como ejemplo de estas afirmaciones, que se contiene en la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía tras su reforma de 2006 se encuentra la Ley 5/2011 impugnada.

Por último, recuerda que junto a la competencia autonómica en materia de derecho civil valenciano, no se puede ignorar la competencia que en materia de protección de menores tiene atribuida la Generalitat Valenciana, sin olvidar que es un mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos (art. 39 CE). Por este motivo, advierte que la restricción de la competencia en materia de protección de menores, en circunstancias tan graves como lo son las crisis familiares, en los que son especialmente vulnerables, supondría impedir a la Comunidad Autónoma también el ejercicio de esta competencia.

Se solicita, en consecuencia, la íntegra desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

9. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 6 de octubre de 2011, acordó oír a las partes personadas para que en el plazo común de cinco días expusiesen lo que tuvieran por conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la Ley 5/2011. Evacuado el trámite de alegaciones conferido, el Pleno del Tribunal, por ATC 161/2011, de 22 de noviembre, acordó levantar la suspensión de la vigencia de Ley 5/2011, de 20 de marzo, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

10. Por providencia de 15 de noviembre de 2016, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Presidente del Gobierno impugna la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011), por considerar que invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada del art. 149.1.8 CE y, singularmente, de la doctrina establecida en la STC 121/1992, de 28 de septiembre, que limita el ámbito de la competencia asumible por la Comunidad Valenciana en la materia al derecho consuetudinario que subsista tras la abolición de los fueros. Subraya también que la competencia legislativa civil pertenece en este caso de manera exclusiva al Estado, incluso aunque la norma valenciana se limitara a reproducir exacta y fielmente la norma estatal.

Los representantes de la Generalitat y de las Cortes valencianas niegan el reproche y defienden la plena constitucionalidad de la Ley impugnada, apoyándose en los argumentos que han quedado detalladamente expuestos en los antecedentes 7 y 8 de esta resolución. Resumidamente, según puede comprobarse en los mismos, mientras la Generalitat defiende que el calificativo «foral» incluido en el art. 49.1.2 y en la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana (EAV) para referirse al Derecho civil valenciano, resulta esencial para la resolución de este litigio por ser el que justifica la plena recuperación del Derecho del histórico Reino de Valencia contenido en sus antiguos Furs derogados en 1707 para la representación de las Cortes Valencianas es la Ley Orgánica 12/1982 y el respeto a la doctrina de la STC 121/1992 lo que conduce necesariamente a afirmar que la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil no deriva de la aplicación del art. 149.1.8 CE, sino de la transferencia llevada a cabo por la Ley Orgánica de 10 de agosto, de transferencia de competencias de titularidad estatal a la Comunidad Autónoma Valenciana (en adelante, Ley Orgánica 12/1982).

Como ha quedado conformado el debate de acuerdo con las alegaciones de las partes, se pide a este Tribunal que resuelva si la Comunidad Valenciana tiene competencia o no para dictar la Ley 5/2011 impugnada.

2. Hay que subrayar que la cuestión sometida a nuestra decisión es, si no idéntica, muy similar a la planteada, por un lado, en el recurso de inconstitucionalidad 9888-2007 promovido por el Presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley de la Comunitat Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, y resuelta en la reciente STC 82/2016, de 28 de abril; y, por otro, en el recurso de inconstitucionalidad 4522-2013, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, y resuelta en la STC 110/2016, de 9 de junio. Tal cuestión se concreta en la posible vulneración de la Constitución por el legislador autonómico por exceso de su competencia en materia de Derecho civil. Por ello, resultan aplicables en gran medida los mismos razonamientos expuestos en dichas Sentencias.

El reproche se dirige contra la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al entender la parte recurrente que la materia legislada posee un carácter marcadamente civil, y que la Comunidad Autónoma valenciana no puede invocar su competencia para conservarla, desarrollarla o modificarla ex art. 149.1.8 CE, por tratarse de una materia que nunca ha formado parte de su derecho civil, cuestión de la que discrepan los representantes del Gobierno autonómico y del Parlamento valenciano. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe partir del encuadramiento competencial de las disposiciones que nos ocupan y del examen del título competencial que pueda tener incidencia en la materia regulada, así como del análisis de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en relación con el alcance de las respectivas competencias.

Las partes coinciden en el encuadramiento material de los preceptos impugnados, que se insertan en el ámbito relativo a la regulación de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, y cuya pertenencia a la materia civil no se discute. El ámbito material en el que deben incardinarse las normas cuestionadas es, por tanto, el relativo al Derecho civil, por ser ésta la materia directamente afectada, tal y como queda confirmado por la remisión que se realiza al art. 149.1.8 CE en el preámbulo de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 en la que se contienen.

Los preceptos de referencia para la resolución de este conflicto son, consiguientemente, los arts. 149.1.8 CE y 49.1.2 EAV que regulan la distribución de competencias entre el Estado y la Comunitat Autónoma en materia de Derecho civil. Según el primero, «[e]l Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial». Por su parte, el art. 49.1.2 EAV dispone que «[l]a Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano».

Junto a ellos, cuya aplicación al caso nadie discute, los órganos ejecutivo y legislativo de la Comunidad Valenciana citan también el art. 7.1 y la disposición transitoria tercera EAV y la Ley Orgánica 12/1982.

a) Para los representantes autonómicos, a través de la Ley Orgánica 12/1982 la Comunidad Autónoma ha asumido plenamente la competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho civil. Asunción que fue confirmada posteriormente por la Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de 1982 y,

finalmente, por la reforma de este mismo Estatuto por Ley Orgánica 1/2006. De esta manera, es la Ley Orgánica 12/1982 y no el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana la que proporciona la solución a este conflicto.

Como hemos expuesto en la STC 82/2016, a cuyo FJ 3 a) nos remitimos, tal asunción no resulta conforme con el modelo diseñado por la Constitución, al que debemos atenernos de acuerdo con el art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). La competencia autonómica en materia de derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la Ley Orgánica 12/1982, pero 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 independientemente de su preexistencia [en este mismo sentido, STC 110/2016, FJ 3 b)].

b) Asimismo, en el fundamento jurídico 3 b) de la STC 82/2016, y en el FJ 3 a) y c) de la STC 110/2016, se hacía constar que si bien la Comunidad Valenciana ha asumido estatutariamente la competencia en materia de «conservación, modificación y desarrollo» de su Derecho civil foral (art. 49.1.2 EAV), el calificativo «foral» incluido en la reforma estatutaria referido al derecho civil foral valenciano (art. 49.1.2 y disposición transitoria tercera EAV) no puede alterar el techo competencial establecido en el art. 149.1.8 CE. Ni la Ley Orgánica 12/1982, ni otros principios informadores de la actuación de los poderes públicos autonómicos contenidos en el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana (en concreto en su art. 7.1 y disposición transitoria tercera) permiten modificar o superar el ámbito delimitado por el art. 149.1.8 CE.

3. Dado que el debate, una vez más, queda ceñido a la interpretación que debe dársele al citado art. 149.1.8 CE, cuestión a la que ha dado ya respuesta en numerosas ocasiones este Tribunal, y, concretamente, en el caso de la Comunidad Valenciana en la STC 82/2016, FJ 4, y en la STC 110/2016, FJ 5, debemos insistir en los siguientes puntos:

a) «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 (SSTC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3, y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4). Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente “al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución” (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o “a la entrada en vigor de la Constitución” (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior».

La remisión a los «derechos civiles forales o especiales» alcanza «no solo 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», es decir, a aquellas que «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común” (STC 121/1992, FJ 1)».

b) El contenido de la competencia está siempre vinculado a la «conservación, modificación y desarrollo» de ese Derecho civil foral o especial previamente existente, de modo que los concretos términos empleados por la Constitución son «los que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar ... la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico» [SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1; 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1 a); 31/2010, de 28 de junio, FJ 76; 4/2014, de 16 de enero, FJ 4 e), y 82/2016, FJ 4 b)].

c) Conforme a nuestra doctrina, 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. Conviene destacar, además, que el art. 149.1.8 CE incluye también dentro de las competencias autonómicas al sistema de fuentes normativas propio de cada uno de los derechos forales, pues así se dispone expresamente en la norma constitucional citada («y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial»). En cuanto a la Comunidad Autónoma de Valencia, como ya pusimos de manifiesto, 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 [STC 82/2016, FJ 4 d)].

d) Ahora bien, es indispensable que cualquier institución jurídico 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. Por tanto, no cabe más que reiterar lo declarado ya en la STC 121/1992, FJ 2: «la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma valenciana se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8 para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre», doctrina que se reitera en la reciente STC 82/2016, FJ 4 c).

La reforma del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana producida por la Ley Orgánica 1/2006 no puede conducir a modificar esta interpretación derivada del tenor de la norma constitucional. Tampoco podemos estimar la denuncia de la Generalitat Valenciana de padecer discriminación y desigualdad de trato en comparación con otras Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil, pues el límite a las competencias autonómicas alcanza a todas ellas en los mismos términos expresados en el art. 149.1.8 CE.

4. Como hemos recordado recientemente con motivo de la impugnación de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, el derecho consuetudinario es fuente del ordenamiento (art. 1.1 CC) siempre que no sea contrario a la moral y al orden público, y que, en todo caso, su vigencia resulte acreditada. Y, por ello, «el hecho de que la Comunidad Autónoma valenciana haya asumido el desarrollo legislativo de sus instituciones civiles (EAV), permite 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. Sin embargo, la cuestión planteada en el presente recurso no ha de centrarse en la competencia de Valencia para legislar sus costumbres —para lo que indudablemente posee competencia—, sino en determinar si las instituciones jurídicas que pretende convertir en norma legal, es decir, en derecho escrito legislado, pertenecen o no a su derecho consuetudinario» (STC 82/2016, FJ 5).

Cuando se invoca una norma consuetudinaria la comprobación de su pervivencia y de su aplicación a través del tiempo es una exigencia requerida de manera general en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, incluido el ámbito de los derechos civiles, ya sean forales o especiales, o ya se trate del derecho civil común. La acreditación de su existencia es el corolario del principio general según el cual únicamente las costumbres notorias están exentas de prueba.

Aplicando la doctrina de la citada STC 121/1992, resulta que la validez de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, al igual que ocurría en relación al enjuiciamiento de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano plasmado en la STC 82/2016, depende de que la Comunidad Autónoma acredite la pervivencia de reglas consuetudinarias en materia de relaciones paterno-filiales que estuvieran en vigor al

aprobarse la Constitución Española de 1978. O, en su caso, como ocurría en relación con el enjuiciamiento de la Ley 5/2012, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, plasmado en la STC 110/2016, que pudiera acreditarse la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero «conexa» a ella que pudiera servir de base para estimar que estamos ante la competencia de «desarrollo» de su Derecho civil propio.

Como se señala en la STC 82/2016, FJ 6, «tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución. El EAV tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana, crear un Derecho civil *ex novo*».

Por ello, la posible conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 no resulta relevante, ya que lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión. A este respecto, a diferencia de lo que quedó establecido en relación a los arrendamientos históricos, aquí no se ha acreditado la subsistencia de tales costumbres [STC 121/1992, FJ 2 a)], lo que resultaba imprescindible de conformidad con nuestra doctrina (SSTC 121/1992, FJ 2, y 182 /1992, FJ 3).

En suma, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las razones expuestas, hemos de concluir que no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige para que la Comunidad Autónoma de Valencia pueda regular las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio derecho civil valenciano. Lo cual va a determinar el sentido de la presente resolución, ya que no se ha demostrado pervivencia de normas consuetudinarias que permitieran reconocer siquiera una referencia a costumbres vigentes hasta 1978, tras la derogación de los antiguos fueros del Reino de Valencia.

De todo lo hasta aquí expuesto se deriva la falta de competencia de la Comunidad Valenciana, en este caso, para regular las consecuencias civiles de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. Lo cual debe conducir a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, porque, a pesar de que efectivamente este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de la Comunidad Valenciana de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia de derecho de familia concernida no se ha probado su vigencia en el territorio autonómico y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la Comunidad Autónoma.

5. En cuanto al alcance de nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad debe precisarse 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 Ley 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.

Por todo lo cual, los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y

en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el presente recurso y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con su fallo, que, en mi opinión, hubiera debido ser íntegramente desestimatorio.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia fundamenta la inconstitucionalidad de determinados preceptos con contenido civil de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana en la doctrina constitucional sentada en la STC 82/2016, de 28 de abril, en que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 9888-2007 interpuesto contra la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; que fue posteriormente aplicada en la STC 110/2016, de 9 de junio, en que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 4522-2013 interpuesto contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hechos formalizadas de la Comunitat Valenciana.

Las razones de mi discrepancia con la doctrina establecida en las SSTC 82/2016 y 110/2016 ya fueron expuestas en sendos Votos particulares que formulé contra dichas Sentencias en que me manifesté en defensa de la constitucionalidad de las competencias que ostenta la Comunitat Valenciana en materia de Derecho civil foral referidas a la regulación del matrimonio. Aquellas razones son íntegramente extensibles a los aspectos civiles de la normativa ahora controvertida sobre relaciones familiares de los hijos con sus progenitores no convivientes que se ha declarado inconstitucional por razones competenciales. Esto es, creo que también la regulación normativa valenciana ahora controvertida (i) se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana; (ii) los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía; y (iii) aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia.

En este caso, creo que es necesario insistir en dichas ideas, tal como las expuse en el Voto particular formulado a la citada STC 82/2016, del que los siguientes apartados es una reproducción:

«1. La ley impugnada se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

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

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

A mi juicio resulta del todo imposible desconocer la importancia que tiene en materia competencial la citada disposición transitoria (que, recordemos, invoca la “competencia exclusiva” en materia civil), el artículo séptimo, y, en su conjunto, la apelación a la normativa foral histórica del Reino de Valencia, reiterada persistentemente en el nuevo Estatuto. Mantener que las referidas disposiciones carecen de relevancia competencial alguna implica, a mi juicio, una trivialización de la modificación del Estatuto de Autonomía y, en último término, del Estatuto en sí y de la normativa foral histórica cuya recuperación se ordena en el marco del ejercicio de la competencia en Derecho civil de la Generalitat. Por no salirme de las referencias al Código civil felizmente gratas (al menos en este caso) a la opinión mayoritaria, debo recordar que una norma capital en la interpretación de los contratos, unánimemente considerada aplicable también a cualquier proposición jurídica, y por ende, a las normas, establece que si una cláusula admite diversos sentidos deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Con la interpretación que sustenta la opinión mayoritaria la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía se limitaría a dirigir un evanescente mandato al legislador para que al desarrollar el Derecho civil trate de armonizarlo con el contenido de los antiguos fueros. Este mandato, aparte de estéril, no tendría sentido, habida cuenta del carácter consuetudinario al que la propia opinión mayoritaria reduce el alcance del Derecho civil valenciano.

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

El rigor imponía que, como traté de exponer durante la deliberación con más extensión que en este Voto particular (agradeciendo la paciencia demostrada por mis colegas), el Tribunal se plantease si la recuperación del Derecho histórico valenciano cabe o no en la Constitución. En el caso de que la respuesta mayoritaria, como parece inevitable (en contra de mi criterio), hubiera sido negativa, habría sido necesario que el Tribunal se hubiera planteado la constitucionalidad de la disposición transitoria tercera del Estatuto de

Autonomía, pues así lo ordena la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Según esta ley si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por ley o norma con rango de ley (y un estatuto de autonomía es una ley orgánica definidora de las competencias de la comunidad autónoma), el conflicto de competencia se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad (artículo 67).

Es decir, en el supuesto enjuiciado resulta improcedente plantearse aisladamente la inconstitucionalidad del acto dictado en el ejercicio la competencia controvertida, en este caso la Ley de Régimen económico matrimonial valenciano, pues esta trae causa directamente del Estatuto. La doctrina ha admitido profusamente el llamado incidente de constitucionalidad dentro de los procesos constitucionales, a pesar de la opinión contraria mantenida en la deliberación y quizá implícita en la sentencia.

La supuesta osadía que alguien pudiera ver en el hecho de (auto)plantearse la inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía queda notablemente compensada por el riesgo de trivialización que supone esterilizar y convertir en yermos preceptos de sustancial importancia pertenecientes a una norma que tiene carácter institucional básico para la comunidad autónoma y que, como reiteradamente ha dicho el Tribunal, forma parte del bloque de la constitucionalidad y, como tal, es parámetro de constitucionalidad desde el punto de vista de la atribución de competencias.

2. Los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía.

Según la posición predominante en la doctrina, de acuerdo con determinada interpretación histórica, aceptada por la jurisprudencia constitucional, la disposición adicional primera de la Constitución, que consagra la actualización de los derechos históricos de los territorios forales, únicamente puede entenderse referida al País Vasco y a Navarra, es decir, a los territorios forales así denominados tradicionalmente. Con ello se excluye a las demás comunidades con antecedentes forales de la posibilidad de ser reconocidas como titulares de derechos de esta naturaleza.

Esta restricción del ámbito geográfico de reconocimiento de los derechos históricos por parte de la Constitución por la jurisprudencia constitucional se refiere específicamente al Derecho público: es decir, a las instituciones de autogobierno. La jurisprudencia antigua del Tribunal Constitucional no se pronunció en cuanto a la posible recuperación de derechos históricos en materia de Derecho privado por parte de otros territorios.

La primera vez en que el Tribunal Constitucional se enfrenta con esa materia es en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que resolvió diversas cuestiones relacionadas con el Derecho civil catalán, al abordar la cuestión relativa al papel de los derechos históricos.

El Tribunal Constitucional comprueba (FJ 10) que, “[d]e acuerdo con el art. 5 EAC” “[e]l autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución”. A juicio de los recurrentes en aquel proceso, esto “supone recabar para el Estatuto de Autonomía una facultad de actualización de los derechos históricos y, con ella, de asunción de competencias por los cauces que la Constitución ha reservado a los territorios forales en su disposición adicional primera.” Pues bien, el Tribunal Constitucional afirma que “[t]anto los derechos históricos como las instituciones seculares y la tradición jurídica de Cataluña invocados por el precepto son únicamente aquellos de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil ... Se trata, pues, de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución. Y ello porque se *refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado* o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía ... Sólo de manera

impropia podría entenderse que tales derechos históricos son también, jurídicamente, fundamento del autogobierno de Cataluña”. (Resaltado mío).

La Sentencia termina haciendo una interpretación constitucional del art. 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), con arreglo al cual este “no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que su inciso ‘en los derechos históricos del pueblo catalán’” no remite al contenido de la disposición adicional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma, y así se dispondrá en el fallo.

En suma, el Tribunal Constitucional reconoce relevancia al mandato de actualización de derechos históricos en materia de Derecho privado cuando se incorpora a un Estatuto de Autonomía, entendiéndose que dicho reconocimiento, por operar en el campo del Derecho privado, no se opone a la limitación geográfica impuesta por la disposición adicional primera de la Constitución, mientras que, en el campo del Derecho público, la única referencia válida a los derechos históricos es la que deriva del reconocimiento de una vía especial de acceso a la autonomía al amparo de la disposición transitoria segunda de la Constitución.

No es discutible que la actualización de derechos históricos, posible en el campo del Derecho privado siempre que la establezca un Estatuto de Autonomía, ha de tener lugar de conformidad con la Constitución, como el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana reconoce repetidamente. Hay que suponer que según la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia esta recuperación no sería posible en la Comunitat Valenciana, puesto que el régimen histórico foral valenciano no estaba vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución.

A mi juicio, esta objeción carece de valor por las siguientes razones: (i) 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; (ii) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido efectivamente diciendo que los derechos forales o especiales reconocidos por el artículo 149.1.8 CE solo son aquellos vigentes al momento de la entrada en vigor de la Constitución; sin embargo, esta afirmación se ha hecho siempre con el carácter de *obiter dictum*, pues los casos resueltos se refieren a instituciones la controversia acerca de las cuales no versaba sobre el momento de su vigencia, sino únicamente sobre su valor como Derecho civil foral o especial o su conexión con el Derecho foral; o a costumbres en las cuales, por su naturaleza de normas fundadas en la repetición consciente de conductas como obligatorias, la vigencia se confunde con la existencia; (iii) entender que una frase tan genérica como “allí donde existan”, utilizada por el artículo 149.1.8 CE exige el dato de la vigencia efectiva del Derecho foral o especial en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, que es la tesis que propugna la opinión mayoritaria en que se funda la Sentencia, tiene su fundamento, a mi juicio, en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o “por ahora” en los territorios donde “subsistan”, como decía en su redacción original el Código civil. No parece necesario esforzarse en demostrar que esta concepción residual no es la que mantiene la Constitución, que habla de una manera amplia de la legislación en materia de “derechos forales o especiales” como competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas y reserva al Estado concretas materias que son las que verdaderamente se considera necesario mantener frente a estos derechos en el ámbito de su competencia exclusiva; (iv) tratándose de los derechos históricos por antonomasia, es decir, de los pertenecientes en el ámbito del Derecho público al País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, resulta una evidencia histórica que no todos los derechos reconocidos en este ámbito territorial estaban vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues el concierto económico para Guipúzcoa y Vizcaya se restauró prácticamente de forma contemporánea a la Constitución,

tras un largo periodo de supresión, y otros derechos históricos, como la existencia de una policía propia en el País Vasco, se remontan a realidades históricas anteriores.

A mi juicio, por consiguiente, 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.

3. Aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia.

Si se admite, siguiendo la propia argumentación de la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia, que existe un Derecho consuetudinario valenciano que tiene el valor de Derecho foral desde el punto de vista del artículo 149.1.8 CE (es decir, que existe competencia legislativa de la Comunidad Autónoma sobre su Derecho foral), parece inexplicable que la posible calificación de la ley impugnada como integrante del Derecho foral se busque en unos hipotéticos antecedentes consuetudinarios, exigiendo la prueba de su existencia en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, y no, de acuerdo con jurisprudencia constitucional reiterada, en la posible relación de conexión existente entre la ley impugnada y las instituciones reconocidas como forales, las cuales han adquirido, como la opinión de la que disiento reconoce, rango legislativo.

Como es sabido, una vez reconocido el sistema de Derecho civil foral o especial como fundamento de las competencias civiles de la comunidad autónoma, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sigue un criterio muy amplio para determinar el alcance de sus competencias normativas, fundado en los principios constitucionales de “desarrollo” y “modificación”.

Esta jurisprudencia se basa en algunos puntos capitales: (i) “El término ‘allí donde existan’ a que se refiere el art. 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas” (STS 88/1993, FJ 3, entre otras); (ii) “La Constitución permite, así, 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 preconstitucionales” (STS 88/1993, FJ 3, entre otras); (iii) “[L]as competencias autonómicas para ‘desarrollar’, en lo que aquí interesa, el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de este y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil.” (STC 156/1993, FJ 6, entre otras).

Estas condiciones se cumplen en la Comunitat Valenciana, pues, (i) reconocida la vigencia del Derecho foral valenciano por la vía de la prueba de la existencia de instituciones consuetudinarias en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (dado que la garantía de la foralidad, según infiere de la STC 121/1993 la opinión mayoritaria, alcanza a normas civiles de ámbito regional o local de formación consuetudinaria), (ii) la Constitución permite que este Derecho foral pueda ser objeto de modificación y desarrollo dando lugar a su actualización y crecimiento orgánico (iii) mediante la regulación de materias que guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil.

Dado que este criterio de conexión ha sido utilizado con una enorme flexibilidad por parte de la jurisprudencia constitucional, 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 legislado. En todo caso, parece extraño que la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia no haya seguido esta vía y, por el contrario, se haya encerrado en la imposible pretensión de examinar la

existencia o no de prueba acerca del valor consuetudinario del Derecho foral histórico, el cual, por su propia naturaleza, no puede ser equiparado a la costumbre ni estar sujeto a los requisitos para su reconocimiento, por tratarse de una fuente del Derecho de naturaleza distinta a las que integran el Derecho foral escrito, que es aquel a cuya recuperación y actualización se refiere el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. Tan cierto es que la costumbre solo regirá si resulta probada como que la vigencia de la norma escrita depende de procedimientos de aprobación, promulgación y publicación.

Pero lo que me importa subrayar aquí es que no comparto el criterio según el cual el criterio de conexión opera como límite para el desarrollo y modificación de los derechos forales o especiales (reconozco que hasta ahora es el mantenido por la jurisprudencia constitucional), aunque soy consciente de mi absoluta soledad en la actual composición del Tribunal, habida cuenta de la contundencia con que el criterio de un desarrollo limitado del Derecho foral o especial —emparentado con la que he llamado concepción residual— se mantiene en la argumentación desarrollada por la opinión mayoritaria incorporada a la sentencia (que se refleja, por ejemplo, en el párrafo primero del Fundamento jurídico 6).

Partiendo de conceptualizar los Derechos forales o especiales como subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas provisionalmente con carácter subordinado al Derecho común), de acuerdo con una acreditada teoría surgida en el ámbito de la doctrina civilista, mi posición es la de los Votos particulares formulados a la STC 88/1993, de 12 marzo, según los cuales el Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa. Los expresados votos sustentan esta tesis (i) en el argumento analítico fundado en la interpretación literal de la expresión Derecho civil; (ii) en el argumento sistemático de que de otro modo no tiene sentido la reserva competencial al Estado de determinadas materias, algunas de las cuales no formaban parte de los Derechos forales o especiales; (iii) en el argumento apagógico de que la interpretación contraria hace depender el desarrollo de los derechos de factores aleatorios; (iv) y en el argumento teleológico según el cual la conservación de la legislación civil solo tiene sentido si se entiende limitada por razones históricas a determinadas comunidades autónomas, pero no en función del ámbito material de su contenido en cada una de ellas.»

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.—Juan Antonio Xiol Ríos.—
Firmado y rubricado.