

El Derecho interregional y la foralidad

SUMARIO: I. **INTRODUCCION:** 1. EL ESTADO AUTONÓMICO Y LOS CONFLICTOS DE LEYES. 2. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERREGIONAL. 3. LAS PECULIARIDADES DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL.—II. **LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES:** 1. Los DISTINTOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES NO TIENEN VALOR DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDEPENDIENTES. 2. EL JUEZ ANTE LA LEY CIVIL FORAL. 3. EL JUEZ Y LA COSTUMBRE. 4. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 5. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUEZ. 6. EL CONFLICTO ENTRE NORMAS: LA ESPECIALIDAD DE LA NORMA CONSUETUDINARIA.—III. **CONTENIDO DE LA COMPETENCIA ESTATAL:** 1. LIMITACIONES DE CONTENIDO A LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE REGULACIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHO INTERREGIONAL. 2. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO CUANDO DIRIME CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS. 3. DERECHO FORAL Y AUTONOMÍA POLÍTICA. 4. DERECHO FORAL: UN SISTEMA DE PRINCIPIOS. 5. DERECHO FORAL Y COMPETENCIA LEGISLATIVA. 6. LOS CONFLICTOS DE LEYES Y DERECHO INTERREGIONAL.—IV. **EL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL:** 1. LA COMPETENCIA PARA REGULAR LOS CONFLICTOS DE LEYES. 2. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN. 3. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD: LA VECINDAD CIVIL. 4. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: LA COORDINACIÓN DE LOS PODERES AUTONÓMICOS. 5. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL.—V. **LA REGULACION ESTATAL DE LA VECINDAD.** 1. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD Y EL DERECHO PRIVADO. 2. LA CONEXIÓN POR VECINDAD: SU FINALIDAD. 3. LA POSICIÓN DEL CODIFICADOR. 4. LA VECINDAD Y EL PRINCIPIO AUTONÓMICO. 5. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LA NORMA AUTONÓMICA. 6. LA ACTUALIDAD DE LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 7. LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA PARA REGULAR LA EFICACIA DE LAS NORMAS Y LAS REGLAS GENERALES PARA SU APLICACIÓN.—VI. **LA COORDINACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES EN LA PRACTICA:** 1. COORDINACIÓN Y GARANTÍA DE «PLENO RESPETO». 2. COORDINACIÓN DE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS ENTENDIDAS COMO SISTEMAS «PRINCIPIALES». 3. EL CONFLICTO MÓVIL

I. INTRODUCCION

1. EL ESTADO AUTONÓMICO Y LOS CONFLICTOS DE LEYES

La regulación de los conflictos de leyes es una competencia de titularidad estatal. En efecto la Constitución (en adelante «CE») reserva al Estado la regulación de los conflictos de leyes en general (1).

El Tribunal Constitucional ha entendido esta reserva en el sentido de que la regulación de todos los conflictos de leyes es competencia exclusiva del Estado. La importancia práctica de esta interpretación está en que el contenido de la competencia alcanza, no sólo a la regulación de aquellas materias propias del Derecho Internacional Privado, sino también a las que la doctrina civilística suele entender propias del denominado «Derecho Interregional» (2).

Fundamento para semejante interpretación no cabe encontrarla en que exista analogía entre los conflictos de leyes de naturaleza internacional y los de naturaleza interregional. Unos y otros se desenvuelven en planos distintos: no se trata sólo de que no es hoy posible equiparar las instancias autonómicas, con competencia en materia de Derecho Foral, a Estados soberanos sino, y esto es lo importante, de que la libertad de regulación de la ley estatal no es la misma si los conflictos de leyes versan sobre materia internacional que si versan sobre materia interregional.

Ciertamente el Estado, cuando regula conflictos de leyes, decide siempre sobre el alcance de un Derecho extraño a su competencia, y decide, incluso, en posición de parte directamente interesada en el conflicto (2 bis),

(1) La reserva a favor del Estado de la competencia para regular conflictos de leyes está en el torturado artículo 149.1.8 de la CE: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8. 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 registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas del Derecho Foral o especial».

(2) Cpr. la STC (Pleno) 72/1983, de 29 de julio; el Tribunal entiende que, a pesar del contexto en que se formula la reserva («legislación civil»: art. 149.1.8 del CE), la competencia para regular los conflictos de leyes comprende, en el campo interregional también, no sólo los conflictos de leyes civiles sino cualesquiera conflictos de leyes, aunque no sean civiles. Esta amplia interpretación está acogida explícitamente en el voto particular de los magistrados Díez PICAZO y RUBIO LLORENTE. También ahora sentencias 156/1993 y 226/1993 en que se reitera esa doctrina.

(2 bis) No ciertamente siempre en Derecho interregional: los conflictos pueden enfrentar exclusivamente a legislaciones forales sin que tenga arte ni parte el Derecho llamado común. Asoma aquí la singularidad de la posición del Estado cuando establece Derecho interregional que obliga a reconocerle un cierto papel arbitral o armonizador en esta materia: papel sobre el que nos extenderemos un poco más adelante.

pero ahí se acaban las semejanzas entre la regulación internacional y la interregional.

2. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERREGIONAL

El alcance de la vigencia en territorio nacional del Derecho extranjero y, en su caso, del Derecho español en territorio extranjero es decidida por el Estado en una posición bien distinta de la que ocupa cuando regula esas mismas cuestiones en el ámbito interno: esto es, cuando delimita la vigencia de las leyes pertenecientes a cualquiera de los distintos sistemas civiles, existentes en España, fuera del territorio que, en principio, les ha sido asignado (3).

La competencia del Estado para la regulación de conflictos de leyes de naturaleza internacional adolece de una característica asimetría. La amplia libertad de que el Estado goza para decidir el alcance de la recepción del Derecho extranjero por los Tribunales y órganos de la Administración española se transforma en absoluta incapacidad para decidir en la situación inversa: el Estado español no tiene competencia directa, obviamente, para decidir la vigencia de Derecho español en territorio y, por tanto, foro extranjero. Cuando de Derecho interregional se trata, la situación es en cambio muy diferente: el alcance de la competencia estatal es, tanto en uno como en otro de los dos supuestos analizados, la misma, pero es siempre, ahí está lo importante, una competencia sujeta, como veremos, a límites estrictos.

i) Por una parte la libertad del Estado para decidir el alcance de la recepción de uno cualquiera de los llamados Derechos forales en territorio en que rige otra legislación civil, incluso en territorio reservado a la legislación del mismo Estado, no es absoluta: la garantía constitucional de los Derechos

(3) Con acierto se ha destacado que la apreciación de conflicto de leyes interregional exige, con carácter previo, a la vista de que la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral está reservada por la CE a los Poderes Autonómicos, dilucidar una cuestión de competencia: las leyes forales, que entran en conflicto, han de ser válidas, es decir, dictadas por las Autonomías que tengan atribuida competencia en esa materia y dentro del marco constitucionalmente reconocido. El principio de competencia implica un juicio de validez previo a la solución de los conflictos de leyes internos, en cuanto depura a los Ordenamientos autonómicos y los deja en condiciones de ser aplicados. Vid. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes* (1987), págs. 84-85: «si una competencia pertenece en exclusiva al Estado, se elimina el conflicto de leyes y, si por contra corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas, el conflicto de leyes es posible». BORRAS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en Derecho interregional* (1984), pág. 22, n. 5, aclara la distinción entre normas atributivas de competencia y normas conflictuales: las primeras apoderan para dictar normas en determinadas materias, mientras que las segundas resuelven supuestos de tráfico privado interlocal.

forales vincula al Poder estatal. El mandato constitucional de respeto al contenido del Derecho foral como un Derecho civil vivo, e independiente del estatal («conservación, modificación y desarrollo») limita la libertad de decisión del Estado en materia de Derecho interregional en mayor grado que, para situación paralela, resulta en Derecho internacional del necesario respeto a las «normas» de buena vecindad o al principio de reciprocidad (4).

ii) Por otra parte, al contrario que en Derecho internacional, el Estado sí puede, en cambio, determinar la vigencia de cualquier legislación civil (también, por tanto, de su propia legislación) en territorio foral y por tanto «ajeño»: una competencia invasora ciertamente incomprensible si la materia tuviese naturaleza internacional. Esta capacidad para definir la vigencia del Derecho propio en territorio ajeno no es, de todos modos, absoluta, puesto que no puede traspasar el límite ya conocido: el ejercicio de la competencia nunca podrá conculcar la garantía de «pleno respeto» de los Derechos Forales o especiales.

En resumen la competencia estatal para dirimir los conflictos de leyes que puedan resultar, a la hora de aplicar las distintas legislaciones civiles, vigentes en España, no puede equipararse a la competencia estatal para resolver los conflictos de leyes cuando la disputa versa sobre materia internacional: la competencia estatal para regular el Derecho interregional debe ejercerse de modo neutral y nunca de modo que se conculque la garantía institucional con que la CE protege a los denominados Derechos forales (5).

(4) La recepción del Derecho extranjero, fuera del caso de la existencia de Tratados, no es obligatoria para el legislador estatal: existen sólo razones de conveniencia para su aplicación. En el caso del Derecho interregional, la aplicación extraterritorial (fuera del territorio de la Autonomía a quien haya sido atribuida la competencia) de cualquiera de los Derechos civiles españoles, resulta del mandato constitucional que obliga a su «conservación y desarrollo». El texto defiende la opinión de que sólo este punto de vista permite justificar el mantenimiento de la vecindad civil, presupuesto del conflicto de leyes, como punto de conexión principal. El recurso a configurar un cierto estatuto personal «interno» a través de la vecindad, lo que supone el reconocimiento implícito de cierta eficacia extraterritorial a las distintas legislaciones civiles autonómicas, sólo parece justificable por mor de la adecuada «conservación» de las instituciones forales: es necesario que la legislación civil se siga aplicando a personas ya no residentes (pero tenidas todavía por vecinos: ahí entra la vecindad) mientras el núcleo de los intereses patrimoniales a proteger (que delimita una determinada institución jurídica) reciba su «conexión de sentido» todavía del Derecho «propio». Sobre extraterritorialidad de las legislaciones civiles, bien que desde la perspectiva opuesta, de nuevo ARCE, cit., pág. 198.

(5) Sobre la diferencia de presupuestos y contenido entre el Derecho interregional y el internacional, vid. el estudio clásico de PECOURT, «El nuevo sistema español de Derecho interregional», en *Primeras Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral* (Pamplona, 1975), pág. 41 y sigs. y 65 y sigs. También ahora FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado* (1991), pág. 106 y sigs.: «entre el objeto del D.I.Pr. y el del Derecho Interregional existen, sin duda, concomitancias notables pero

3. LAS PECULIARIDADES DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA
LA REGULACIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL

La importancia práctica de lo hasta ahora razonado está en que, caso de ser ciertas las conclusiones, surgen serias dudas sobre la constitucionalidad de la norma que, tal como sucede hoy en nuestro Derecho, remite en bloque la regulación del Derecho interregional a la vigente en materia de Derecho internacional privado (6).

Las normas de Derecho internacional privado adolecen, por razones por lo demás obvias, del «defecto» de conceder preferencia normalmente a uno de los Derechos que entran en liza: a saber, a la legislación propia del Estado cuya norma de conflicto se aplica. Como hemos visto, y veremos en detalle, el pleno respeto de los Derechos forales, que la CE exige, excluye cualquier discriminación, sea de todos en bloque, sea de uno cualquiera de ellos. En consecuencia, habrá que examinar, caso por caso, si la regulación establecida para determinado conflicto internacional, así como los puntos de conexión elegidos, no suponen discriminación de uno de los Derechos en liza: de ser así, la norma de conflicto (internacional) no sería mecánicamente trasladable y, en consecuencia **utilizable**, cuando, de legislaciones civiles interestales se trata (7).

también diferencias insoslayables». Acertadamente insisten en que el «principio de unidad del Ordenamiento que acompaña al Derecho interregional (ausencia de jurisdicción propia de los Poderes Autonómicos) introduce notables diferencias». El principio de unidad de jurisdicción no admite dudas en Derecho interregional: los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial unitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma según el artículo 152 de la CE: vid., ARCE, cit. La postura unitaria, que defiende una analogía sustancial entre el Derecho Internacional Privado y el Interregional, ha gozado (y goza) de amplio predicamento en la doctrina: por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción* (1984), pág. 24. Insiste en la proximidad entrambos Derechos, BORRAS, cit., alegando la identidad de técnicas o métodos de reglamentación que utilizan: «regulación de situaciones conectadas a diversos ordenamientos».

(6) Artículo 16 del Código Civil: «1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

(7) La norma de conflicto encubre una preferencia implícita a favor de la propia legislación: la aplicación de la legislación extranjera no es neutral. La jurisdicción propia aplica la legislación extranjera vista a través de los conceptos propios: basta reparar en los problemas que presenta la «calificación», según Derecho extranjero, una vez haya sido declarado aplicable por la norma de conflicto, así como la llamada «cuestión previa de Derecho nacional». Vid. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 461: «la práctica demuestra (...) la aplicación prioritaria del Derecho del Foro (...). Sea como fuere resulta indiscutible que la ley del foro no se sitúa en un plano de igualdad respecto a la ley extranjera, sino en una relación de predominio (...). Incluso cuando la ley del foro no es aplicable, sus

En definitiva el Estado cuando regula la materia interregional no puede imponer una solución al conflicto que otorgue sin más preferencia en la aplicación a una de las legislaciones enfrentadas, ni siquiera a su propia legislación.

No lo justificaría la defensa de la propia soberanía por la sencilla razón de que todas nuestras legislaciones civiles vigentes son fruto, y no sólo el derecho del Código, de una misma soberanía: la de la nación española. Tampoco justificaría la preferencia el principio de defensa de la competencia del propio foro. El fuero, en este caso, es único, aunque aplique legislaciones civiles diversas, porque son todas nacionales (esto es, originadas en instancias competentes residenciadas en España) (8).

II. LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES

1. Los DISTINTOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES NO TIENEN VALOR DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDEPENDIENTES

El mantenimiento de un fuero único, servido por un solo cuerpo de jueces funcionarios, organizado jerárquicamente en una sola carrera (9), es suficiente prueba de que no cabe hablar, si se emplean los términos con precisión, de una pluralidad de ordenamientos jurídicos civiles españoles (10).

categorías jurídicas presiden las operaciones de calificación y delimitación, y los valores del ordenamiento del foro impulsan (determinada) aplicación de las normas de conflicto materialmente orientadas. En efecto, en este último tipo de normas, el legislador puede utilizar formulaciones muy generales, tales como la ley más favorable (...) En la orientación material de dichas normas se halla también (...) un germen de particularismo del sistema del foro (...). De ahí la importancia que para el Derecho interregional tiene la limitación del artículo 16.1.2 del Código: los problemas de calificación han de resolverse con arreglo a la *lex causae*, es decir, al Derecho, sea estatal o foral, llamado a regular el fondo del asunto: cfr. DELGADO, «Comentario del artículo 16», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil* (Madrid, 1991), pág. 169.

(8) Advierte con razón BORRAS, cit., pág. 29, que todas las leyes en presencia reúnen la condición de españolas, a lo que se suma que el poder judicial sea único para toda España: razones ambas que impiden hablar de *leges fori* diferenciadas. Vid. nota 5. De ahí que resulte inaplicable en Derecho interregional la norma sobre calificación del artículo 16.1.2 del Código (en nota 6).

(9) Según OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (1988), págs. 299-301, la encarnación de ese Poder judicial unitario no sería su Consejo General sino el Tribunal Supremo: «Sólo pueden reconducirse a unidad como jueces y magistrados, como Poder Judicial, a través del ejercicio de la propia función judicial con criterio homogéneos, a través de los mecanismos que hacen, del conjunto de los jueces, un juez».

(10) Contra, insistiendo sobre la existencia de una pluralidad de Ordenamientos, HERRERO DE MINÓN, «Marginales al nuevo Título Preliminar del Código Civil», en REDA (1974) 388: «Según el nuevo artículo 13, los derechos forales son distintos entre sí y

Existe ordenamiento cabalmente no sólo cuando existen normas distintas o sistemas jurídicos que se inspiran en principios de derecho material diferentes. La sustancia del ordenamiento está en la singularidad e independencia de una organización propia. Más que en las normas, la singularidad del ordenamiento radica precisamente en la organización: los mecanismos que el sistema dispone para homogeneizar las decisiones que los diferentes centros de decisión deben adoptar con arreglo a las normas promulgadas (10 bis). En el caso español, el ordenamiento es único, sencillamente por que la organización encargada de aplicar las distintas normas es también única: la judicatura es la misma para todo el territorio español (11).

Esta unidad de organización, que excluye la pluralidad de ordenamientos jurídicos, no deja, sin embargo, de pasar por curiosos trances. La principal es que la posición de sometimiento a la ley que la CE reserva al juez constitucional, no es adoptada en el mismo grado por las distintas legislaciones civiles, por la sencilla razón de que la preeminencia de la ley no es respetada, de igual modo, por cada uno de los Derechos civiles españoles (12).

La libertad en la aplicación del Derecho por el juez, su grado de sometimiento a la ley, no es idéntico en todo el territorio español: el principio de

respecto del recogido en el Código Civil (...) porque carecen de una fundamentación formal común, reduciéndose el artículo 13 a señalar el ámbito de vigencia de uno de ellos: el derecho codificado de Castilla. Que ello ocurra a la vez que el Título Preliminar adquiere verdadero rango de Introducción al Ordenamiento, demuestra que no hay ya un solo ordenamiento al que introducir, sino a varios».

(10 bis) El estatuto de funcionario sería así un instrumento de uniformización de la conducta de los servidores del Estado cuya finalidad estriba en limitar, en la medida necesaria, el juego —por otra parte ineliminable, ya que existe en toda decisión— de la personalidad del encargado de tomarla.

(11) Se toma el concepto de Ordenamiento, evidentemente, de SANTI ROMANO, *L'Ordinamento giuridico* (1945), pág. 13: ordenamiento es el complejo de normas y organización.

(12) Artículo 117.1 de la CE impone sumisión exclusiva del juez al imperio de la Ley: «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder judicial, independientes (...) y sometidos únicamente al imperio de la ley». Sobre la sujeción del juez a la Ley, entendida en sentido amplio ya que comprendería en realidad «todo el Derecho», vid., OTTO, cit., págs. 301-303: «la propia Constitución reconoce otras normas (que la ley parlamentaria)», por lo que «reducir el derecho a la ley parlamentaria (...) significa hacer de éstas (las otras normas) algo carente de toda eficacia, en cuanto que el juez no estaría obligado a aplicarlas en ningún caso. Con tal planteamiento son difícilmente imaginables las jurisdicciones administrativa y laboral. También es difícil con ese planteamiento explicar por qué la costumbre es fuente del derecho, pues evidentemente no cabe en el concepto de ley así entendido». Adviértase que OTTO piensa en la costumbre *praeter o secundum legem*, no en la *contra legem*, pues se volvería contra sus propósitos: su interés está en demostrar que la «creación jurisprudencial está en todo momento subordinada a la voluntad del legislador»; lo que no pasa si se da juego a la costumbre contraria. La subordinación del juez al legislador es uno de los núcleos del Estado de derecho: FORSTHOFF, «Il vincolo alla legge ed al Diritto», en GIUFFRÉ (ed.) *Stato de Diritto in trasformazione* (1973), pág. 235 y sigs.

legalidad, en materia civil, no goza de un mismo reconocimiento por los distintos Derechos civiles españoles. Curiosamente esta libertad no puede por menos que alterar la posición reconocida al juez en el proceso de aplicación del Derecho. Se ha dicho que el juez es independiente (de todos los demás poderes) precisamente porque sólo sirve a la Ley: la libertad del juez frente a la ley, ¿no transforma el sentido de su propia independencia? (13).

2. EL JUEZ ANTE LA LEY CIVIL FORAL

Evidentemente el problema sólo surge cuando un determinado Derecho foral no garantiza la preeminencia de la ley. Dicho de otro modo, estamos ante el discutido problema de la llamada costumbre contra ley (14).

El juez, en un sistema jurídico que reconoce preeminencia a la costumbre, no puede proceder, sin más, a aplicar la ley al caso que regula: con carácter previo debe pronunciarse sobre su vigencia. La apreciación de la existencia de una costumbre contraria subordina la norma de origen parlamentario (la ley) a la que directamente el pueblo ha dispuesto a través de su propia conducta (costumbre), repetida con la convicción de estar definiendo Derecho. Esta sustitución de la definición parlamentaria (democracia indirecta) del Derecho por la que el mismo pueblo haga (democracia directa) parece en principio elogiable. Pero no deja de implicar graves peligros que no se escapan al político avisado.

Los defensores de la aplicación preferente de la costumbre no consiguen precisar, de modo adecuado, cuáles serían las fuentes de conocimiento de las costumbres vigentes. Con razón los partidarios radicales de la costumbre se niegan a aceptar que sus fuentes de conocimiento tengan necesariamente que

(13) La frase es de SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1982), pág. 162: «La independencia del juez respecto a los mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en la dependencia del juez respecto de la Ley». Hoy es un lugar común. Cmpr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (1976), pág. 52: «El juez no está sometido tampoco al legislador sino a su voluntad formalmente expresada, o sea: está sometido a la ley (...) El sometimiento del juez a la ley y su independencia frente a todo lo que no lo sea son correlativos; son como dos caras de una misma cosa (...) No habiendo aplicación de una voluntad ajena no existe jurisdicción sino arbitrio». Disputan nuestros constitucionalistas sobre si la independencia judicial exige generalidad en la ley: contra OTTO, cit., pág. 179 y sigs. Sin embargo, vid., ahora para la defensa sin ambages de un concepto material de ley, RUBIO LLORENTE, «El principio de legalidad en CEC» (ed.), *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución* (1993), págs. 366-367 esp.

(14) Paradigmática es la formulación navarra. Artículo 2 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: Prelación de fuentes. En Navarra la prelación de fuentes de derecho es la siguiente: 1. La costumbre. 2. Las leyes de la presente compilación. 3. Los principios generales del Derecho Navarro. 4. Derecho supletorio. Interesa ahora sólo remitir al artículo 1 de la nueva Compilación gallega.

adoptar forma escrita y, mucho menos, que la competencia para su recopilación o formulación deba reconocerse únicamente a la instancia legislativa. Poca diferencia existe entre un sistema legal y otro consuetudinario en que la vigencia de la costumbre pudiera ser apreciada sólo por el Parlamento: el diablo expulsado por la puerta regresaría por la ventana.

Ahora bien el reconocimiento de la tradición oral como vehículo adecuado para conocer la norma consuetudinaria, sobre todo si se da preferencia a la costumbre local frente a la general, tampoco parece una solución apropiada: obligaría al juez a decidir en el mismo proceso no sólo sobre cuáles sean los hechos que delimitan el caso controvertido, sino también los que permiten reconocer el Derecho por el que se ha de regular el conflicto planteado. Reducir la cuestión de derecho también a una cuestión de hecho, con la consiguiente necesidad de prueba en cada caso del Derecho aplicable, otorgaría al juez un amplio margen de discrecionalidad (15).

3. EL JUEZ Y LA COSTUMBRE

En esta situación, no sólo sería el juez la instancia decisoria de conflictos con arreglo a Derecho sino que también le correspondería la definición del Derecho que debe aplicar: si opta por la aplicación de alguna costumbre, sobre todo si es local, serán pocas las posibilidades de revisar el fundamento jurídico de la decisión que haya adoptado. En efecto, de seguirse esta vía, los jueces retendrían no sólo la competencia de juzgar sino también la competencia para, con carácter previo a su decisión, definir los términos del Derecho material que justificarán el sentido de la resolución emitida.

(15) Se entiende, por lo tanto, como una defensa de su propia preeminencia jurisdiccional, la doctrina, que late en muchas sentencias del TS, por la que se prohíbe a los jueces investigar de oficio la existencia de la costumbre, de modo que la pretensión amparada en ella debe rechazarse como «infundada» por falta de prueba: cmpr. ALCALÁ ZAMORA, «La prueba del Derecho consuetudinario», en *RDP* (1934), 145 y sigs. Con razón LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho* (1969), pág. 294 y sigs., entiende que «las afirmaciones del Tribunal Supremo de que la costumbre ha de probarse en juicio para ser aplicada, se traducen así prácticamente en una posibilidad de variación del orden jerárquico de las fuentes establecido en el artículo 6 del Código Civil». Para, a continuación, razonar: «La única cautela que debe guardar el juez es que la costumbre haya sido alegada, para salvar el principio de igualdad procesal, que si se admite que afecta a la norma consuetudinaria en lo que ésta tiene de fáctico, obliga a dejar que se establezca la oportunidad de que el hecho que revela la existencia de la costumbre pueda ser discutido por la parte a quien perjudique». Para, finalmente, concluir: «no hay, en suma, una doctrina legal que impida a los tribunales la investigación de oficio del Derecho consuetudinario y hay, en cambio, casos claros en que una costumbre, que se declara o se supone existente por el Tribunal, es considerada como Derecho vigente por el Tribunal Supremo».

Pocas dudas caben que, si fuese ésta la situación, el principio de legalidad sufriría inevitable daño y que la posición del juez en estos casos se asemejaría a la de un juez medieval. Los jueces serían señores territoriales que, por el hecho de detentar la Jurisdicción, retendrían también indirectamente la competencia para apreciar, entre las distintas posibilidades de solución del conflicto, cuál procede aplicar: es decir, al juez correspondería la solución del caso más que con arreglo a la ley con arreglo a su sentimiento de lo justo (16).

Ahora bien, sistemas jurídicos no normativos, sino de justicia, definen el llamado Estado Jurisdiccional y excluyen el Estado de Derecho clásico de absoluta preeminencia de la Ley.

4. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No es, ciertamente, esta la situación actual, ni siquiera en aquellos territorios de Derecho foral en que se reconoce preeminencia a la costumbre sobre la ley. Varias razones permiten confirmar este optimismo:

i) En primer lugar, aunque ciertamente es cuestión dudosa si la preeminencia de la costumbre deriva de la misma CE (que exige «pleno respeto al sistema de fuentes» de cada Derecho foral) o de la oportuna Ley foral que le reconoce preferencia frente a ley; lo cierto es que la preeminencia de la costumbre resulta siempre de una ley, aunque sea una ley constitucional, que, en consecuencia, es siempre el título que justifica su vigencia. La costumbre se impone a la ley sólo porque la ley lo quiere: no de otra forma podría ser en un régimen constitucional. La preeminencia de la costumbre es derivada y derivada, como no podía ser de otro modo, de la ley misma: nuestro ordenamiento no conoce auténticos sistemas de derecho consuetudinario (17).

(16) «Cuando los Tribunales de instancia aplican una costumbre (...) el Tribunal Supremo se atiene al hecho de que la costumbre aplicada existe»: LALAGUNA, cit., págs. 297 y 307: «En cuanto la vigencia de la costumbre depende de los hechos, su aplicación como norma jurídica encuentra, en el ámbito de la casación, un límite infranqueable: los hechos a que está vinculada la existencia de la costumbre han de ser apreciados por los tribunales de instancia; por tanto, antes, de entrar en el ámbito de la casación». Para la problemática decimonónica del origen y desenvolvimiento de la casación, en concreto la defensa de «ley clara y terminante», es decisiva la lectura (buen resumen de su monumental estudio sobre la casación) de CALAMANDREI, *Sistema di Diritto processuale civile* 1 (1936), pág. 660 y sigs.

(17) Razona de modo semejante OTTO, cit., pág. 86, para justificar que el Código acoja otras fuentes de Derecho que no son la Ley —costumbre y principios generales, no ciertamente la costumbre contra ley—: «el establecimiento junto a la ley de otras dos fuentes —la costumbre y los principios generales del derecho— no previstas constitucionalmente de manera expresa, es lícita en cuanto no contravenga lo dispuesto en la Constitución. Esta misma dispone que compete al Estado (!) la «determinación de las fuentes del derecho», con respecto al derecho foral o especial (...). El legislador (parece entonces que estatal), por

ii) En segundo lugar, el hecho de que el Código haya reconocido cierto valor a la costumbre (subordinada a la ley y siempre que sea una costumbre local) aproxima el sistema civil estatal a los forales. Nuestro sistema de más general aplicación (Código Civil) tampoco reconoce una vigencia indiscutible al principio de legalidad (aún entendido en sentido amplio: sujeción del juez no sólo a ley formal sino también la material). En resumen, nuestros Derechos civiles parten todos de un mismo planteamiento: reconocen valor a la costumbre sólo cuando se demuestra que no hay ley aplicable al caso. La única diferencia relevante, observados los distintos sistemas desde la óptica del principio de legalidad, es el diferente rigor formal que exigen para entender derogada la norma de naturaleza legislativa. De hecho la especialidad de la foralidad no radica tanto en la existencia de una jerarquía de fuentes distinta como en el reconocimiento de formas de derogación de la ley que no pasan por la ley misma: la costumbre contraria también deroga la ley. La especialidad no chocaría tanto con el viejo artículo 6 del Código Civil, como con sus artículos 5 y 1.976 (todos según la redacción originaria) (18).

iii) En tercer lugar, los sistemas forales, que admiten la costumbre contra ley, suelen restringir su uso. El expediente suele ser sencillo: se limitan las fuentes de conocimiento de la costumbre o, al menos, se da preferencia a

tanto, puede incluir en el ordenamiento nuevas fuentes (...)* Tal sistema de fuentes no operará, sin embargo, más que en la medida en que la Constitución o la propia ley no lo excluyan, para una materia en concreto o para un sector del ordenamiento (...)*. Una interpretación tan centralista, pero posible desde la letra del artículo 149.1.8 de la CE, que entiende que la determinación de fuentes sean o no forales, corresponde al Estado, todavía no ha sido discutida en la doctrina ni planteada ante la Jurisdicción constitucional —la formulación de las fuentes de los Derechos forales, respetando su jerarquía propia, correspondería a la legislación del Estado—. En cualquier caso la interpretación de OTTO tiene el mérito de destacar hasta qué punto el Derecho foral es independiente de la instancia parlamentaria (autonómica), encargada de custodiarlo y desarrollarlo.

(18) Todos los sistemas civiles españoles, en principio, tienen por vigentes las leyes correctamente promulgadas: la única peculiaridad de los sistemas forales, que admiten la costumbre contra ley, radica en que sólo presumen, en tanto no se aporte prueba de una costumbre contraria, que la ley formalmente promulgada sigue vigente y, en consecuencia que, en principio, contiene el Derecho aplicable. Esta interpretación es más factible para Galicia y para Aragón que para Navarra, que sí tiene un precepto que establece una jerarquía de fuentes: su ley dos. En todo caso la infracción de la jerarquía (art. 9.3 de la CE: la Constitución garantiza el principio de legalidad y la jerarquía normativa) invalida la norma inferior sólo si el ordenamiento así lo dispone: podría ser que su infracción implique sólo la derogación de la norma inferior y, por tanto, estemos sólo ante un problema de ineficacia o inaplicación. Cfr. RUBIO, *La derogación de las leyes en CEC* (ed.), cit., págs. 403-404. La diferencia práctica está en que, en un caso, la decisión adoptada será nula y, en el otro, no, pero incurrirá en responsabilidad el decisor. Es en este terreno de la derogación, y de una debilitación de la fuerza de ley en determinadas materias, sobre lo que discute el texto. Sobre el origen de la inclusión en artículo 6 del Código, a última hora, de la costumbre como una de las fuentes del derecho, vid. LALAGUNA, cit., pág. 277 y sigs.

algunas. En el caso de Galicia, la costumbre, recogida en las sentencias de su Tribunal Superior o del Supremo, no precisan prueba de su existencia. Esta medida, de hecho, provoca la aplicación preferente de la costumbre reconocida por el Tribunal Supremo o el Superior del territorio (19).

5. LA COSTUMBRE CONTRA LEY Y LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUEZ

De todos modos no cabe duda que los sistemas forales, sobre todo si conceden preferencia a la costumbre local frente a la general y no limitan las fuentes de su conocimiento, reconocen ciertamente a la judicatura poderes que exceden con mucho de los propios del juez que tiene en mente la CE.

Esta excepcionalidad no deja de tener consecuencias: los mecanismos de control del juez están pensados para vigilar su subordinación a la Ley —como expresión más típica de un sistema de formulación normativa independiente, por general y anterior al caso controvertido—, y se adaptan mal al caso del juez que dispone, hasta cierto punto, del Derecho a aplicar.

Cabe preguntarse cómo será posible apreciar, por el Tribunal Superior, infracción en la aplicación del Derecho por el juez de instancia si éste puede disponer del derecho aplicable al caso concreto que resuelve: sea porque aprecia una costumbre local que deroga cualquiera otra más general; sea porque entiende que asiste al nacimiento de una nueva costumbre; sea, en fin, porque como cuestión de hecho le corresponde, sólo a él, determinar la vigencia y, en consecuencia, identificar cuáles son las costumbres a aplicar. Ninguna de estas afirmaciones podrá ser rebatida en casación.

El juez constitucional es independiente porque sólo es dependiente de la ley. Si la ley no resiste a la costumbre contraria, el estatuto orgánico del juez pierde sentido y se imponen nuevos mecanismos de sujeción del juez (que en un Estado democrático carece de legitimación política) a la voluntad del Parlamento (20).

(19) Para Galicia, artículo 2 de la nueva compilación. Débese a ALCALÁ ZAMORA, cit., pág. 147, la popularización de la idea que las sentencias en que se reconoce vigente una costumbre tienen valor probatorio para decisiones futuras. «Cuando la existencia de una costumbre esté registrada por la jurisprudencia, en el caso de que la parte contraria esgrima la fuerza derogatoria del desuso, tendrá que ser ella quien pruebe tal desuso, porque, cuando una sentencia admite una costumbre, dado el carácter de norma general que ésta tiene, es absurdo pensar que se le reconozca eficacia para un litigio en concreto y, por tanto, acreditada su existencia una vez, quedará proclamada para todas las sucesivas, mientras no se pruebe lo contrario».

(20) Sobre la utilidad de los mecanismos que vigilan y aseguran la sujeción del juez a la Ley y, en consecuencia, sobre la situación en que se encuentra la discusión doctrinal sobre la llamada responsabilidad judicial, vid., por todos: I. Díez PICAZO, *Poder judicial y responsabilidad* (1990).

6. EL CONFLICTO ENTRE NORMAS: LA ESPECIALIDAD DE LA NORMA
CONSUETUDINARIA

El conflicto de normas supone que las normas en contradicción están perfectamente identificadas. De otro modo no sería posible apreciar que entran en conflicto. Lo grave es que los sistemas, que reconocen preeminencia a la costumbre, carecen de la precisión necesaria, en sus criterios materiales de decisión, para apreciar automáticamente si se produce una contradicción entre el contenido de la regulación propia y la adoptada por el sistema extraño.

Siempre que entremos en las llamadas «materias mixtas», sea por razón de las cosas o las personas, para apreciar conflicto, será preciso, con carácter previo, determinar el contenido de la regulación de los sistemas que entran en contacto. El reconocimiento a la costumbre del superior rango jerárquico, por desgracia, dificulta mucho el cumplimiento de este requisito.

La dificultad no es, sin embargo, insuperable. Para apreciar la existencia de conflicto no basta con que alguna de las partes tenga diferente condición civil. Es preciso, además, que no sea idéntica la regulación material que establezcan los derechos que, por razón de esa diferente condición de las partes, entran en contacto. Y esto es lo importante; la existencia de esa contradicción, aunque no resulte del examen de sus respectivas leyes materiales, no puede desecharse; y no puede desecharse por una sencilla razón: la última palabra sobre el contenido material de los sistemas en contacto la tiene la costumbre, incluso local, y no la ley.

Ciertamente cuando la contradicción material de las regulaciones resulte de lo que establezcan normas consuetudinarias, y el juez del caso las desconozca o dude de su vigencia, será la parte que las alega quien deberá ofrecer la prueba de los extremos que ofrezcan duda (20 bis). Pero lo realmente importante es que el juez, mientras otra cosa no le conste, debe presumir vigentes, en territorio foral, las normas legales recogidas en las respectivas Compilaciones. Se aprecia ahora la importancia práctica de la interpretación que reduce la especialidad foral de la costumbre denominada «contra ley» a la simple admisión de una forma más laxa de derogación de las leyes. De este modo se consigue salvar adecuadamente un importante escollo: siempre que al juez no le conste su derogación, por desuso, tendrá por vigentes las leyes formalmente promulgadas y, en consecuencia, deberá atenerse a ellas únicamente para apreciar la existencia de conflicto.

(20 bis) Entiéndase bien: no se trata de equiparar la aplicación judicial de la normativa consuetudinaria a la que se dispensa a la ley extranjera *ex* artículo 12 del Código, sino de atender a lo que, en cada caso, disponga el sistema foral, cuya aplicación se pide, para la prueba de la costumbre.

III. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA ESTATAL

1. LIMITACIONES DE CONTENIDO A LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE REGULACIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHO INTERREGIONAL

El pleno respeto a los Derechos forales impide que el Estado, por vía del Derecho interregional, realice gratuitas agresiones a la plena vigencia de los Derechos forales, sea privilegiando a uno de ellos sea, lo que ciertamente parece muy posible, a su propia legislación civil.

La garantía constitucional de «pleno respeto» exige, en consecuencia, un trato paritario entre las legislaciones civiles vigentes en España a la hora de disponer las normas que dirimirán los posibles conflictos entre sus leyes. La opción por soluciones que limiten la aplicación del Derecho Foral en su propio territorio sólo será aceptable si está justificada desde un punto de vista constitucional (en defensa de un valor superior) o viene impuesta por la necesidad de guardar escrupuloso respeto a (la naturaleza de) instituciones «extrañas» cuando, por la razón que sea, proceda su aplicación en territorio propio (21).

En cualquier caso la coordinación de los diferentes sistemas civiles debería garantizar que sus respectivas legislaciones, a tenor de los principios jurídicos que las informan, tengan las mismas oportunidades de aplicación, por cuanto se parte, en esta materia, de un dato indiscutible: constitucionalmente hablando, los diversos valores que explicitan las distintas legislaciones forales merecen la misma tutela (21 bis).

(21) Respeto que puede justificar «invasiones» de alcance superior a las que derivan de la mera igualdad de trato: derecho a la expansión extraterritorial del derecho propio en la situación inversa por razón del principio de reciprocidad: cfr. más adelante.

(21 bis) Entiende BERCOVITZ, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en ALBALADEJO-DÍAZ ALABART (comps.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales 1.2* (1995), pág. 1220, que: «el principio de igualdad y el principio de reciprocidad entre los derechos civiles coexistentes en España carecen de respaldo constitucional». El «régimen de igualdad» se apoyaría en la Base 7.2 de la Ley 3/1973, para la determinación de la vecindad civil. De ser así, la garantía de igualdad tendría sólo un respaldo legal: bastaría una norma con fuerza de ley para eliminarla. Debe reconocerse que esta óptica probablemente explica algunas soluciones concretas del TC. Así, cuando acepta la constitucionalidad del artículo 14.3.1 del Código Civil: si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuviesen distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad civil común. Cpr. STC 226/1993, de 2 de agosto. Ahora bien, el TC piensa en algo más que la ley ordinaria cuando proscribire la preferencia incondicionada del llamado Derecho común o «manipulación o tergiversación arbitraria» y vela por un «igual ámbito de aplicación para todos los ordenamientos civiles que coexisten en España» (STC 156/1993): no se entiende dónde estaría el fundamento de esta limitación, a la libertad de regulación del legislador estatal, si se prescinde de la Constitución misma.

i) Deben estimarse constitucionales las restricciones a la plena vigencia de cualquier Derecho civil que resulten por mor del necesario respeto a un derecho fundamental o a un principio jurídico que reciba una superior protección de la propia CE.

ii) A la hora de elegir un modelo de coordinación de las distintas legislaciones civiles, parece adecuado atenerse al principio de reciprocidad: las limitaciones a la aplicación de un determinado Derecho foral en territorio propio y, en consecuencia, el reconocimiento de eficacia extraterritorial a Derecho extraño, deben ser admitidas sólo si, para una situación semejante pero de signo inverso, el Derecho foral cuya aplicación ha sido restringida puede esperar el mismo trato.

iii) El principio de reciprocidad, sin embargo, no es la «piedra filosofal» que permitirá solventar todos los problemas de Derecho interregional: la oferta de reciprocidad no justifica la adopción de cualquier régimen conflictual. La reciprocidad es un criterio formal insuficiente cuando el sistema conflictual resultante conculca la sustancia de la propia foralidad (el contenido del derecho civil propio que la CE protege), esto es, cuando la renuncia, por mor de la reciprocidad, a la aplicación del Derecho propio, implique la vulneración de uno de los principios básicos del sistema jurídico cuya inaplicación se pide (22).

Este régimen de equilibrio entre los distintos sistemas civiles españoles no es fácil de articular. La razón es simple: los principios a que responden las distintas regulaciones materiales no sólo no son los mismos, sino que en algunos casos entran en flagrante oposición cuando no en contradicción lisa y llana. Esta dificultad se aprecia especialmente en el campo sucesorio y, de rebote, en el económico matrimonial: la finalidad perseguida por un sistema sucesorio se trastoca cuando se le superpone una ordenación legitimaria de naturaleza extraña o se intercala un régimen matrimonial inadecuado. La regulación del patrimonio familiar es un *continuum* del que son sucesivos peldaños las aportaciones matrimoniales de los cónyuges; las de sus padres, ya sea *inter vivos*, con ocasión o no de matrimonio, ya sea *mortis causa*; y los derechos legitimarios, bien de los futuros hijos bien del cónyuge supérstite.

Se trata ahora de dilucidar los límites de la competencia estatal para poner orden en esta disparidad de regulaciones de modo que, sin merma del principio de seguridad jurídica, se consiga ofrecer un marco adecuado para el respeto, que la norma constitucional exige, de los Derechos forales.

(22) Sólo la Compilación Navarra hace referencia expresa a la condición de reciprocidad como requisito. Vid. la Ley 11: «La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición foral de navarro se rige por la legislación general, conforme al principio de reciprocidad».

2. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO CUANDO DIRIME CONFLICTOS
ENTRE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS

La competencia del Estado para dirimir conflictos de Derecho Interregional exige de éste un especial esfuerzo de imparcialidad. El Estado es, por una parte, titular de la competencia sobre la llamada (en realidad sólo sobre una determinada) legislación civil, la «común», y, por otra, es competente para decidir el alcance de su regulación cuando entra en colisión con otra distinta, incluso en territorio reservado a esta última: en muchos casos el Estado, cuando de conflictos de leyes civiles se trata, ocupa una peligrosa posición de juez y parte (23).

(23) El mérito de haber destacado que el artículo 149.1.8 empieza «reservando al Estado la legislación civil» corresponde a ARCE, *Constitución y Derechos civiles forales* (1987), págs. 99-100. Sería equivocado, en consecuencia, entender que la competencia exclusiva del Estado se reduce a las materias «del segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la CE, correspondiendo el resto de (toda) la (posible) legislación civil a las Comunidades Autónomas (en su territorio)». Es evidente que, de seguir este principio interpretativo hasta sus últimas consecuencias, las posturas más restrictivas de la foralidad serían defendibles. Por el contrario, aquí se defiende que la vigencia, que pueda alcanzar la «legislación foral», depende de la fuerza expansiva de sus principios: una discusión sería de este punto exige una decisión previa sobre la posición que ocupa el llamado Derecho del Código en los países forales. Puede dudarse si, en las materias no normadas por las Compilaciones, rige sólo como supletorio —a la vista de que en la mayoría de nuestras compilaciones se reconoce al Código Civil este carácter, mezclado con el llamamiento a una vaga «tradición jurídica» (vid., por ejemplar, la Ley 6 de la Compilación navarra)—, o rige directamente como «legislación civil» —vía primer párrafo del art. 149.1.8 de la CE—, o más bien debe sostenerse que el Código, en las materias no compiladas, tiene una pretensión de vigencia diferente, según cuál sea la naturaleza de las materias reguladas. Si la vigencia, en territorio foral, de la regulación estatal de las materias finales a que hace referencia el 149.1.8, fuese a título de simple «legislación civil», de la que nos habla su primer párrafo, no se entendería la necesidad de reservarlas al Estado, de forma expresa, con posterioridad. Para que la reserva final (llamada «segunda reserva») del artículo 149.1.8, siga teniendo sentido, hay que decidirse por una de estas dos afirmaciones: o la regulación de las materias finales no tiene valor de una simple «legislación civil», atribuida en exclusiva al Estado, sino que constituye un escalón diferente al servicio de una finalidad distinta y superior; o se ocupa de materias «mixtas», en principio tan propias de la legislación civil estatal como de la foral (de ahí que se precise un título competencial independiente a favor del Estado que excluya expresamente la competencia autonómica). La primera de las opciones parece muy razonable cuando se piensa en materias tales como «fuentes», «eficacia de las normas», «registros e instrumentos públicos», «matrimonio y conflictos de leyes»; pero no tan justificada cuando se pasa a las «bases de las obligaciones contractuales». En el texto se defiende la segunda de las alternativas: las materias finales del 149.1.8 de la CE, son tanto de Derecho foral como del no foral y se atribuye la competencia para su regulación al Estado porque se impone aquí el interés en establecer un marco (régimen) unitario y equilibrado: de ahí la necesidad de que el legislador estatal actúe con eclecticismo y neutralidad. Por lo demás, no hay que olvidar que la foralidad no se confunde con la especialidad o singularidad ni desaparece cuando ésta falta: nada impide que la regulación foral y estatal sean idénticas,

No existe, sin embargo, cautela constitucional alguna que asegure el ejercicio por el Estado de sus competencias con la oportuna neutralidad. Ciertamente esta garantía de neutralidad no existe sólo cuando ejerce la competencia de regular los conflictos de leyes, también falta cuando la competencia a ejercitar es cualquiera de las otras mencionadas al final del artículo 149.1.8 de la CE en virtud de las que corresponde al Estado la potestad para definir los principios básicos que delimitan el desenvolvimiento de cualquier normativa jurídica; o los orgánicos, que posibilitan la aplicación de los distintos sistemas civiles existentes; o, desde luego, las bases que garantizan la uniformidad del régimen de las obligaciones civiles.

En este un punto sólo una concepción material de las competencias constitucionales permitirá superar las dificultades: se reconoce la competencia estatal para la regulación de ciertos presupuestos básicos para la efectiva existencia y justa coexistencia de los diferentes sistemas civiles españoles

como ha demostrado, mejor que cualquier otra, la Compilación Navarra. En consecuencia, la legislación civil estatal, en país foral, rige normalmente sólo a título de derecho subsidiario o supletorio, salvo en dos casos en que su capacidad normativa tiene distinta fuerza y alcance: en las materias finales del 149.1.8 de la CE, en que su prevalencia es irresistible, y las materias «residuales», a las que no llega la fuerza expansiva de los principios que estructuran cada sistema foral en concreto, en que legislación civil estatal regirá a título de simple legislación civil (primer párrafo del art. 149.1.8 CE). Son curiosas las disquisiciones de la doctrina antiforalista cuando se ocupa de las llamadas «bases de las obligaciones contractuales». Incorre aquí en un inesperado *fiasco*: la competencia autonómica en materia foral es siempre íntegra (no admite concurrencia), ahora bien como la contractual es compartida, la razón de la atribución a las Autonomías de la competencia de «desarrollo de las bases» (formuladas por el Estado) no puede radicar en la presunta foralidad de la materia. Sorprende, sin embargo, que la doctrina que criticamos reconozca competencia para desarrollo de las «bases contractuales» sólo a las autonomías con foralidad. ¿Por qué sólo las Autonomías con foralidad sí, por hipótesis, la materia contractual no es foral? Por el contrario: ¿si la regulación contractual no es materia foral y el Estado se limita a establecer las bases, se precisará una legislación de desarrollo que, por hipótesis, tendrá que ser (basta con que sea) autonómica? En resumen, a falta de fundamento foral para atribuir esta competencia de desarrollo, parece que todas las Autonomías, con o sin foralidad, podrían reclamarla. De este modo, por el juego de los conceptos, la restricción foralista se transforma en la apertura autonomista. Sobre este punto, defendiendo que sólo las autonomías con foralidad (?) podrían desarrollar las bases contractuales aunque se acepte que no son, por naturaleza, materia foral, destrozando así la «foralidad sustantiva»: vid., ARCE, *Constitución*, cit., pág. 134. Se vuelve a la idea de que sería foral lo que no es estatal, con lo que se desconoce el valor de la foralidad tal como el constituyente la concibe y resulta de nuestra tradición histórica. En fin, es excesivo y mero *obiter dictum* el párrafo tercero del fundamento 1.b. de la STC 88/1993: el sentido de la segunda reserva competencial (del art. 149.1.8) sería «delimitar un ámbito dentro del cual nunca podría estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho Civil especial o Foral alguno». Evidentemente sólo se pretende con esta retórica declaración excluir la competencia, y en consecuencia, la regulación autonómica, de estas materias: tradicionalmente el Derecho foral comprendía, y sigue comprendiendo, algunas de ellas.

sólo en tanto en cuanto su ejercicio respete los límites materiales de tal reserva que resultan de la CE.

Dicho de otro modo, la normación estatal no es primera y, por tanto, sólo los «huecos que hubiesen quedado libres» podrán ser ocupados por el Derecho foral. Al contrario, la competencia de regulación reconocida al Estado, para la coordinación de los distintos sistemas civiles, es, en principio, abierta, pero está subordinada siempre a los contenidos materiales directamente protegidos por la Constitución: «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos forales (24). De hecho el Estado, cuando ejerce sus competencias en estas materias, no hace, o no sólo hace, legislación civil común sino, de alguna manera, también hace Derecho foral.

3. DERECHO FORAL Y AUTONOMÍA POLÍTICA

Efectivamente, ya lo habíamos intuido, en sede de «foralidad civil», el reparto de competencias no es la cuestión fundamental. La competencia de las instancias autonómicas para la legislación civil no les viene por su condición de tales sino precisamente del hecho de la efectiva existencia de Derecho foral o especial en su territorio. La garantía constitucional no va dirigida a preservar un ámbito (espacio libre) para la legislación civil de las autonomías, sino que va dirigida a la salvaguardia de los Derechos forales. Hay autonomías, sin Derecho civil foral, y Derecho civil foral, sin autonomía. La limitación de la competencia exclusiva del Estado (en materia de legislación civil) no resulta, sin más, del reconocimiento de las autonomías políticas sino de la existencia previa de los Derechos forales.

La garantía de la foralidad está por encima de la competencia legislativa autonómica. Basta advertir que los Parlamentos no tienen poder de disposición sobre el Derecho foral, ya que no pueden eliminarlo o destruirlo: la competencia legislativa es sólo para su «conservación, modificación y desarrollo» (25).

(24) Para la disputa de la doctrina constitucional sobre el valor de los conceptos materiales: REQUEJO, *Jurisdicción e independencia judicial* (1989). Para las disquisiciones de la jurisprudencia constitucional en los conflictos de competencias, sobre el significado de las materias atribuidas a fin de proceder a los oportunos repartos entre el Estado y las Autonomías y, en consecuencia, decidir sobre el alcance de las competencias, vid. VIVER I PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional* (Barcelona, 1989), pág. 167 y sigs.

(25) Para la diferencia entre la concepción autonomista (propia de la Segunda República) y la foralista (de nuestra actual Constitución), basta remitir a LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil 1. Parte general del Derecho Civil 1. Introducción* (Zaragoza, 1988), págs. 104-105: «No todas las Comunidades Autónomas podrán tener competencias sobre Derecho Civil». Sólo aquéllas en cuyo territorio ya existía. Aunque ver la Ley del nuevo

En resumen, el Derecho foral es antes que las autonomías y la competencia a éstas reconocida un instrumento para garantizar una mejor «conservación y desarrollo del Derecho foral». Esta perspectiva, sin embargo, será viable sólo en tanto en cuanto sea definible el contorno del Derecho foral, en cada caso, como un objeto hasta cierto punto susceptible de contemplación o, al menos, de identificación.

4. DERECHO FORAL: UN SISTEMA DE PRINCIPIOS

Nada justifica que un determinado Derecho foral pueda ser transformado radicalmente, o sustituido de raíz por la instancia autonómica (sólo «conservación, modificación y desarrollo»): incluso, después del proceso de «desarrollo», es preciso que el Derecho foral subsista identificable de modo que pueda reconocerse lo viejo en lo nuevo. Este *continuum* supone la permanencia de una identidad en el cambio.

La protección de la subsistencia de una identidad flexible, que permita adaptaciones y desarrollos, sólo es posible jurídicamente cuando la garantía del Derecho foral no se confunde con la de las normas concretas en que, en cada momento, pueda haber cristalizado. Los sistemas forales pueden ser modificados y desarrollados porque no están acabados y admiten nuevas formulaciones. Dicho llanamente, la identidad foral no es normativa sino que reside en sus principios que garantizan suficientemente su singularidad y la posibilidad de una permanencia en el cambio (26).

Derecho Civil de Guipúzcoa. No ha lugar a confundir foralidad con autonomía. También ARCE, *Constitución*, cit., pág. 104.

(26) La influencia de la concepción restrictiva intermedia que defiende BERCOVITZ, «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos Civiles forales o especiales allí donde existan», en *Derecho Privado y Constitución* 1 (1993), cuyas premisas tanta mella hicieron sin duda en el TC, parece diluirse un poco en sus últimas sentencias: cfr. las SS del TC 88/1993 y 156/1993, en que admite que las Comunidades Autónomas regulen materias conexas con las ya compiladas «según los principios informadores peculiares de su Derecho foral». Sobre la oscuridad del concreto de «conexión de materias», no podía sino alertar BERCOVITZ, cit., pág. 59-60: exige que la conexión sea inmediata y además «con materias o instituciones regladas» (en las respectivas Compilaciones) en el momento en que se promulga la Constitución y «no con otras reguladas posteriormente, ya al amparo del artículo 149.1.8 de la CE». Los tiros, sin embargo, parecen ir por otro sitio, vid., el voto particular a la primera de las sentencias del Magistrado GONZÁLEZ CAMPOS, «En suma, la competencia de la Comunidad Autónoma, respecto de su Derecho Civil propio, viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su desarrollo. Y si ninguna otra limitación de este ámbito material de los Derechos civiles forales, o especiales, se desprende expresamente del tenor del artículo 149.1.8 de la CE o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado (...) ampararse en una garantía de la «singularidad civil» para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia».

La garantía constitucional del Derecho foral, en cuanto sólo habilita para su «conservación y desarrollo» y elimina, en consecuencia, una suplantación total, se transforma en una garantía a la protección de ciertos principios de ordenación de la materia jurídica. Se trata de tutelar y proteger una cierta «visión del mundo» de alcance parecido al respeto que la CE otorga a las distintas lenguas españolas. Lo mismo que la competencia normativa en materia de lengua no habilita al legislador catalán para sustituir su lengua propia por v.g. el inglés, tampoco su competencia en materia de Derecho foral le habilita para sustituir los principios de su tradición jurídica por v.g. los escandinavos. El legislador constitucional ha apostado por la actualidad y vigencia de los principios forales, por dispares que sean, como una riqueza común a todos los españoles que exige protección.

5. DERECHO FORAL Y COMPETENCIA LEGISLATIVA

Si la identidad del Derecho foral no se confunde con la de las normas que en cada momento lo interpretan, menos todavía con la instancia legislativa que en cada época haya tenido la competencia para dictarlas. La foralidad, tal como el constituyente la entiende, es independiente de la existencia de la autonomía política: nada se opondría a que subsistiese la foralidad también en legislación dictada desde una instancia extraña.

No hay duda de que contenían Derecho foral las compilaciones promulgadas en la etapa franquista y nada impediría, sino fuese porque la CE dispone otra cosa, que siguiese el Derecho foral siendo formulado por el Parlamento central.

En resumen, la «foralidad civil» es una sustancia y la legislación una competencia: la primera es una entidad material, la segunda un concepto formal. El ejercicio estatal de la legislación civil no es necesariamente antiforal: nada impide al Estado, al contrario que a las autonomías con competencia foral, importar soluciones extrañas al Derecho del Código, entre ellas, por supuesto, las propias de una cualquiera de las foralidades españolas (26 bis).

6. LOS CONFLICTOS DE LEYES Y DERECHO INTERREGIONAL

La importancia práctica de todo este planteamiento reside en que la reserva final del artículo 149.1.8 de la CE, que atribuye al Estado competencia

(26 bis) Pues bien, la posibilidad de compatibilizar la legislación estatal y los principios forales se transforma en necesidad, ahí está lo importante, cuando el Estado ejerce competencia sobre aquellas materias que definen las condiciones de los distintos sistemas civiles españoles y articulan su coexistencia.

para resolver conflictos de leyes y, en consecuencia, la regulación del Derecho interregional, no debe entenderse como una competencia formal y abierta. La competencia estatal no podría ejercerse para quebrar la unidad «principal» que identifica a las foralidades existentes en España, so pena de que el legislador constitucional incurriese en una manifiesta contradicción.

La competencia para resolver los conflictos de leyes no admite cualquier regulación, sino aquélla que consigue la coordinación de los distintos Derechos civiles con menor daño para ellos. En definitiva, no se trata sólo de garantizar la «igualdad formal» de las distintas legislaciones a la hora de solucionar los conflictos sino de regular la colisión atendiendo a la función de las instituciones y respetando consiguientemente su «unidad de sentido». Por mucha que sea la «igualdad teórica», de poco serviría si se «descuartizan» instituciones o se impide el funcionamiento orgánico de las que están connexionadas (27).

En consecuencia el legislador estatal no tiene libertad absoluta para elegir el sistema conflictual que le parezca, sino que sus decisiones deben estar orientadas por la necesidad de respetar la vigencia, en condiciones de igualdad, de los distintos sistemas de principios, de los distintos «puntos de vista», que hoy coexisten en territorio español, en materia «civil»: estamos ante una competencia materialmente orientada. El legislador estatal, cuando interviene la foralidad, porque está obligado constitucionalmente a respetarla, debe velar por sus principios; por ello, cuando regula los conflictos de leyes, no puede hacerlo en forma que impida la conservación y desarrollo del Derecho foral. Dicho de otro modo, cuando el legislador estatal crea Derecho interregional, hay tanta razón para decir que hace Derecho civil común como que hace Derecho foral.

(27) El problema del ejercicio del «comparativismo desde una perspectiva dominante» es bien conocido por los internacionalistas. Así, ejemplarmente, cuando se ocupan de los problemas de la calificación del supuesto de hecho. Se impone, por ello, ahora, la recomendación de que se proceda a una calificación que tenga en cuenta «no tanto la naturaleza jurídica acerca de la institución en cuestión, como la auténtica función que desempeña»: cfr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 445. Y no sólo para las instituciones conocidas en la legislación a que pertenece la norma de conflicto, pero con distinto contenido en Derecho ajeno, como sobre todo, y es esencial, para las instituciones desconocidas. Esta perspectiva es obligada en Derecho interregional en cuanto no existe propiamente un derecho del foro que imponga sus calificaciones: el foro es único para todas las legislaciones existentes en España. **Consecuentemente nuestro sistema, cuando de conflictos interregionales se trata, a la hora de proceder a la calificación, no reconoce preeminencia alguna al Derecho Civil común: así artículo 16.1.2 del Código.**

IV. EL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

1. LA COMPETENCIA PARA REGULAR LOS CONFLICTOS DE LEYES

La norma de la CE, si el intérprete se atiene a su sentido literal, habilita al Estado únicamente para regular los conflictos de leyes. El Tribunal Constitucional ha interpretado ampliamente la competencia: comprende no sólo la posibilidad de promulgar normas de conflicto vinculantes para los españoles, sean o no aforados (esto es, sujetos al Derecho foral), **sino también la de regular, con carácter general, los puntos de conexión en ellas establecidos**. Esta extensión no cabe deducirla del texto constitucional: estamos, en consecuencia, ante una norma subconstitucional (28).

Entiéndase bien; no se trata de que los puntos de conexión establecidos deban calificarse con arreglo al Derecho del que tiene la competencia para establecer la norma de conflicto, en este caso el Estado (lo que, por lo demás, está impedido por el art. 16.1.2 del Código Civil). Se trata de algo más. El punto de conexión por el hecho de haber sido elegido por la norma de conflicto es sustraído a la competencia legislativa autonómica, aunque sea materia típicamente foral, de modo que su regulación es atribuida en exclusiva al Estado. Semejante interpretación causaría estupor si la norma de conflicto versara sobre materia internacional y conviene no olvidar que el precepto constitucional habla *in genere* de norma de conflicto, por lo que no parece que pueda interpretarse el ámbito de la competencia estatal de forma distinta según la materia sea interregional o internacional (29).

Por este camino bastaría la proliferación de normas de conflicto con múltiples puntos de conexión alternativos, o subsidiarios, o dispositivos, para socavar la competencia autonómica sobre Derecho foral al serle sustraída la

(28) Cmpr. STC 156/1993, de 6 de mayo: «no hay duda alguna que se integra (en todo caso) en (la competencia estatal para resolver conflictos de leyes) la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos entre los que se cuenta (...) la determinación de los puntos de conexión (...). **La vecindad civil, al constituir (...) punto de conexión, viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector este del Ordenamiento, al que la norma constitucional se refiere (...) con la expresión: normas para resolver los conflictos de leyes**». Para el concepto de norma subconstitucional, ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución* (1984), pág. 11. Las interpretaciones constitucionales operan como (las) verdaderas normas constitucionales (transformándose en premisas para futuras sentencias), pero lo importante es que no lo son. El cambio de la jurisprudencia constitucional no se confunde con la reforma de la misma Constitución: no hay aquí **rigidez** alguna.

(29) La posición contraria es seguida en la llamada «situación privada internacional»: a la hora de decidir conflictos de leyes internacionales para reconocer quiénes sean nacionales de Estado extranjero, **hay que acudir a su legislación**. Cmpr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 455: su determinación se efectúa tomando en consideración el ordenamiento del Estado cuya nacionalidad se pretende.

regulación de los puntos elegidos: correrían, por tanto, serio peligro lo que los internacionalistas llaman normas de aplicación (sobre las que inciden habitualmente los puntos de conexión), en este caso, de los Derechos forales o «especiales».

2. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN

Ciertamente el Tribunal Constitucional se ha limitado a generalizar a todos los puntos de conexión lo que, tradicionalmente, venía sucediendo, en Derecho español, con la vecindad. Ahora bien, del hecho de que el Estado haya tenido tradicionalmente la competencia para regular la vecindad foral, y que siga ejerciendo esa competencia dentro del nuevo marco constitucional, no resulta que también haya que seguir reconociéndole competencia para la regulación de todos los demás puntos de conexión. Conviene tener presentes tres cosas:

i) Antes de la CE, no había otra legislación que la del Estado: obviamente, si el Estado dictaba tanto la legislación civil foral como la no foral, podía también delimitar el ámbito de vigencia de cada una. La situación ahora es muy diferente: la legislación foral no es competencia del Estado sino de la Autonomía que corresponda por razón del territorio.

ii) Si el Parlamento central, además de establecer puntos de conexión, pudiese regularlos, en la práctica absorbería gran parte de la legislación foral, lo que chocaría frontalmente con el mandato constitucional que la atribuye en exclusiva a los Parlamentos autonómicos.

iii) Pero entonces, ¿por qué se consiente en que siga reteniendo el Estado la competencia para regular la vecindad foral? La vecindad, como veremos, no es un punto de conexión como los demás y, en esa singularidad, está la causa del especial protagonismo del Estado. No procede aplicar aquí el principio de analogía (*a parí ratione*) sino el de exclusión (*includus unius, exclusus alterius*).

3. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD: LA VECINDAD CIVIL

La conexión decisiva, en materia interregional, ha sido tradicionalmente la vecindad: la vecindad de alguno o algunos de los sujetos implicados, detenida en el momento oportuno, decide, en la mayor parte de los casos, cuál, de entre las regulaciones en conflicto, debe aplicarse.

Ahora bien, la vecindad era bastante más que un punto de conexión. La vecindad era el nombre que tradicionalmente designaba el conjunto de normas encargadas de definir los requisitos que determinan la pertenencia del

ciudadano español a un grupo diferenciado dentro de España: sea nacional sea regional. La vecindad decidía así quién era vasco, catalán o navarro. Por ello, aunque la diferente sujeción de las personas que entran en contacto es la causa que origina la existencia del conflicto de leyes, no puede dejar de resultar chocante que la competencia para su regulación corresponda, al menos desde la promulgación del Código Civil, en exclusiva, al Estado. No podremos dejar de preguntarnos: ¿no habrá competencia más propia del poder v.g. catalán o vasco que definir quiénes son vascos y catalanes?

Y no sólo eso. No se trata sólo de que la determinación de los requisitos que deben cumplir los españoles para que les vinculen, incluso en territorio propio, las normas de contenido foral, no corresponda al legislador encargado de su custodia (el Parlamento autonómico) sino al Estado: un poder hoy extraño a la foralidad (30). Se trata de algo peor: como la vecindad determina qué personas están sujetas al Derecho foral, y su regulación corresponde al Estado, será éste el que decida el alcance de las normas autonómicas de contenido foral. Así planteada la cuestión, la solución adoptada parece una burla y el reconocimiento a las autonomías de la competencia sobre la foralidad civil, un sarcasmo: el legislador estatal deja que el autonómico legisle, pero se reserva el poder de decidir a quiénes obliga(rá) aquella legislación.

4. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: LA COORDINACIÓN DE LOS PODERES AUTONÓMICOS

La CE ha visto las implicaciones políticas del principio de personalidad y, por ello, a la hora de delimitar la competencia de las autonomías, ha preferido seguir el principio de territorialidad: las normas autonómicas obligan a los residentes en territorio propio. Este principio de sujeción dota de sentido al actual reparto competencial; por eso las autonomías son entes de base territorial.

(30) CELAYA, «Comentario al artículo 5 de la Compilación de Vizcaya y Alava», en ALBALADEJO (comp.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales* 26 (1978), pág. 67 y sigs., insiste en este punto con especial fuerza: para que la troncalidad opere, la vecindad en Vizcaya no resulta de la condición vizcaína de una persona sino que precisa, a mayores, tener la de *villa* o *anteiglesia* y, sobre todo, que los bienes que se transmiten estén sitos en territorio aforado. Así, la foralidad vasca gira alrededor de la *casa* y el patrimonio familiar pero, al imponerse las normas conflictuales estatales que priman la valoración de la ley personal, no pudo por menos que producirse grave perjuicio a la legislación vasca. Desaparecido el viejo artículo 10.3 del Código Civil, el «Derecho común gana siempre»: «la ley vizcaína se ocupa de acotar su propio campo renunciando a ser aplicada a los bienes sitos fuera de Vizcaya (posición que el Código acepta) mientras se ve forzada a admitir la intrusión constante de la ley común a través de la llamada ley personal (tesis que el Código impone)». Ya PECOURT, cit., pág. 72, núm. 104, advirtió sobre estas disfunciones.

La sujeción al poder autonómico viene determinada, no por una cualidad personal, sino por un hecho fácilmente observable: a estos efectos se consideran catalanes o gallegos los ciudadanos que viven (vecindad administrativa) en Cataluña o Galicia. Por esta razón todos los residentes oficiales están llamados a integrar la voluntad del ente autonómico: el principio asociativo organiza la autodeterminación de las Autonomías, atribuyendo, según la residencia, el derecho de voto (31). Esta situación es muy diferente a la que rige en el campo internacional. Los Estados modernos están contruidos sobre el principio nacional: la ley española obliga, en principio, sólo a sus nacionales, a quienes únicamente se reconoce derecho al voto y sujeta el deber de sacrificio de la propia vida en defensa de la nación.

Trasunto de este juego es el diferente alcance vinculatorio de las normas estatales y autonómicas. La norma estatal obliga en principio únicamente a los españoles y sólo, en determinados casos, a los no nacionales: los meramente residentes o domiciliados. Por el contrario, la ley autonómica obliga en principio a los residentes y, en casos determinados, sólo a algunos de ellos: los civiles aforados.

5. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El criterio del «aforamiento» choca frontalmente con el principio territorial que delimita la eficacia de la competencia legislativa autonómica. Por razón de la condición foral, la normativa civil autonómica consigue sustraerse (!) a la territorialidad que la encorseta: por una parte, el poder autonómico puede restringir la aplicación de norma civil en territorio propio; por otra, puede extender su eficacia fuera de su propio territorio.

Este resultado excede del principio autonómico y no puede, en consecuencia, explicarse desde él. Si se quiere mantener, se precisa el concurso de un principio de regulación de naturaleza superior al competencial autonómico. Cabría pensar que este principio debería o podría tener una base convencional: los entes autonómicos, de mutuo acuerdo, establecerían un régimen equilibrado de modo que admitirían la aplicación del Derecho Civil extraño en territorio propio por la vía de concederle valor de Derecho interno. Lo cierto, en cualquier caso, es que las cosas no han sido así: la coordinación no tiene hoy base convencional sino legal. Ahora bien, si se opta por hacer una regulación legal, deviene necesaria —la CE no podía hacer otra cosa—, la intervención estatal: la única normativa cuya eficacia tiene alcance general.

(31) Cfr. artículos 2 y 7 del EAV y 2 y 3 del EAG, como meros ejemplos. Sobre el principio de territorialidad en el ámbito autonómico y la jurisprudencia del TC, vid. VIVER, cit., pág. 123 y sigs. ANGULO, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (1977), pág. 417.

Sería precipitado, sin embargo, dar por zanjada esta cuestión. Aunque conviniésemos en dar por solucionado este punto, quedaría todavía por aclarar el fundamental: resta explicar por qué resulta necesario, hoy, reconocer cierta eficacia al Derecho foral fuera de su territorio. Sobre todo una vez ha sido descartada la eficacia política en el orden interno del principio nacional (ista) o regional (ista): en efecto el reconocimiento de autonomía política no está reservado por nuestra CE a realidades sustantivas (históricas), sean nacionales o regionales, o condicionada absolutamente por ellas.

Dicho de otro modo, se trata de buscar explicación al hecho de que una condición personal, como es hoy la foralidad, desempeñe un papel decisivo a la hora de decidir el ámbito aplicativo del Derecho foral, en contra del juego territorial propio del principio autonómico.

V. LA REGULACION ESTATAL DE LA VECINDAD

1. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD Y EL DERECHO PRIVADO

Ciertamente —dejemos ahora al margen el campo de lo político con manifestaciones típicas, tales como la organización de la defensa nacional o de la autodeterminación en el interior y el exterior, casos en que el principio de nacionalidad juega un papel fundamental—, los Estados, en cuanto disponen del acceso al propio Foro, nunca renunciaron a determinar los efectos en territorio propio de los actos que realicen los simples residentes, cualquiera que sea su nacionalidad: así, tradicionalmente, cuando existe un interés público prevalente, como pasa en el caso de las leyes procesales, penales o administrativas.

Cuando la materia es civil, y por tanto privada, el riesgo para el interés público es menor: por ello ha podido seguirse un criterio diferente. De este modo se ha dado entrada en territorio (foro) propio al Derecho extraño reconociendo valor a los estatutos personales y reales. Por esta razón, la materia internacional por excelencia es, tradicionalmente, la que versa sobre materias de Derecho privado: campo en que se permite al foro aplicar leyes que no sean las suyas. La recepción del Derecho extranjero viene facilitada por la idea de que el reconocimiento del Derecho extranjero beneficia el tráfico privado y la protección de tráfico interesa a todos los Estados (aunque habitualmente el reconocimiento se sujete a la condición de reciprocidad o bilateralidad).

El reconocimiento del estatuto personal, normalmente ligado a la nacionalidad, ha tenido especial éxito en determinados campos del Derecho privado: así, para facilitar la aplicación, a los actos o contratos de Derecho de Familia o Sucesiones, de la legislación extraterritorial. No es el momento de

discutir ahora las ventajas de esa elección probablemente orientada por consideraciones políticas: el encumbramiento del Estado nacional en el XIX fuerza a entender los deberes familiares y sucesorios íntimamente ligados al sentir, y por tanto a la condición nacional. Y no sólo eso: la conexión nacional, en caso de grandes migraciones, permite al Estado propio discriminar, en mayor o menor medida, a los extraños y al Estado de origen mantener una competencia «retardada» sobre sus oriundos (32).

Importa, ahora, únicamente destacar que existen otras razones, de naturaleza técnica, y además de importancia capital: la nacionalidad es **una conexión resistente al cambio de residencia que permite garantizar la estabilidad de regulación que precisan ciertas situaciones personales, íntimamente conexas entre sí, como las familiares y sucesorias.**

2. LA CONEXIÓN POR VECINDAD: SU FINALIDAD

Nuestro legislador estatal ha optado por mantener idéntica política cuando de Derecho interregional se trata. El reconocimiento de diversas condiciones forales, vistas las características de nuestro Ordenamiento civil, no es más que la consecuencia del mantenimiento por el Codificador de los Derechos forales y, por tanto, presupuesto previo para apreciar la existencia de conflictos de leyes interregionales. Ahora bien, una cosa es el reconocimiento de la condición de vecindad, y otra la preferencia de la conexión por vecindad: la habitual preferencia por la conexión de vecindad responde, a razones técnicas, exclusivamente, aunque ciertamente no deje de producir consecuencias políticas, vistas las convulsiones (in)migratorias que han sacudido España en los últimos años.

Se prefiere un punto de conexión, resistente al cambio de domicilio, que garantice una cierta estabilidad del régimen jurídico que debe disciplinar las relaciones patrimoniales familiares y sucesorias. No hay duda que unas y otras están conexas y, en tanto juegan en el largo plazo, precisan la garantía de un régimen de regulación estable. La garantía de esa permanencia la consigue la conexión de la vecindad civil, cuya regulación, hasta cierto punto, es trasunto de la de la nacionalidad.

Hemos dicho «hasta cierto punto» porque la equiparación sólo puede ser parcial. Ciertamente la regulación de la vecindad, consecuencia de la foralidad y presupuesto, por tanto, del conflicto de leyes, tiene precedentes en nuestro Derecho histórico y precedentes que asimilan la institución, salvados los anacronismos, a nuestra actual nacionalidad. Pocas dudas caben de que no

(32) El principio nacional no es una conexión políticamente inocente: cmpr. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 50 y sigs.

sólo uno sino varios políticos (reyes) decidieron el destino de los antepasados de los actuales españoles en eras pretéritas: unidades políticas independientes con *ius vitae ac necis* sobre sus protegidos. Remóntese la unidad española al siglo xv o reconózcase sólo desde los Decretos de Nueva Planta o Vergara, lo cierto es hoy, en cambio, que el derecho de guerra (dicho de otro modo, la decisión en la situación de excepción) pertenece a una sola voluntad: la soberanía es única (33).

3. LA POSICIÓN DEL CODIFICADOR

En todo caso, los redactores del Código Civil, con indiscutible sutileza, pasaron definitivamente página cuando consiguieron de los representantes de los territorios aforados el asentimiento a la aplicación general en toda España del Título Preliminar e incluyeron astutamente en él, las normas que regulan la atribución de la vecindad (34).

(33) Vid. sobre este punto, DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho local. Estudio sobre el Derecho Local alto-medieval y el Derecho Local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)* (1986), pág. 10 y sigs. Asimismo, GARCÍA ULECIA, *Los factores de diferenciación entre las personas en los Fueros de la Extremadura castellano-leonesa* (1975), pág. 42 y sigs.

(34) Así la Base 2 de la Ley de 11-5-1888, por la que se autorizaba al Gobierno a publicar un Código Civil, decía: «Los efectos de las leyes y de los estatutos (...) se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales, hoy vigentes (...) aclarando esos conceptos jurídicos universalmente admitidos en sus capitales fundamentos y fijando los necesarios, así para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles, como para facilitar el enlace y aplicación del nuevo código y de las legislaciones forales, en cuanto a las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia o vecindad en las provincias de derecho diverso, inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y la doctrina de la personalidad de los estatutos». Vid. LÓPEZ-MELÓN, *Código Civil* (1969), pág. 5. Tanto el párrafo tercero del artículo 10 como la redacción del artículo 15, se debieron a la edición revisada que fue promulgada por RO de 29-7-1889. En la exposición de motivos de la edición revisada, que durante años se tuvo por la original, se explicaba: «una de las cuestiones más vivas y extensamente discutidas en ambas cámaras fue la subsistencia del derecho foral en las relaciones entre los habitantes de las provincias y territorios que lo conservan y los territorios y provincias en que rige el Derecho común. Los primeros recelaron, aunque sin razón, que el título preliminar del Código, obligatorio para todas las provincias del Reino, contenía disposiciones contrarias a los fueros, por cuanto en su artículo 12, que consagra la subsistencia del actual régimen foral en toda su integridad, no comprendía expresamente el derecho foral consuetudinario; como si éste no formara parte de dicho régimen. **Atentado aún más grave contra los fueros creyeron hallar en el artículo 15, por cuanto declaraba sujetos al Código a los nacidos en provincias de derecho común, del mismo modo que la Constitución del Estado declara españoles a los nacidos en España.** Interpretada esta disposición, sin tener en cuenta el artículo 12, que manda observar el régimen foral en toda su integridad, razón habría para estimarla **contraria a los fueros, que no reconocen a los hijos otra condición que la de sus padres.** Pero como las disposiciones de un Código no se deben interpretar aisladamente, sino en

La determinación de la condición foral, cuya diversidad es presupuesto del conflicto de leyes, pasará a ser, desde entonces, competencia exclusiva de la legislación estatal.

Esta reserva implicaba dos consecuencias: por una parte imponía una total uniformidad en la normativa de su atribución que excluía cualquier singularidad (eliminación de la posibilidad de existencia de conflictos positivos o negativos de vecindad) y, por otra parte, dejaba en manos del Poder estatal la definición del ámbito de vinculación de los Derechos forales: sin duda ya solo meramente «especiales» al arrebatarles la decisión sobre el alcance de su propia competencia.

Por si quedasen dudas, la garantía de la foralidad, a través de la autonomía, ha zanjado, a lo que parece definitivamente, la cuestión: el instrumento de la autonomía no es hábil para imponer obligaciones extraterritoriales de ningún tipo que puedan oponerse con éxito a las estatales.

4. LA VECINDAD Y EL PRINCIPIO AUTONÓMICO

La condición de aforado no justifica hoy una sujeción «especial» que permita saltar la «frontera» que delimita el territorio propio de cada autonomía, rompiendo la homogeneidad con que la nacionalidad española iguala a todos nuestros conciudadanos. La vieja sustancia nacional(ista) o regional(ista), que pudiese quedar en la condición de aforado, no sirve para exigir obediencia fuera de territorio propio: no se debe fidelidad y, por tanto, no existe delito de traición contra la v.g. la Generalidad o cualquier otra Autonomía (35).

La inexistencia de Jurisdicciones «propriadamente autonómicas» resalta todavía más, si cabe, este resultado: la llamada autonomía «política» ha domado todo rescoldo de la vieja foralidad. La magistratura única es el mejor respaldo de la fidelidad a un orden competencial: Derecho foral es hoy sinónimo sólo de mero «Derecho civil» (36).

combinación con todas las otras que tienen relación con ellas, habría debido entenderse el artículo 15 sin perjuicio de lo dispuesto en el 12, el cual consagra la integridad del régimen jurídico foral, en justo acatamiento al precepto claro y terminante del artículo 5 de la Ley de 11 de mayo de 1888. Ya que esta interpretación no tranquilizó bastante a los que entendían de otro modo el artículo 15, la sección ha procurado aclararlo y fijar su verdadero sentido, de suerte que no pueda quedar duda al más suspicaz de que **por él no se introduce novedad alguna en el régimen jurídico de las provincias forales**». Vid. LÓPEZ-MELÓN, cit., pág. 33: se recoge (respeta) el contenido de la regulación foral, pero se usurpa la competencia.

(35) Artículo 30.1 de la CE: «Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España».

(36) La unidad del poder judicial ha sido a ultranza salvaguardada por la CE: la organización judicial no ha sido sometida a una descentralización semejante a la que han

En resumen, la cuestión foral ha quedado reducida al reconocimiento de la singularidad de un elenco de soluciones técnicas basadas en un orden de principios que el constituyente estima dignos de ser conservados; repertorio que las respectivas instancias autonómicas tienen competencia para interpretar y desarrollar pero no para suplantar o, simplemente, eliminar. Yace aquí el intento, hasta ahora exitoso, de reducir la especialidad foral a la *folclórica* o estética, bajo la coartada de un enriquecimiento técnico-jurídico. La singularidad irreductible de la vieja foralidad, singularidad que, por cierto, ha acentuado la cicatería del constituyente al reservar competencia en legislación civil sólo a las Autonomías con foralidad reconocida, puede decirse que, al menos «por ahora», ha quedado razonablemente domada o digerida.

5. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LA NORMA AUTONÓMICA

En resumen la necesidad de reconocer cierto alcance extraterritorial a instituciones civiles forales no responde, si se analizan objetivamente los datos desde un punto de vista jurídico, a otras razones que las puramente técnicas: se trataría únicamente de garantizar un régimen estable para las relaciones familiares y sucesorias principalmente.

La consecución de ese objetivo exige intervención estatal. Debido a que la garantía a la foralidad se consigue a través de la autonomía, carecemos de norma o principio constitucional o estatutario que permita reconocer eficacia extraterritorial a la normativa civil especial o foral sin el concurso del Estado.

Ahora bien, aún dando por bueno que la eficacia extraterritorial (fuera del territorio autonómico) de la normativa sobre vecindad exige la intervención del Estado, queda todavía por determinar cuál será el título competencial que prestará la cobertura necesaria. No sirve, desde luego, el que la CE atribuya al Estado la competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes. La competencia para regular los conflictos de leyes no ha implicado nunca sustracción de competencia, a los Derechos en contacto para regular los puntos de conexión y, mucho menos, la condición personal de los civiles que entran en contacto y generan la existencia del conflicto mismo. Así ha sido, y no podía ser de otro modo, en el ámbito internacional, por razones obvias. Y no hay razón para entender distinto el contenido de esta competencia de regulación según el conflicto de leyes sea internacional o interregional.

sufrido los demás poderes del Estado: insiste en ello Díez PICAZO (LM), *Régimen constitucional del Poder Judicial* (1991), págs. 84-85, pero con matices.

6. LA ACTUALIDAD DE LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La competencia estatal para la regulación de la vecindad, en nuestra tradición civil, había encontrado justificación en los preceptos que garantizan y velan por la vigencia general en toda España de las normas que determinan la eficacia de las leyes y las reglas generales para su aplicación: como sabemos, contenido del título preliminar del Código. Con notable astucia política, las normas sobre vecindad se incluyeron como parte de ese título preliminar. Esta decisión se fundamentó en dos premisas que engarzaban un riguroso silogismo.

La delimitación del ámbito de vigencia del Derecho foral, del vigente a la sazón y de las futuras leyes que los recopilasen, como pasaba con la delimitación del ámbito de vigencia de cualesquiera otras normas, no era más que una «regla para la aplicación de las leyes»; la fijación de las reglas para la aplicación de las leyes era el cometido del título preliminar del Código Civil; ahora bien, la elaboración del Código Civil, por supuesto, era y es competencia de las Cortes españolas. De esta forma, en virtud de este rodeo, las viejas disposiciones de Derecho foral, que definían la condición foral, fueron definitivamente desplazadas.

La reserva no se fundamentaba en el hecho de que toda la legislación era entonces necesariamente estatal, y no se fundamentaba en ello, porque el «pleno respeto» a la foralidad (y por tanto de las normas forales que determinaban la vecindad), vinculaba también al legislador decimonónico. La derogación de las normas forales sobre vecindad o «aforamiento» se amparó en la necesidad de formular una regulación uniforme y válida para todo el territorio español (aquí está la excusa) que delimitase el ámbito de vigencia de las leyes, también las de Derecho foral o aquellas futuras que, en su día, lo recopilasen. Ahora bien, como el alcance de la foralidad tradicionalmente venía determinado por la vecindad, la regulación de ésta, como presupuesto del alcance de la norma de contenido foral, correspondió, a partir de entonces, sólo al Estado (37).

(37) El codificador entra en la vecindad no tanto por el haz (punto de conexión) como por el envés (requisito de aplicación). La competencia para determinar los efectos de las normas y las reglas de aplicación era el contexto en que, a mi juicio con acierto, centraba su defensa la Comunidad Balear, y su ataque el Abogado del Estado en el caso de la STC 156/1993: «(...) aunque **unas partes y otras** hayan argumentado, sobre todo, a partir de la norma que atribuye al Estado (...) competencia exclusiva para la adopción de las "reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas", es lo cierto que el precepto constitucional (procedente será el que) afirma la competencia estatal, también exclusiva, en orden a "las normas para resolver conflictos de leyes"» (?).

7. LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA PARA REGULAR LA EFICACIA
DE LAS NORMAS Y LAS REGLAS GENERALES PARA SU APLICACIÓN

La importancia teórica de lo hasta ahora razonado está en que el apoyo constitucional, que permite hoy al Estado regular la vecindad (37 bis), no sería tanto la competencia que la CE le atribuye para regular en exclusiva los conflictos de leyes como la que le concede para establecer «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas». El término «normas» comprende toda regulación, cualquiera que sea la forma que la cobije: en consecuencia, no sólo leyes sino también costumbres, no sólo leyes formales sino también las materiales. De esta manera la CE no haría otra cosa que aceptar, y consolidar, una tradición que se remonta al Título preliminar del Código Civil.

La importancia práctica de esta interpretación está en que la competencia estatal para establecer las reglas que determinen la eficacia de las normas justificaría la regulación estatal de la vecindad civil pero no de cualquier otro punto de conexión (que elija cualquier norma de conflicto del Derecho interregional). La vecindad es la condición personal que determina la sujeción al Derecho Civil del Código o al llamado Derecho foral y, como tal, un presupuesto de importancia decisiva para determinar el alcance de la legislación civil que dicten cualquiera de los Parlamentos españoles competentes en la materia, y requisito necesario para apreciar la existencia del conflicto de leyes interregionales; la regulación de la vecindad, en resumen, está dirigida única y exclusivamente a delimitar el alcance de las distintas normativas civiles (lo que no pasa con los otros puntos de conexión), de ahí la competencia estatal.

VI. LA COORDINACION DE LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES
EN LA PRACTICA

1. COORDINACIÓN Y GARANTÍA DE «PLENO RESPETO»

El sistema de coordinación elegido debe ser el menos dañoso para los Derechos en pugna. El legislador estatal no tiene una libertad de regulación absoluta. Ni siquiera procede el recurso a fórmulas de cierre genéricas que privilegien directa o indirectamente la aplicación del llamado «Derecho Común» sin causa que lo justifique.

(37 bis) La vecindad civil es punto de conexión, pero también presupuesto de la diversa condición foral: diversidad sin la que podrían producirse conflictos interregionales.

La garantía de «conservación» de los Derechos forales no es una declaración «platónica». La garantía de «conservación» implica también la de su aplicación, siempre que corresponda según la «naturaleza de las cosas». De poco serviría la garantía constitucional de la foralidad si la conservación se entendiese simplemente como la posibilidad de establecer una normativa cuya eficacia pudiese restringirse, por el legislador estatal, de forma arbitraria. El establecimiento de una garantía de «conservación» demuestra el interés del constituyente en asegurar la vigencia práctica y, por tanto, en preservar una forma de regular las relaciones que conforman la llamada sociedad civil, diferente a la del Código: esta orientación no puede ser desconocida. Precisamente por ello se exige la coordinación: es preciso que las distintas legislaciones civiles sean respetuosas las unas con las otras; de ahí la importancia del marco unitario y superior.

Siempre que el Estado desarrolla este tipo de competencias (cualquiera de las finales del art. 149.1.8 de la CE) asume un papel eminente: la legislación estatal tiene un valor superior e independiente, bien porque determina las condiciones de posibilidad de toda eficacia normativa; bien porque estructura los aparatos orgánicos encargados, de forma principal, de su aplicación; o bien porque materializa valores constitucionales en determinadas materias sensibles (así el matrimonio). Por esta razón el Estado, en estos casos, aunque ciertamente formula, como no podía ser de otro modo, una normativa estatal, no por ello esa normativa será, sin embargo, castellana o «civil ordinaria». Esta no parece la dialéctica adecuada para entender el proceso. «Estatál» se opone en este punto a «autonómico», pero no a «foral». La regulación estatal de estas materias es tan civil común (no foral) como foral: la regulación estatal es unitaria pero no por ello es antiforal porque, por exigencia constitucional, en ese punto, todos los Derechos civiles deben realizar una elección común, cuya formulación se encomienda al Estado.

Obviamente la atribución de esa competencia no es razón para que el Estado privilegie una legislación civil particular o socave la aplicación de alguna, o algunas, de ellas: en esas materias no hay campo para la distinción entre foralidad y civilidad ordinaria (38).

(38) Por eso no es de recibo expandir la aplicación del Código en países forales por la vía indirecta de reconocer al Estado una competencia exclusiva sobre «la legislación civil», sólo susceptible de ser limitada por la materia foral realmente vigente en el momento que la CE se publica: consecuencia que resulta de las posturas de BERCOVITZ y ARCE resumidas en la nota 23 y 26. Hay que insistir en que la «segunda reserva» del artículo 149.1.8 de la CE no se confunde con la genérica legislación civil que atribuye al Estado su primer párrafo: si fuese así, no se entiende la necesidad de hacerla especificando las materias que comprende.

2. COORDINACIÓN DE LAS DISTINTAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS
ENTENDIDAS COMO SISTEMAS «PRINCIPIALES»

Los Derechos civiles forales son «órdenes concretas» basadas en determinados principios estructurales de naturaleza, ciertamente, distinta. Son sistemas de principios, más que de leyes, como lo demuestra el hecho de que algunos de ellos renuncien a una plasmación normativa completa: así cuando reconocen como fuente de derecho la costumbre contra ley.

La misión constitucional del legislador estatal, por ello, no consiste tanto en coordinar leyes de contenido diferente como en articular la coexistencia entre principios jurídicos de naturaleza distinta: una razón más para rechazar que el Estado pueda hacer servir, para cumplir con este fin, cualquier sistema conflictual.

En este sentido hay que decir que, desde el punto de vista interregional, la normativa conflictual de la redacción originaria del Código era, por muchos motivos, superior a la que deriva de la fundamental reforma de su Título preliminar en 1973.

La generalidad y abstracción de las normas de conflicto garantizan en alto grado la neutralidad del sistema conflictual elegido y una recepción plena del Derecho por cuya aplicación se opta. Por el contrario la conexión «móvil» o «alternativa» refleja una indiferencia frente al marco institucional, rechazable, en principio, cuando se trata de decidir entre sistemas que pugnan, en condiciones de igualdad, desde principios opuestos. El recurso a «la condición de proximidad» o «más estrecha vinculación» consigue minorar las consecuencias más peligrosas de estas fórmulas, pero aporta un matiz de inseguridad jurídica (arbitrio judicial) cuya importancia debe ponderarse con cuidado.

En todo caso, una proliferación excesiva de normas conflictuales, por bienintencionadas que sean, se traduce en una «parcelación» de la realidad jurídica que sólo tiene sentido en un marco de «valoraciones uniformes» por parte de las legislaciones en conflicto: la función de las instituciones, en uno y otro Derecho, debe ser sustancialmente la misma. Por hipótesis no sucede eso en el Derecho foral que, precisamente lo es, y por ello merece ser conservado, porque sus regulaciones expresan un orden de principios de naturaleza diferente.

Surgen así los peligros anejos a todo comparativismo cuando es ejercitado de modo acrítico. La «autonomía» de determinado conflicto, evidente desde una determinada óptica jurídica y social, pueda faltar desde otra distinta: la «autosuficiencia» de determinada institución en un Derecho, que justificaría un tratamiento conflictual separado, puede fallar en otro, de modo que, en éste, se haga imposible su regulación, y por tanto su aplicación, con independencia de otras instituciones conexiones o subordinadas. Sin duda, en este punto, «técnicas de ajuste», depuradas por los internacionalistas, como

las de «sustitución» y «trasposición», podrían aquí desempeñar un importante papel. Sin embargo, lo cierto es que su uso por el Foro está, según nuestras noticias, todavía por estrenar sobre todo cuando de conflictos interregionales se trata (39).

Así es difícil separar en las capitulaciones catalanas, y en general en los capítulos matrimoniales de Derecho foral, su contenido patrimonial familiar del sucesorio: las estipulaciones son normalmente correspectivas. El caso de la troncalidad vascongada (institución sucesoria que prolonga su eficacia en el campo de Derecho patrimonial familiar e incluso en el patrimonial a secas) es suficientemente significativo de los dislates a que se puede llegar a cometer y se han cometido en este punto.

Ciertamente o se es más cuidadoso desde el Poder Central con la «construcción jurídica de las foralidades» o asistiremos inevitablemente a un progresivo crecimiento de «normas materiales autolimitadas» de origen autonómico: sin duda, en estas condiciones, ejercicio de una autodefensa legítima, aunque de dudosa eficacia, vista la jurisprudencia del TC.

3. EL CONFLICTO MÓVIL

Cabría preguntar de qué servirá al heredero contractual catalán que le reconozcan su condición si es a costa de pechar con las legítimas castellanas. El *hereu* no puede ni siquiera aspirar a que le traten como al mejorado castellano: una legítima de dos tercios con juicio de testamentaría deja sin sentido la función del heredamiento tradicional catalán. Este cuadro es, por desgracia, factible y no sólo con y para los catalanes.

La bienintencionada norma del artículo 9.8 del Código Civil, probablemente dictada además con la mira puesta exclusivamente en el Derecho interregional, descubre hasta qué punto los excesos normativistas son peligrosos. Desde ese punto de vista hubiese sido preferible dejar al operador judicial libertad para poder recurrir, siempre que lo estime necesario, a las llamadas,

(39) La técnica de la «sustitución» atiende, para aplicar la norma de conflicto, al verdadero contenido de la institución, cualquiera que sea su denominación: así, el retracto gentilicio (abalorio) ¿es un simple derecho real o más bien un derecho de naturaleza familiar? Muy distinta sería la situación si la institución fuese desconocida por la normativa conflictual: habrá que acudir al régimen dispuesto para institución equivalente conocida (técnica de la trasposición). En el caso de la troncalidad vizcaína no es utilizable el régimen previsto para las legítimas en el artículo 9.8.1 del Código que conduce a resultados totalmente contrarios a los que la troncalidad pretende: sería más apropiado calificarla como una especie de derecho real (en este caso de adquisición preferente) y aplicarle su régimen conflictual. Cmpr. CELAYA, cit., pág. 64. Hoy hay que tener en cuenta la reforma de la Compilación de Vizcaya de 1992: artículos 23, 24 y 25 hasta ahora aceptados por el Gobierno.

en Derecho Internacional Privado, «técnicas de ajuste»: especialmente la conocida por «técnica de adaptación».

Por lo demás, el fraude de ley típico suele presentarse en forma de «conflicto móvil». Testamento sin institución de heredero, fideicomisos, donaciones *mortis causa* sin forma testamentaria, etc., podrían sufrir insospechadas ataques por causa de un «oportuno» cambio de vecindad. La norma reformada del artículo 9.8 del Código Civil salva muchos de esos escollos pero, en realidad, el caballo de batalla entre los sistemas sucesorios está en la articulación de los derechos legitimarios: la perspectiva adecuada es la que entiende que el alcance y sentido de las disposiciones sucesorias viene dado, sólo, por el marco de limitaciones que la determinan y encauzan. Es este un espacio todavía no suficientemente explorado y que precisa probablemente una política legislativa nueva e imaginativa (40).

CELESTINO PARDO

(40) Un caso típico de «conflicto móvil» mereció ya la atención del legislador en 1973 y motivó el artículo 16.2 del Código: el derecho de viudedad aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión, en este caso, de la legítima que establezca la ley sucesoria. Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario al artículo 16.2 del Código Civil», en ALBADALEJO-DÍAZ ALABART (comps.), cit., pág. 1282 y sigs.: hoy generaliza la solución el artículo 9.8 final. El verdadero problema surge si el caso es el opuesto: en el matrimonio, originariamente no aragonés, que adquiera luego esta regionalidad, carecería el viudo de todo lucro viudal: «no la porción legítima de la ley regional de origen, cuya ley no sería aplicable a la sucesión del premuerto; ni la viudedad aragonesa, por no regir esta ley el régimen económico del matrimonio». SANCHEZ REBULLIDA propone el siguiente ajuste: conceder siempre al supérstite la ventaja de la ley aragonesa como la más favorable. El «conflicto móvil» puede, en efecto, exigir un ajuste por adaptación de la solución de conflicto. Cmp. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, cit., pág. 477 y sigs.: «La técnica conocida en DIP con la denominación de "ajuste" o adaptación responde (...) al problema de la incompatibilidad de normas pertenecientes a diversas categorías que deben ser aplicadas simultáneamente (V. WENGLER)». Un caso de coexistencia de sistemas jurídicos diferentes: «la adaptación en sentido estricto implica la necesidad de proceder a una modificación de las normas materiales o sucesiva o simultáneamente aplicables para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional (...) Dos opciones: una consistiría en jerarquizar las dos o más normas de conflicto (...) o bien en derogar pura y simplemente, para el caso concreto, una de las normas.