

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

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

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

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

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

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

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

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

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

competencia en Derecho civil de la Generalitat. Por no salirme de las referencias al Código Civil felizmente gratas (al menos en este caso) a la opinión mayoritaria, debo recordar que una norma capital en la interpretación de los contratos, unánimemente considerada aplicable también a cualquier proposición jurídica, y por ende, a las normas, establece que si una cláusula admite diversos sentidos deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Con la interpretación que sustenta la opinión mayoritaria la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía se limitaría a dirigir un evanescente mandato al legislador para que al desarrollar el Derecho civil trate de armonizarlo con el contenido de los antiguos fueros. Este mandato, aparte de estéril, no tendría sentido, habida cuenta del carácter consuetudinario al que la propia opinión mayoritaria reduce el alcance del Derecho civil valenciano.

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

El rigor imponía que, como traté de exponer durante la deliberación con más extensión que en este voto particular (agradeciendo la paciencia demostrada por mis colegas), el Tribunal se plantease si la recuperación del Derecho histórico valenciano cabe o no en la Constitución. En el caso de que la respuesta mayoritaria, como parece inevitable (en contra de mi criterio), hubiera sido negativa, habría sido necesario que el Tribunal se hubiera planteado la constitucionalidad de la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía, pues así lo ordena la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Según esta Ley si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por ley o norma con rango de ley (y un estatuto de autonomía es una ley orgánica definidora de las competencias de la comunidad autónoma), el conflicto de competencia se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad (artículo 67).

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

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

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

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

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

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

El TC comprueba (FJ 10) que, “[d]e acuerdo con el art. 5 EAC ‘[e]l autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución’”. A juicio de los recurrentes en aquel proceso, esto “supone recabar para el Estatuto de Autonomía una facultad de actualización de los derechos históricos y, con ella, de asunción de competencias por los cauces que la Constitución ha reservado a los territorios forales en su

disposición adicional primera.” Pues bien, el TC afirma que “[t]anto los derechos históricos como las instituciones seculares y la tradición jurídica de Cataluña invocados por el precepto son únicamente aquellos de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil [...] Se trata, pues, de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución. Y ello porque *se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado* o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía [...] Sólo de manera impropia podría entenderse que tales derechos históricos son también, jurídicamente, fundamento del autogobierno de Cataluña [...]”. (Resaltado mío).

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

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

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

A mi juicio, esta objeción carece de valor por las siguientes razones: (i) El concepto general de actualización de los derechos históricos, una vez admitido por la jurisprudencia constitucional, carece de sentido alguno en el marco del Derecho privado si no se entiende que

puede referirse a sistemas no vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues para los que se hallaban vigentes en esta fecha no cabe hablar de actualización o recuperación de derechos históricos, sino simplemente de conservación de sistemas vigentes; (ii) la jurisprudencia del TC ha venido efectivamente diciendo que los derechos forales o especiales reconocidos por el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE solo son aquellos vigentes al momento de la entrada en vigor de la Constitución; sin embargo, esta afirmación se ha hecho siempre con el carácter de *obiter dictum*, pues los casos resueltos se refieren a instituciones la controversia acerca de las cuales no versaba sobre el momento de su vigencia, sino únicamente sobre su valor como Derecho civil foral o especial o su conexión con el Derecho foral; o a costumbres en las cuales, por su naturaleza de normas fundadas en la repetición consciente de conductas como obligatorias, la vigencia se confunde con la existencia; (iii) entender que una frase tan genérica como "allí donde existan", utilizada por el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE exige el dato de la vigencia efectiva del Derecho foral o especial en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, que es la tesis que propugna la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia, tiene su fundamento, a mi juicio, en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o "por ahora" en los territorios donde "subsistan", como decía en su redacción original el CC. No parece necesario esforzarse en demostrar que esta concepción residual no es la que mantiene la CE, que habla de una manera amplia de la legislación en materia de "derechos forales o especiales" como competencia ordinaria de determinadas CCAA y reserva al Estado concretas materias que son las que verdaderamente se considera necesario mantener frente a estos derechos en el ámbito de su competencia exclusiva; (iv) tratándose de los derechos históricos por antonomasia, es decir, de los pertenecientes en el ámbito del Derecho público al País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, resulta una evidencia histórica que no todos los derechos reconocidos en este ámbito territorial estaban vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues el concierto económico para Guipúzcoa y Vizcaya se restauró prácticamente de forma contemporánea a la Constitución, tras un largo periodo de supresión, y otros derechos históricos, como la existencia de una policía propia en el País Vasco, se remontan a realidades históricas anteriores.

A mi juicio, por consiguiente, no existe óbice alguno para admitir que no se opone al artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, aun cuando no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sea posible calificarlo como sistema de Derecho privado

efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia.

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

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

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

Esta jurisprudencia se basa en algunos puntos capitales: (i) “El término ‘allí donde existan’ a que se refiere el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas” (STS 88/1993, FJ 3, entre otras); (ii) “La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de "conservación" y "modificación", sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales” (STS 88/1993, FJ 3, entre otras); (iii) “[L]as competencias autonómicas para "desarrollar", en lo que aquí interesa, el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de este y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una

relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil.” (STC 156/1993, FJ 6, entre otras).

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

Dado que este criterio de conexión ha sido utilizado con una enorme flexibilidad por parte de la jurisprudencia constitucional, no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legislado. En todo caso, parece extraño que la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia no haya seguido esta vía y, por el contrario, se haya encerrado en la imposible pretensión de examinar la existencia o no de prueba acerca del valor consuetudinario del Derecho foral histórico, el cual, por su propia naturaleza, no puede ser equiparado a la costumbre ni estar sujeto a los requisitos para su reconocimiento, por tratarse de una fuente del Derecho de naturaleza distinta a las que integran el Derecho foral escrito, que es aquel a cuya recuperación y actualización se refiere el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. Tan cierto es que la costumbre solo regirá si resulta probada como que la vigencia de la norma escrita depende de procedimientos de aprobación, promulgación y publicación.

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

Partiendo de conceptualizar los Derechos forales o especiales como subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades



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

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.