

***INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM:
A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN
Y LA AUTOTUTELA EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO,
DE DERECHO CIVIL DE GALICIA***

*Interpretatio prudentium and ius controversum: regarding the regulation of
adoption and guardianship in the Act 2/2006, of 14 th june, on Galician
Civil Law*

RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO
Universidade da Coruña

Resumen: A partir de la doctrinalmente discutida fundamentación jurídica seguida por el Tribunal Constitucional en su STC 133/2017, de 16 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a los arts. 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se pretenden analizar algunas cuestiones relativas a la forma y al fondo argumentativo de la interpretación realizada sobre diversos aspectos conectados con el posible desarrollo institucional del Derecho civil de Galicia.

Palabras clave: Arts. 27-45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; recurso de inconstitucionalidad; desarrollo institucional del Derecho civil de Galicia; fundamentación jurídica del TC; STC 133/2017, de 16 de noviembre; adopción; autotutela.

Abstract: On the grounds of the legal basis adopted by the Constitutional Court, in its judgement 133/2017, of 17 September deciding on an action of unconstitutionality against articles 27 to 45 of the Gallician Civil Law Act 2/2006, of 14 June, this paper aims at analysing some fundamental issues relating to the line of arguments adopted by the Court with respect to several aspects linked to institutional development of the Gallician Civil Law.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Keywords: Arts. 27-45 of the Galician Civil Law Act 2/2006 of 14 June; action of unconstitutionality; institutional development of the Galician Civil Law; legal basis adopted by the Constitutional Court; Judgement Constitutional Court 133/2017 of 16 November; adoption; guardianship.

SUMARIO: I.—Justificación del trabajo. II.—Opiniones críticas formuladas en relación a la STC 133/2017. III.—El art. 149.1.8 de la Constitución Española como ejemplo de *ius controversum*. Breve referencia a las distintas posturas doctrinales y a la doctrina jurisprudencial en torno a su interpretación. IV.—Cuestiones de forma y fondo, relativas a la argumentación empleada por el TC en su STC 133/2017 en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 27 a 41 de la LDCG 2/2006, de 14 de junio. IV.1. Determinación por el TC del encuadre competencial de los preceptos impugnados y referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión planteada. IV.2. Concreción de los requisitos establecidos por el TC para poder considerar válidas las normas relativas a la regulación de la adopción que la Comunidad Autónoma gallega pretendía introducir en su ordenamiento jurídico civil. IV.3. La negación de existencia de peculiaridades gallegas relativas a la adopción o instituciones similares. IV.4. El rechazo al posible fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada y a su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia. V.—Conclusiones.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Desde hace tiempo y todavía hoy, hemos venido manifestando nuestro interés por el estudio de cuestiones relativas a la interpretación jurisprudencial recogidas en los textos dentro del ámbito del Derecho romano y más específicamente, por lo que se refiere a determinados supuestos en los que se pueden apreciar controversias entre los juristas en cuanto a las posibles soluciones proporcionadas por estos a las cuestiones planteadas en torno a los mismos.

Ese interés, relativo a la, en términos romanos, denominada *interpretatio prudentium* y el correspondiente *ius controversum* procedemos a trasladarlo, nuevamente, a otro ámbito. En esta ocasión al de un derecho positivo específico, que, por considerarlo especialmente atractivo tanto desde un punto de vista histórico como jurídico, también ha venido siendo objeto de nuestra atención a lo largo de estos años: el relativo al Derecho civil de Galicia.

En este escrito concretaremos nuestra atención en diversas cuestiones muy controvertidas desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial que se han planteado en relación al posible desarrollo de algunas instituciones —en concreto la adopción y la autotutela— del Derecho civil de Galicia, fundamentalmente al hilo del análisis de los criterios argumentativos utilizados por el

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia (STC) 133/2017, de 16 de noviembre¹, para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a los artículos 27 a 45 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG), relativos a la adopción y la autotutela.

II. OPINIONES CRÍTICAS FORMULADAS EN RELACIÓN A LA STC 133/2017

Resulta evidente que la Sentencia del TC 133/2017 no ha pasado inadvertida, y no para bien, puesto que la misma ha suscitado en la doctrina más autorizada, a consecuencia de los planteamientos que en la misma se contienen, muy duras críticas.

En este sentido, la acreditada Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela y Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, María Paz García Rubio, en un reciente trabajo², ha dedicado los siguientes calificativos a dicha resolución y su contenido: «interpretación del art. 149.1.8.^a CE que es, sin lugar a dudas, la más restrictiva de todas las que hasta ahora ha dictado “el TC” respecto a las posibilidades de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas “allí donde exista” Derecho civil propio»; «la profunda desorientación que particularmente en los últimos años viene produciendo el TC en los destinos del mandato contenido en el art. 149.1.8.^a CE, alcanza en esta STC 133/2017 de 16 de noviembre su cota más alta, hasta el punto de convertirse en auténtica estupefacción y desconcierto»; «decisión que parece condenar al Derecho civil de Galicia al ostracismo que en cierta medida ya vivió durante la vigencia de la Compilación de 1963»; «supone la interpretación más restrictiva del precepto constitucional ‘art. 149.1.8.^a CE’ y de la jurisprudencia emanada del propio Tribunal que éste invoca»; «nos hallamos ante la Sentencia más centralista o, si se prefiere, menos autonomista, de todas las dictadas hasta ahora en aclaración del abstruso precepto constitucional “art. 149.1.8.^a CE”»; «con la STC 133/2017, relativa al Derecho gallego, el TC da otra vuelta de tuerca en la comprensión menos autonomista del precepto “art. 149.1.8.^a CE”»; «se da una evidente

¹ Recogida en el «BOE» núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

² Titulado «La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre ¿interpretación del artículo 149.1.8.^a CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?», publicado en *Foro Galego (Revista Xurídica Xeral de Galicia)*, VIII Época, núm. 205, julio-diciembre 2018, pp. 9 ss.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

vuelta de tuerca en el proceso de minimización de «algunos» Derechos civiles autonómicos añadiendo al gallego al ya esquilmado Derecho civil valenciano, a la vez que se traza otra línea diferente, cuando menos para los casos catalán, navarro y aragonés»; «realiza una interpretación...llamada a dejar el mínimo margen posible de actuación a la Comunidad Autónoma de Galicia en lo que atañe a la modernización de su Derecho civil propio»; «recorta hasta el límite de lo posible la viabilidad del Derecho civil gallego»³.

A todos estos reparos añade García Rubio el relativo al efecto producido por la Sentencia en el ámbito jurídico gallego, que concreta en «la extendida convicción entre los juristas que trabajan con el Derecho civil gallego de que la interpretación mantenida en esta Sentencia sobre el significado y alcance del artículo 149.1.8.^a CE es mucho más restrictiva que la que el TC sustenta cuando el mismo precepto constitucional se proyecta sobre la labor legislativa de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. En definitiva, lo que se siente y se denuncia es que Galicia ha sufrido con esta decisión un trato discriminatorio en relación con su competencia legislativa en materia civil... En otros trabajos anteriores de mi autoría creo haber puesto de relieve el desigual tratamiento que han recibido las Comunidades Autónomas destinatarias del artículo 149.1.8.^a CE en lo que se refiere al escrutinio por parte del Tribunal Constitucional de diversas leyes dictadas con fundamento en sus respectivas competencias civiles; sin embargo, creo que pocas veces antes ese desigual tratamiento ha sido tan evidente como ahora»⁴.

En términos críticos semejantes a los indicados ya se pronunciaron en su momento, en sendos Votos Particulares formulados a la Sentencia, los Magistrados discrepantes con la resolución, Juan Antonio Xiol Ríos, por una parte; y Cándido Conde-Pumpido Tourón (al del que se adhirieron también los Magistrados Fernando Valdés dal Ré y María Luisa Balaguer Callejón), por otra.

En opinión de Xiol Ríos, «la respuesta dada por el Tribunal al problema constitucional planteado en este recurso de inconstitucionalidad adolece de una actitud formalista poco acorde con la interpretación evolutiva del texto constitucional y, particularmente amenaza con interrumpir un proceso enraizado en la tradición y evolución del Derecho privado en España». «El Tribunal Constitucional, al llevar a cabo el control del ajuste constitucional de la actualización de las normas civiles gallegas objeto de este recurso de inconstitucionalidad ha optado de nuevo por una respuesta formalista... esta postura se

³ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, *passim*.

⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 31 s.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE»⁵. A todo ello añade que «la Sentencia contribuye a la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional en materia de legislación civil, pues ha modificado la inteligencia del precepto constitucional contenido en el artículo 149.1.8 CE, dificultando la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español»⁶, para concluir afirmando que «considero de gran importancia –y, sinceramente, de efectos perturbadores– la orientación restrictiva de los derechos civiles autonómicos adoptada por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia»⁷.

Por su parte, Conde-Pumpido⁸ afirma literalmente que «la Sentencia de la que discrepo puede, por tanto, generar la impresión de que este Tribunal aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial»⁹.

III. EL ART. 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO EJEMPLO DE *IUS CONTROVERSUM*. BREVE REFERENCIA A LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES Y A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN

La resolución de la cuestión planteada en la tan criticada Sentencia que nos ocupa se asienta, entre otras, fundamentalmente en la interpretación de tres normas: el artículo 149.1.8 de la CE, y los artículos 27.4 y 38.3 del Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG)¹⁰.

Respecto al artículo 149.1.8 CE se ha dicho que «plantea un mar de dudas interpretativas», que «es uno de los artículos de redacción más compleja en

⁵ Punto 1 de su Voto Particular.

⁶ Punto 4 de su Voto Particular.

⁷ Punto 8 de su Voto Particular.

⁸ Cuya discrepancia con la Sentencia, como indica en el Punto 2 de su Voto Particular, se centra en la forma en que en los fundamentos jurídicos 6 y 7 se aplica el canon de constitucionalidad a las normas impugnadas –que se define en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia–, concreta en tres los aspectos de la fundamentación de la resolución que dice no compartir: a) La lectura que se realiza del preámbulo de la Ley impugnada; b) El tratamiento del requisito de la acreditación del derecho consuetudinario que realiza la Sentencia; y, c) La desviación de la Sentencia de los precedentes sentados por el Tribunal Constitucional en otras Sentencias relativas a la materia.

⁹ Punto 2 apartado c) de su Voto Particular

¹⁰ Dicho Estatuto apareció publicado en el «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 1981.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

la vigente Constitución», que «la doctrina española siempre ha mostrado perplejidad ante dicho artículo», y que «con él se crean una serie de problemas muy interesantes». Entre esos diversos «problemas que se plantean por primera vez en la vigente Constitución» se citan: «(i) el alcance de la competencia en el ámbito de la legislación civil; (ii) los titulares de dicha competencia en el ámbito de la legislación civil, y (iii) el contenido del concepto de legislación civil»¹¹.

En cuanto a las corrientes doctrinales que han formulado interpretaciones sobre dicho artículo, se viene indicando que «no hay una doctrina común ni mucho menos unánime sobre el significado de la competencia atribuida al Estado en materia de legislación civil»¹².

Por lo que respecta a dichas corrientes, García Rubio¹³ señaló en su momento que, en cuanto a las posibles interpretaciones de los términos «conservación, modificación y desarrollo» utilizados por la Constitución y a los que se refiere el citado artículo 149.1.8 de la misma, cabe apreciar cuatro posibles posiciones, identificables con la extensión de las competencias civiles de las Comunidades Autónomas que las hubiesen asumido en sus correspondientes Estatutos de Autonomía. A su modo de ver, serían las siguientes:

1. La que estima que la competencia civil de las Comunidades Autónomas está limitada por las competencias exclusivas del Estado, por un lado, y por el contenido de las Compilaciones en el momento de promulgarse la Constitución, por otro. Así, el desarrollo del Derecho civil foral respectivo queda circunscrito a las instituciones que en estos cuerpos legales son objeto de algún tipo de regulación.

2. La que entiende que el único límite a las competencias civiles de las Comunidades Autónomas con Derecho foral está en las materias reservadas «*en todo caso*» por la Constitución a la competencia exclusiva del Estado, de modo que la legislación autonómica puede extenderse a instituciones civiles que en las Compilaciones respectivas se hallen carentes de regulación.

3. La que considera que si bien los términos «conservar, modificar y desarrollar» impiden una ruptura radical con la situación preconstitucional y reclaman una relación de continuidad con el pasado, no es menos cierto que no

¹¹ Son afirmaciones de la Catedrática de Derecho civil y Magistrada del TC M.E. ROCA TRÍAS, recogidas en su comunicación titulada «La Codificación moderna», contenida en AA.VV., *Estudios*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2016, (pero edición en 2017), p. 177 s.

¹² ROCA TRÍAS, M.E., *op cit.*, p.178.

¹³ GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales, S.L., s.f (pero, 2002), p. 50 ss.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

se trata de desarrollar instituciones aisladas y fosilizadas en las correspondientes Compilaciones, sino verdaderos sistemas jurídicos autónomos. Así entendido, la competencia de las Comunidades Autónomas ha de llegar hasta donde alcance la fuerza expansiva de los principios informadores de cada Derecho o las necesidades de actualización del sistema jurídico representado por esos cuerpos legales, contando siempre con el límite de las competencias exclusivas del Estado.

4. La que sostiene que la condición de atribución de competencias en materia civil no ha de pasar necesariamente por la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, puesto que la competencia exclusiva del Estado en materia civil se circunscribiría a la expresada en el elenco del segundo párrafo del art. 149.1.8.^a y, fuera de tales materias, cualquier Comunidad Autónoma podría asumir en sus respectivos Estatutos competencias sobre materias que siendo inicialmente propias del Derecho civil no atentasen, sin embargo, contra la reserva final ¹⁴.

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sentada por el TC, se ha destacado que el Alto Órgano jurisdiccional «no ha contribuido en absoluto a aclarar el alcance del art. 149.1.8 CE» ¹⁵.

Tradicionalmente se ha venido utilizando como referente básico para resolver los problemas interpretativos planteados respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de «conservación», «modificación» y «desarrollo» de su Derecho civil propio a que se alude en el mencionado artículo de la CE, la STC 88/1993, de 12 de marzo ¹⁶, mediante la que se resolvió el recurso promovido en su momento por el Gobierno de la Nación contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1998, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. En ella, el problema constitucional planteado se centraba en determinar si la Comunidad de Aragón tenía competencias civiles para equiparar los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, teniendo en cuenta que la Compilación del Derecho civil de Aragón, de 1967,

¹⁴ Cfr. asimismo, en relación a la diversas corrientes que se podrían establecer, lo indicado en sus más recientes trabajos, por ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 178, que diferencia al respecto tres posibles tendencias, que denomina, respectivamente: «maximalistas», «restrictivas» y «foralistas», y PABLO CONTRERAS, P. DE, en AA.VV. (coord., de Pablo Contreras), *Curso de Derecho civil* (I, I), *Derecho Privado y Derechos subjetivos*, Madrid, Reimp. de la 5.^a ed. 2015, Edisofer, S.L., 2016, p. 85, que también habla de tres corrientes que califica, respectivamente, como «tesis más restrictivas», «opiniones intermedias» y «tesis más amplias», señalando en cada caso los defensores más significados de las mismas.

¹⁵ ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 178.

¹⁶ Recogida en el «BOE» núm. 90. De 15 de abril de 1993 (Suplemento), p. 62 ss.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

no contenía regla alguna sobre la adopción ni sobre el *status familiae* de los hijos adoptivos ¹⁷.

Por lo que aquí interesa, en relación al concepto de «conservación» ¹⁸, en el fundamento jurídico (FJ 2) de dicha STC 88/1998 se precisa que: «El concepto constitucional de «conservación... de los derechos civiles, forales o especiales» permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1.º)... Lo que la Constitución permite es la «conservación», esto es, el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE».

En cuanto al «desarrollo», en el FJ 3 de la Sentencia se señala lo siguiente:

«El concepto constitucional... y estatutario... de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece –según indicamos en el fundamento jurídico 1.º aquel precepto de la Norma fundamental. 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. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde exis-

¹⁷ Respecto a la interpretación de dicha Sentencia por la doctrina civilista en relación a su posible encuadre dentro de las diversas corrientes anteriormente señaladas, *cfr.*, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.P., *cit.*, p. 51 ss.; ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 178 s.; PABLO CONTRERAS, P. DE, *op. cit.*, p. 85 s.

¹⁸ Por lo que se refiere al criterio de «modificación», el TS, también en el FJ 2 de la Sentencia, excluye su aplicación en el caso planteado, expresando en cuanto a su significado: «tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «modificadora» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título como norma que «modifica el artículo 19.1 de la Compilación», precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal».

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

tan» a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».

El criterio central al que se recurre en la STC 88/1993 en las cuestiones relativas al «desarrollo» del Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma de que se trate, es, por tanto, el denominado de «conexión».

Precisamente en relación a dicho criterio, sobre el que volveremos más adelante, García Rubio se ha mostrado particularmente crítica, al considerarlo como «especialmente maleable» —«la ductilidad del criterio de la conexión permite la adaptación a cada situación particular», dice— por tratarse de «una herramienta que se maneja «a la carta» en función de que se esté analizando la legislación civil de una u otra Comunidad Autónoma», como, en su opinión, demuestra su diferente modo de utilización —más o menos laxo «en función de criterios que no se terminan de explicar»— en las cuatro últimas Sentencias en que se recurre al citado criterio: STC 25/2017; STC 133/2017; STC 40/2018; y STC 41/2018¹⁹.

Según García Rubio, «se debería superar la idea de la “conexión suficiente”». En su opinión, «la idea de “conexión” no es necesaria porque no está en

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, p. 34 y 36 s.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

la Constitución, resulta ambigua e insegura, y debe ser superada por una interpretación igualmente respetuosa con la norma fundamental, pero más acorde con la realidad legislativa actual, y, sobre todo, más respetuosa de la seguridad jurídica». Considera también que el de la «conexión» es, además, «un recurso que, o bien se ha mostrado inoperante, o bien se ha utilizado como un instrumento más político que jurídico», y que, por todo ello, «no me parece que el criterio de la “conexión suficiente” sea la mejor salida interpretativa al intrincado artículo 149.1.8.^a CE; pero “que” si se esgrime como tal, ha de utilizarse de modo uniforme y neutral y, por tanto, empleando la misma vara de medir (más o menos flexible) para todos los legisladores autonómicos competentes en materia civil»²⁰.

Además de la STC 88/1993, también se citan como de interés para la cuestión que nos ocupa, entre otras: la STC 156/1993, de 6 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad sobre determinados artículos de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, que eliminaban la intervención de los testigos en el testamento notarial; la STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre arrendamientos históricos de Galicia; la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña; la STC 95/2017, de 6 de julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida; o, en el específico ámbito valenciano: la STC 121/1992, de 28 de septiembre, la STC 82/2016, de 28 de abril, la STC 110/2016, de 9 de junio, y la STC 192/2016, de 16 de noviembre; y, con posterioridad a la STC 133/2017, las SSTC 40/2018 y 41/2018, ambas de 26 de abril, que resuelven, respectivamente, la primera, el recurso presentado contra dos artículos de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, relativos al destino de inmuebles vacantes situados en su territorio y a los saldos abandonados en entidades financieras sitas en dicha Comunidad Foral; y la segunda, el recurso interpuesto en relación a la Disposición Adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, y la Disposición Adicional sexta del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, relativos al destino de las fincas procedentes de procesos de concentración parcelaria que carezcan de dueño.

En diversos razonamientos contenidos en algunas de esas Sentencias se apoya el TC, como veremos a continuación, para resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en la STC 133/2017.

²⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 34 y 37.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

IV. CUESTIONES DE FORMA Y FONDO, RELATIVAS A LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR EL TC EN SU STC 133/2017 EN RELACIÓN A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 27 A 41 DE LA LDCG 2/2006

IV.1 **Determinación por el TC del encuadre competencial de los preceptos impugnados y referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión planteada**

En el FJ 4 de la Sentencia, el TC, tras concretar el objeto de análisis del recurso –relativo a la determinación de si la legislación en materia de adopción y autotutela corresponde o no a la Comunidad gallega en virtud de las competencias constitucionales de que dispone– y el ámbito material en el que deben incardinarse los preceptos impugnados –relativo al derecho civil–, determinando de manera pacífica y sin controversia entre las partes implicadas el problema planteado –competencia de la Comunidad Autónoma gallega en materia de legislación civil–, procede a citar diversas Sentencias relativas a la que indica como «consolidada doctrina de este Tribunal sobre la competencia en materia de legislación civil».

Todas las Sentencias citadas en el FJ 4, salvo la trascendental STC 88/1993, de 12 de marzo (relativa a la Comunidad de Aragón), tienen que ver con cuestiones relativas a la distribución de competencias en el ámbito de la legislación civil entre el Estado (art. 149.1.8 CE) y la concreta Comunidad Autónoma gallega (art. 27.4 EAG).

En la STC 182/1992, de 16 de noviembre –de la que, según indica el TC en su razonamiento, «hemos de partir»– se analizaba la introducción *ex novo* de la regulación de la prórroga de arrendamientos rústicos, no existiendo en la por aquel entonces vigente Compilación de Derecho civil de Galicia regla alguna directa y expresa sobre el arrendamiento rústico. Asimismo, en la STC 133/2017 se plantea «y así parece confirmarse» –según indicará el TC más adelante, en el FJ 6 de dicha Sentencia– la introducción *ex novo*, en el caso analizado, de la adopción y se da a entender –en el FJ 7– que también para la autotutela.

Aun cuando en ambas SSTC se estaban introduciendo instituciones hasta entonces no reguladas en la normativa civil autonómica gallega, nos parece conveniente matizar la circunstancia de que, mientras que en la STC 182/1992 se estaba planteando, clara y exclusivamente, una cuestión relativa a la «conservación» del Derecho civil gallego –«recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

autonómico»—, la cuestión planteada en la STC 133/2017, según parece poder deducirse del *iter* interpretativo seguido por el TC en la misma, se encontraba referida, tanto a cuestiones relativas a «conservación» como a «desarrollo». Y ello, supuestamente, porque el TC procedía en ella a intentar dar respuesta, según expresa en su FJ 5, a las alegaciones formuladas, respectivamente, por el Letrado del Parlamento y de la Xunta de Galicia, en el sentido de determinar la existencia —en el caso de la adopción— como costumbre arraigada en el territorio gallego —cuestión ésta relativa a «conservación»— y a la posible conexión existente entre las instituciones impugnadas —en este caso, la adopción y la autotutela— con otras tradicionales y arraigadas instituciones gallegas ya existentes —cuestión ésta relativa al «desarrollo»—, que es la que efectivamente se plantea, según reconoce el TC en el FJ de su Sentencia.

Esto quiere decir que la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 182/1992 propiamente podría ser utilizada en todos aquellos casos en los que se estuviesen planteando cuestiones relativas a la «conservación», pero no al «desarrollo».

Consideramos que dicha precisión es importante, puesto que los conceptos de «conservación» y «desarrollo» son distintos y por ello implican para su resolución exigencias y presupuestos interpretativos diferentes, como se puede apreciar claramente por lo expresado en relación a los mismos en los FJ 2 y 3 de la reiterada STC 88/1993 que hemos transcrito *supra*.

Por lo que se refiere a la STC 127/1999, en la misma parece estarse descartando la existencia en el caso de que se trata en el recurso de una regulación *ex novo* de la institución que en aquél supuesto se pretendía regular por la Comunidad Autónoma gallega —como, por el contrario ocurría en las SSTC 182/1992 y 133/2017—, en concreto, los «montes vecinales en mano común», admitiendo la misma por considerarla como una «institución propia del Derecho civil de Galicia, dada su presencia en distintas compilaciones del Derecho civil de Galicia y en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», es decir, en definitiva, como «desarrollo» de una institución, pero ya regulada, es decir, existente, lo que no sucedía en el caso de la STC 133/2017, en la que la regulación que se pretendía, también era de «desarrollo», pero, como ya hemos dicho, lo era *ex novo*.

En cuanto a la STC 47/2004, en la misma se trataban aspectos relativos no ya al denominado derecho sustantivo, como en todas las anteriormente indicadas, sino a determinadas especialidades referidas al derecho procesal.

Es precisamente la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 88/1993, también citada en la STC 133/2017 en apoyo de su razonamiento, junto con las antes referidas, relativa no ya a una cuestión planteada en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega, sino a la de Aragón, la que consideramos que va

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

a poder presentarse como básica para llevar a cabo la resolución del problema jurídico de que se ocupa la STC 133/2017.

La cuestión planteada en la STC 88/1993 presenta una evidente –aunque no total– similitud en cuanto a la materia objeto de regulación –en este caso, la adopción– con la que se trata en la STC 133/2017: en esta última resolución se cuestiona la pretensión por parte del legislador gallego de introducir un régimen jurídico completo en su ordenamiento civil relativo a la adopción, mientras que en la primera se planteaba la posibilidad más restringida de establecer en el ordenamiento jurídico civil aragonés la equiparación de los hijos adoptivos a los naturales.

Por otra parte, ambas Comunidades –gallega y aragonesa–, como es sabido, disponían de competencias constitucionales, establecidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, para poder «conservar, modificar y desarrollar» sus Derechos civiles propios, en virtud de lo señalado en el artículo 149.8 CE.

De la importancia de la doctrina jurisprudencial sentada por la STC 88/1993 para resolver la cuestión discutida se hace eco el TC en su STC 133/2017 acogiendo diversos razonamientos formulados en aquella, pero, en algún caso, por así decir, con una interpretación de los mismos un tanto particular, y omitiendo otros que quizá también podrían –por no decir, deberían– haber sido tomados en consideración²¹.

Resulta también llamativo otro dato que el TC está resaltando –no sabemos si consciente o inconscientemente– en el FJ 4 de su STC 133/2017, respecto a las SSTC relativas a la Comunidad Autónoma gallega que en aquella se citan –respectivamente: STC 182/199; STC 127/1999; y, especialmente, STC 47/2004–, que da la impresión de –si se nos permite utilizar esta expresión– «condicionar» –tampoco sabemos si de forma consciente o inconsciente– la fundamentación seguida por el TC en la resolución del recurso, como se dirá más adelante.

Nos referimos, en concreto, por una parte, al, en palabras del propio TC, «carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral “de Galicia, que” constituye una de sus peculiaridades más relevantes e informa tal ordenamiento civil»; y, por otra, a la circunstancia de que «las instituciones reguladas en esa Ley “Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, entonces vigente”» se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad esencialmente minifundista». En definitiva, y de forma simplificada, lo que el TC parece estar resaltando es que el Derecho civil

²¹ Esta es, en esencia, la opinión sustentada con fundadas razones por GARCÍA RUBIO en «La competencia del legislador gallego...», *cit. passim*, que compartimos.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de Galicia es esencialmente un derecho consuetudinario y agrario, cuyas instituciones tienen que ver con el ámbito económico rural caracterizado por un sistema de propiedad esencialmente minifundista, destacando de esta forma el carácter patrimonial de dichas instituciones.

Si bien es cierta la afirmación transcrita y válida para los orígenes²², cabe recordar que, en la actualidad, además de un derecho consuetudinario gallego²³, existe también un Derecho civil gallego legislado, en el que en la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, muchas de las instituciones consuetudinarias y usos efectivamente vigentes se han ido formalizando legislativamente, se han ido normativizando, y perdiendo, por ello, su condición de costumbres. Es más, la ley se ha situado en materia de fuentes –rompiendo el criterio establecido en la precedente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, para el que la costumbre asumía, dentro de una apariencia de equilibrio, una posición real de privilegio respecto a la propia ley, salvo que esta fuese imperativa– como primera en el orden de prelación establecido²⁴. Por tanto, carácter marcadamente consuetudinario del Derecho civil de Galicia, pero no exclusivamente consuetudinario.

Asimismo, también cabe recordar que las antiguas instituciones consuetudinarias gallegas no tienen un carácter exclusivamente patrimonial, sino que, en las mismas también se puede apreciar un fuerte contenido de tipo personal y familiar.

IV.2 Concreción de los requisitos establecidos por el TC para poder considerar válidas las normas relativas a la regulación de la adopción que la Comunidad Autónoma gallega pretendía introducir en su ordenamiento jurídico civil

Tras optar por realizar un análisis separado de las diversas razones aducidas por parte de los representantes de la Comunidad Autónoma gallega para

²² Por lo que se refiere a la formación, contenido y proceso de desarrollo del Derecho civil de Galicia, *vid.*, con bibliografía, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Santiago de Compostela, Andavira Editora S.L., 2012.

²³ Sobre la costumbre y el derecho consuetudinario gallego, *vid.*, con bibliografía, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego», en *Galicia fai dous mil anos. O feito diferencial galego* (coord. por Sanjiao Otero y Ferreira Fernández) Tomo V (Dereito), vol. I, Santiago de Compostela, 2004, pp. 101 ss.; ID. (en castellano), *Revista Jurídica del Notariado*, 54, Madrid, 2005, pp. 187 ss. *Cfr.*, también, recientemente, SEOANE IGLESIAS, J., «El evolutivo Derecho civil de Galicia y su carga histórica (Título Preliminar de la Ley 2/2006, de 14 de junio)», *Anales. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación*, octubre de 2010 a noviembre de 2015, A Coruña, 2015, pp. 101 ss.

²⁴ *Vid.*, por todos, LORENZO MERINO, F., «Prólogo» a la *Ley de Derecho civil de Galicia*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 29.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

justificar la regulación de la adopción –a la que se dedica el FJ 5 y el 6 en la STC 133/2017– y la autotutela –a la que se refiere en el FJ 7–, el TC concreta la cuestión planteada en el recurso en determinar si las «instituciones jurídicas que pretende convertir “dicha Comunidad Autónoma” en objeto de norma legal, es decir, en Derecho escrito legislado pertenecen o no a su Derecho consuetudinario»²⁵, matizando además –en aplicación, según dice, de la doctrina sentada en las SSTC, citadas en el FJ 4 y ya referidas *supra*, a las que añade otras más recientes, relativas al Derecho civil valenciano (SSTC 82/2016; 110/2016 y 192/2016)– que «resulta que la validez de las normas objeto de este recurso depende de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la ley, o bien otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial». A todo ello añade como conclusión –con apoyo en el FJ 4 de la STC 192/2016– que «la validez de la ley civil autonómica «depende de que la Comunidad Autónoma acredite la pervivencia de reglas consuetudinarias... que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución Española de 1978». Por tanto, de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia».

El TC señala en su razonamiento, por tanto, dos posibilidades a los efectos de la validez de las normas civiles introducidas por la Comunidad Autónoma en su ordenamiento:

– Por una parte, que se pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la ley.

– Por otra, que cuando no se pueda identificar esa costumbre con las características expresadas anteriormente, sin embargo, sí se pueda identificar otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un «desarrollo» de su Derecho civil foral o especial.

En la primera de las posibilidades parece claro que nos encontraríamos ante un supuesto de «conservación»: acreditación de una costumbre identificable con la institución que se pretende convertir en norma legal, que ya existie-

²⁵ Dando, sin embargo, la impresión de estarlo haciendo con carácter general, es decir, no solo en relación a la adopción –de la que, como ya se ha indicado, avanza que va a tratar específicamente en este FJ 5 y en el 6–, sino también a la autotutela, que pretende analizar en el FJ 7.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

se en su territorio en el momento de la entrada en vigor de la Constitución y que se encontrase subsistente en el momento de aprobación de la ley. Es decir, que por lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere, el TC solicita que se acredite alguna costumbre identificable con la adopción, no en cualquier momento temporal, sino ya existente en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

En la segunda, como indica claramente el TC, sin embargo, nos encontraríamos propiamente ante un supuesto de «desarrollo»: la institución que se pretende introducir no existe, y entonces se solicita que se identifique con otra institución diferente de la regulada –ya fuese consuetudinaria²⁶ o no–, pero con la que se pueda establecer una conexión; institución ésta que también se exige que se encuentre asentada en su Derecho civil ya en 1978 y subsista en el momento de aprobación de la Ley²⁷. Lo que el TC pide en nuestro caso concreto es que se acredite la existencia de otra institución –consuetudinaria o no–, dentro de las coordenadas temporales expuestas anteriormente, que se pueda conectar con la adopción. El tipo de «conexión» que está exigiéndose en este supuesto por el TC, como se puede comprobar es el de la denominada «conexión institucional» –de institución con institución–, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

IV.3 La negación existencia de peculiaridades gallegas relativas a la adopción o instituciones similares

Tras referirse a la «necesidad de acreditar la persistencia de reglas consuetudinarias... que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución española de 1978... “y que” de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia» (FJ 5 de la STC 133/2017), así como que «establecido lo anterior, habrá de comprobarse si existen –como aducen los representantes de la Xunta de Galicia y del Parlamento gallego– elementos indicadores que permitan a este Tribunal constatar que, históricamente, la práctica de la adopción ha poseído sus propias peculiaridades en el territorio gallego» (FJ 6 de la STC 133/2017), el TC alude al Preámbulo de la LDCG de 2006, conclu-

²⁶ Que, como es de suponer, primero tendría que ser lógicamente probada y por ello reconocida, para posteriormente también probar su conexión con la institución que se pretende introducir.

²⁷ Así se indica expresamente en el FJ 6 de la STC 133/2017, pero haciendo referencia solamente «al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución», sin indicar nada respecto a que también «subsista en el momento de aprobación de la Ley».

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

yendo de su análisis que «parece confirmarse... que... estamos ante una codificación *ex novo* de la adopción, que, no sólo no se regulaba en la Ley gallega de 1995, sino que tampoco se contemplaba en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, ni en la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, que integró la Compilación en el Derecho gallego».

El TC, por lo indicado, supuestamente parece estar excluyendo –en base a lo señalado en el Preámbulo de la LDCG– en el FJ 6 de su STC 133/2017 la primera de las dos posibilidades indicadas en dicha Sentencia para poder consolidar la validez de las normas civiles que se pretenden introducir en el Derecho civil propio de que se trata, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente, en concreto, la relativa a «que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley», concretando dicha exigencia en la segunda de las posibilidades indicadas, relativa a la necesidad de identificar «otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un «desarrollo» de su Derecho civil oral o especial».

Tras manifestar que «parece confirmarse, pues, que... estamos ante una codificación *ex novo* de la adopción²⁸» –descartando por ello lo relativo a la «conservación»–, el TC matiza a continuación –y esta sería una cuestión relativa al «desarrollo»– que «correspondería a los representantes autonómicos, alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexa con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del Derecho civil foral o especial de Galicia».

Como se puede comprobar, el TC establece al respecto un criterio muy restringido: la conexión se tiene que realizar con otra institución («conexión institucional»); esa institución tiene que ser consuetudinaria (recordemos al respecto que el TC permitía establecer la conexión también con instituciones no consuetudinarias); y la misma debía estar vigente al tiempo de la aprobación de la Constitución.

Por tratarse en este caso no ya de formalizar legislativamente una costumbre identificable con la adopción en el Derecho civil de Galicia –cuestión ésta, como venimos indicando, relativa a la «conservación»–, sino de la intro-

²⁸ En relación a la Propuesta de regulación de la adopción, formulada en su momento en el Texto de la Propuesta de reforma de la LDCG por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, *vid.*, con carácter informativo, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia», en AA.VV. (López-Rosa, del Pino-Toscano Eds.), *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Huelva, Ed. Universidad de Huelva, 2004, p. 658 s.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ducción *ex novo* de la adopción –cuestión relativa al «desarrollo»–, que es la que subraya el TC en este FJ 6 de su STC 133/2017, así como por la condición de Galicia como Comunidad Autónoma dotada de Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución –como en el caso de Navarra, Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares y Aragón– parece lógico suponer que la doctrina jurisprudencial que deberá tenerse propiamente en cuenta para poder resolver la cuestión planteada será la contenida en las SSTC relativa a esas Comunidades, expresada no ya en referencia a cuestiones planteadas relativas a «conservación» de su Derecho civil propio, sino, más bien, al «desarrollo» del mismo, que es de lo que se está tratando, según el TC, en la STC 133/2017.

De entre esas diversas STC cuya doctrina jurisprudencial toma como su puesta referencia el TC en el FJ 5 de su STC 133/2017, a las que ya nos hemos referido *supra*, la que resulta fundamental para poder resolver la cuestión planteada, es la STC 88/1993.

En la misma, como ya se indicó *supra*, también se plantea una cuestión relativa a la adopción en materia de «desarrollo» del Derecho civil propio de Aragón, Comunidad Autónoma ésta que también disponía –al igual que Galicia– de una Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución.

Acabamos de indicar que el TC toma en consideración la doctrina jurisprudencial contenida en ella, pero sólo en algunas de sus apreciaciones y, también, en algunos aspectos, a nuestro juicio, de una forma muy particular.

En este sentido, se ha criticado –a nuestro juicio, con razón–, por ejemplo, que el TC aluda a dicha STC 88/1993 para fundamentar en dos aspectos la indicada necesidad de identificar «otra institución consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial»: por una parte, la exigencia de que la «conexión» se deba de establecer entre «instituciones» («institución» concreta que se pretende regular, con otra «institución», también concreta, ya regulada); por otra, que la institución con la que se pretenda conectar la que se va a introducir (*ex novo*) ya se encontrase efectivamente vigente al tiempo de la Constitución.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos, el TC opta de una forma muy restringida por la que se ha dado en llamar «conexión institucional», y para justificarla recurre, realizando una lectura selectiva, a determinados párrafos de la STC 88/1983 pero silencia otros en los que lo que, realmente, parece que lo que se está exigiendo es, más bien, una «conexión orgánica», es decir, una conexión de la institución que se pretende introducir *ex novo* –en nuestro caso, la adopción– considerada en relación con el contenido del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de que se trata,

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

considerada no ya en relación a una institución particular específica concreta, sino, más bien, en su conjunto²⁹.

Así, resulta particularmente llamativo que en su argumentación el TC recurra en el FJ 4 de su STC 133/2017 a acoger –acertadamente en nuestra opinión– la doctrina sentada en el FJ 3 de la STC 88/1993, en los siguientes términos: «la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores del Derecho foral». A lo que añade la siguiente matización: «Lo que, no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial garantizar».

Sin embargo, a pesar de lo indicado, el TC silencia en la STC 133/2017 otro párrafo de la STC 88/1993 (FJ 3), posterior al anteriormente transcrito, que, a nuestro juicio, podría resultar fundamental para la resolución de la cuestión que estamos tratando. En el mismo, a la luz del criterio previamente indicado, el TC procede a realizar la que califica como «valoración de conjunto... de la Ley 3/1998 de las Cortes de Aragón» –Ley ésta contra la que se promovió el recurso de inconstitucionalidad–, indicando al respecto –tras reiterar que dicha Ley «no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse sólo por ello de inconstitucional»– que «existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en

²⁹ Vid., ROCA TRÍAS, M.E., «La Codificación moderna» *cit.*, p. 179 s.; GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, p. 12.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto de las «relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (título III del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente».

Asimismo, en el FJ 4 de la STC 88/1993 –que también silencia la STC 133/2017– se indica en relación a uno de los preceptos de la Ley allí impugnada –en concreto, a la primera de las dos determinaciones establecidas por la Ley impugnada, contenida en el artículo 1, que daba nueva redacción al Capítulo II del Título III del Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón, que se pretendía introducir en su artículo 19 (vacío hasta entonces de contenido)– que «este último precepto (art. 19.1) puede entenderse naturalmente y sin esfuerzo de un modo acorde con la Constitución y el Estatuto. La norma equiparadora que contiene no merece tacha alguna de inconstitucionalidad pues la igualdad «en Aragón» de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende ceñida a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio».

Por último, en el FJ 5 de la reiterada STC 88/1993 –y esta es también otra cuestión que también se silencia en la STC 133/2017–, el TC asimismo indica que «acabamos de razonar, en efecto, que el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del *status* de los hijos adoptivos».

Como se puede comprobar de la lectura de los párrafos transcritos de la STC 88/1993, lo que el TC está exigiendo, no es precisamente una «conexión institucional», es decir, una conexión entre la institución nueva que se pretende regular, con otra institución singular ya regulada, como se señala en la STC 133/2017, sino, más bien, por el contrario, una «conexión orgánica», es decir, una conexión de la institución que se pretende regular (en nuestro caso *ex novo*), no ya con otra institución concreta y singular, sino con el contenido del conjunto normativo del Derecho civil propio de la Comunidad de que se

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

trate, en definitiva, con las «relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil propio», en palabras del TC.

Y todo ello «según los principios informadores del Derecho foral “de que se trate”», como se expresa en el FJ 3 de la STC 88/1993, que, como ya se ha indicado, acertadamente transcribe el TC en el FJ 4 de su STC 133/2017, pero que no parece tener en cuenta en la resolución del recurso allí analizado³⁰.

De esta interpretación se deduce que la competencia que para realizar el «desarrollo» de su Derecho propio se atribuye a las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial queda limitada no por las instituciones contenidas en cada una de las Compilaciones vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución («allí donde existan»), sino por los principios informadores de cada Derecho foral. La conexión con las materias contenidas en las antiguas Compilaciones no debe buscarse en las concretas instituciones, sino en el conjunto del ordenamiento a comparar: «conexión orgánica». Así, la expresión «desarrollo» debe ser interpretada como el que el TC denomina «desarrollo orgánico» del sistema jurídico de que se trate³¹.

Esta doctrina que se acoge en la STC 88/1993, referida al conjunto del ordenamiento, incluidos sus principios informadores —«conexión orgánica»—, es mucho más amplia que la que se asume en la STC 133/2017, que exige, como acabamos de ver, la conexión entre dos instituciones concretas, sin que se considere bastante una ligazón más genérica³².

Por lo demás, dicha doctrina, sentada en la STC 88/1993, aparece confirmada, tanto en la STC 156/1993, de 6 de mayo y en la STC 95/2017, así como también, más recientemente, en la STC 41/2018, y, en menor medida, en la STC 40/2018³³.

En la STC 15/1993, de 6 de mayo, en la que se trataba de analizar si eran o no conformes con el artículo 149.1.8 CE unas normas sobre la intervención de testigos —más en concreto, sobre su eliminación— en los testamentos notariales, sin que a la entrada en vigor de la Constitución existiese especialidad balear en la materia, se señalaba que «según quedó expuesto en el fundamento 1.º de esta sentencia, las competencias autonómicas para «desarrollar», en

³⁰ En opinión de GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, p. 29 la omisión de cualquier mención al significado posible de sus principios jurídicos propios en el supuesto gallego «es algo que los magistrados que firman la STC 133/2017 hubieran debido, tal vez, explicar», en comparación con el caso catalán, con cita del FJ 5 de la STC 95/2017.

³¹ *Vid.*, ROCA TRÍAS, M.E., «La Codificación moderna» *cit.*, p. 178 ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., «La competencia del legislador gallego...», *cit.*, pp. 12, 16 ss. y 28 ss.

³² GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 18.

³³ Así lo resalta GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, *loc. cit.* En relación a la STC 156/1993, *vid.*, también, recientemente, las apreciaciones de ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 179.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

lo que aquí interesa, el Derecho civil propio pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste 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», por lo que, al ser el Derecho de sucesiones una parte importante del de Baleares, existe «una evidente conexión orgánica con aquellas regulaciones originarias y basta con reconocerlo así para concluir en que, al adoptar tal precepto, los órganos de la Comunidad Autónoma no han venido a ordenar un ámbito ajeno al hasta entonces regulado por el Derecho civil propio de las Islas ni han incurrido, por ello, en un desbordamiento competencial que permitiera calificar de inconstitucional a esta norma legal»³⁴.

En definitiva, como muy claramente explica Roca Trías, el planteamiento seguido por el TC en dicha Sentencia, que «desde un punto de vista lógico» califica como «impecable», sería: «no hay regulación de los testamentos, pero sí del derecho sucesorio; el testamento es una parte del derecho de sucesiones, ergo la regulación de la presencia de los testigos en los testamentos entra dentro de la competencia de “desarrollo”»³⁵.

También en la STC 95/2017, que consideró acorde con la Constitución la Ley de la Generalidad de Cataluña 19/2015, de 29 de junio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al Libro quinto del Código Civil de Cataluña, se reitera lo indicado en cuanto a la denominada «conexión orgánica».

Así, en su FJ 4 se señala que «la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan», añadiendo en su FJ 5 que «la conexión necesaria para que esta regulación de la «propiedad temporal» se tenga por «desarrollo» del Derecho civil especial catalán preexistente al promulgarse la Constitución de 1978 puede extraerse del conjunto de este ordenamiento, incluidos pos principios que lo informan»³⁶.

³⁴ ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, p. 179; GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pp. 24 y 28.

³⁵ ROCA TRÍAS, M.E., *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁶ *Vid.*, al respecto GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pp. 12 s., 29 y 33, así como la referencia que a la misma realiza en su Voto Particular emitido en la STC 133/2017 el Magistrado discrepante Conde-Pumpido.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

Lo mismo puede decirse en el caso de las dos SSTC 40/2018 y 41/2018, referidas, respectivamente, a sendas Leyes de Navarra y de Aragón, que fueron dictadas con posterioridad a la STC 133/2017 de que nos ocupamos. En ellas se puede apreciar el que, en palabras de García Rubio califica como «nuevo viraje interpretativo sobre el artículo 149.1.8.^a CE, tomando otra vez el rumbo «generoso» con la competencias civiles de las Comunidades Autónomas, al justificarlas con base en el conjunto de su ordenamiento y, en consecuencia de éste»³⁷, utilizando en ambos casos una concepción más amplia que la establecida en la STC 133/2017³⁸.

Precisamente en el FJ 4 de la STC 41/2018 se señalaba que «las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial no ostentan competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan “en todo caso” al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8. Podrán regular estas materias que no están siempre reservadas al Estado, incluso innovando el Derecho civil existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho derecho civil especial, pues es la garantía de ese ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8», apelándose por ello a la pervivencia del Derecho civil en el momento de promulgarse la Constitución en referencia a su conjunto y no al de una institución concreta con la que haya de conectarse la nueva regulación³⁹.

En dicha STC 41/2018, el TC opta por combinar las referencias a instituciones concretas («conexión institucional») con otras relativas al conjunto del ordenamiento («conexión orgánica»), como se puede comprobar mediante la lectura de lo que se señala en su FJ 5 *in fine*: «en suma, las competencias autonómicas para «desarrollar» en lo que aquí interesa el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste 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 aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil»⁴⁰.

En cuanto a la STC 40/2018, relativa a la Ley navarra, se ha dicho que en la misma se hacen varias observaciones que parecen apelar más bien a la «co-

³⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 30.

³⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, pp. 34 ss.

³⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 30.

⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 35

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

nexión institucional», aunque tampoco son inexistentes las menciones a la «conexión orgánica», citándose en su FJ 5 precedentes textuales extraídos de las SSTC 88/1993 y 95/2017 ⁴¹.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos indicados *supra*, relativo a la coordenada temporal a la que el TC se remite en la STC 133/2017 para poder considerar acreditada la previa existencia de normas civiles con las que pueda darse una «conexión suficiente» –relativa, como se indica en el FJ 6 de la Sentencia, a «la existencia de una institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un “desarrollo” del Derecho civil foral o especial de Galicia»–, también ha resultado criticado por considerar que dicha exigencia se encontraría fuera del contexto en que fue formulada en su momento en algunas de las Sentencias que lo citan.

En este sentido, por lo que al aspecto concreto que ahora nos ocupa se refiere, se ha indicado que la exigencia recogida en la STC 88/1993, relativa «a la entrada en vigor de la Constitución» cabe entenderla como referida a los Derechos forales civiles o especiales en su conjunto y no a las instituciones en sí. Lo que el TC está expresando en la citada Sentencia no es, por tanto, que una institución en concreto debería estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución –institución ya existente, por tanto–, sino que lo que habrían de estarlo eran los Derechos civiles especiales o forales en su conjunto; lo que ha de existir en el momento de entrada en vigor de la Constitución es el Derecho foral en su conjunto y no las instituciones forales concretas, de suerte que a través del «desarrollo» de ese Derecho existente pueden regularse instituciones civiles concretas, a las que en ningún momento se pide que ya estén reguladas y vigentes a la entrada en vigor del texto constitucional ⁴². A ello se añade lo señalado en otro párrafo contenido en el FJ 3 de la citada STC 88/1993 en los siguientes términos, que volvemos a reproducir en lo que aquí interesa: «Esta Ley (...) no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demos-

⁴¹ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 35 y nt. 63.

⁴² GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, pp. 26 ss.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

trarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión».

De lo indicado se deducen, por tanto, dos ideas: por una parte, que la nueva disciplina puede proyectarse sobre un instituto hasta entonces ajeno al Derecho civil autonómico en cuestión y la nueva institución no resultará inconstitucional si se incardina en un conjunto tan amplio como el llamado Derecho familiar y sucesorio propio del territorio en cuestión; por otra, que la indiscutible conexión que reconoce la STC 88/1993 lo es con «la actual Compilación», es decir, con la norma que estaba vigente a la fecha de la Sentencia, y no la que existía en el momento de entrada en vigor de la Constitución (1978), como por el contrario sí se exige para la adopción en el FJ 6 de la STC 133/2017 (recordemos que en éste se pedía: «alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexa con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del Derecho civil foral o especial de Galicia») ⁴³.

Lo ahora señalado en relación a la STC 88/1993 también coincide con lo expresado en el FJ 6 de la STC 156/1993, ya citada, en la que se analizaba la conformidad o no de unas normas sobre la intervención de testigos en los testamentos, no existiendo especialidad balear alguna en la materia a la entrada en vigor de la Constitución. El TC indicaba en el mismo: «La competencia autonómica para el “desarrollo” del Derecho civil, especial o foral, ampara, como al inicio de esta Sentencia quedó dicho, regulaciones de este género que, partiendo de institutos ya integrados en el propio ordenamiento civil, disciplinan aspectos en conexión con ellos aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación», lo que, como señala García Rubio ⁴⁴, «significa que los nuevos institutos han de guardar conexión con los que forman parte de su Derecho civil (integrados en su estructura orgánica), pero que pueden ser distintos de los hasta entonces regulados en ley autonómica, pues no cabe entender de otro modo la referencia a que estén ausentes del texto de la Compilación».

⁴³ GARCÍA RUBIO, M.P., *ibid.*, p. 17. Esta autora, *op. cit.*, p. 18 destaca al respecto en cuanto a la segunda de las ideas que, sin embargo, en el FJ 7 de la STC 133/2017, «de manera sorprendente y rectificando lo que había expresado en relación a la adopción, el tribunal está juzgando aquí la conexión entre la autotutela y algunas instituciones, no ya de la LDCG de 1995, sino de las coetáneas de la LDCG 2006 (al menos las referencias de artículos concretos lo son a esta ley), entrando así en contradicción con lo que previamente había indicado respecto al momento temporal que habría de ser tomado en cuenta para juzgar la conexión suficiente y que, al menos mientras se refería a la adopción, era el de entrada en vigor de la Constitución». Cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 28 s.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Ciertamente, la pretensión establecida en la STC 133/2017 de que ya no sólo el Derecho civil foral o especial, sino también la institución concreta que es objeto de regulación estuviesen vigentes a la entrada en vigor de la Constitución –en definitiva, vigencia escrita o consuetudinaria de la concreta institución que se pretende desarrollar, o de otra con una conexión suficiente con esta última– también se exige en las SSTC 82/2016, 110/2016 y 192/2016⁴⁵, todas ellas relativas –volvemos a recordar– a la Comunidad Autónoma valenciana, cuya doctrina jurisprudencial sentada en las mismas fue utilizada en la STC 133/2017. Una Comunidad Autónoma valenciana que no contaba con Compilación en el momento de la aprobación de la Constitución española de 1978 –como, por el contrario, sí ocurría en el caso de la gallega–, y en la que, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita –no como en Galicia, que sí la tenía, aunque, eso sí, con un componente importante de Derecho consuetudinario–, «la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano” “en el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana” no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma» (FJ 1 de la STC 121/1992). Es decir, como apunta García Rubio⁴⁶, en una Comunidad Autónoma en la que la pervivencia postconstitucional de normas de naturaleza consuetudinaria en la materia es lo que justifica que sea una de las destinatarias del artículo 149.1.8 CE («derechos civiles forales o especiales, allí donde existan»), y que en la interpretación más rigurosa significa que de no existir esas normas, cuya existencia se tiene que probar, la Comunidad Autónoma valenciana no podría desarrollar su Derecho civil, sencillamente porque no lo tendría (aunque lo hubiera tenido).

En nuestra opinión, si bien podría tener una cierta justificación la exigencia de que cuando se trate de «conservar» –en definitiva, de «formalizar legislativamente»– costumbres, se exija –según se indica en el FJ 2 de la STC 88/1993– que las mismas se encuentren «efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial» –no sólo ya en el momento de entrada en vigor de la Constitución, sino también con posterioridad a la misma–, sin embargo, no la tiene la de que para el «desarrollo» del Derecho civil especial o foral propio del territorio de que se trate –sobre todo, cuando en el mismo existe un Derecho civil foral o especial, como ocurre en Galicia, ya vigente en 1978–, la institución con la que se pretende conectar la nueva que se intenta introducir, también tuviese

⁴⁵ Así lo pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 27.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

que estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Y todo ello pensando no ya en la exigencia de una «conexión institucional» –sin que la misma resulte descartable– sino, más bien, «orgánica», que sería la que, por todo lo señalado, entendemos aplicable propiamente en el caso de todos aquellos Derechos civiles especiales o forales que, como el gallego, ya contasen con una Compilación en 1978, es decir, con un «ordenamiento» de referencia.

No obstante lo indicado, el TC en el FJ 6 de su STC 133/2017, descartando que nos encontremos ante una cuestión relativa a «conservación» –de «identificación de una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de aprobación de la Ley»– exige, como se ha señalado, la necesidad de «alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución y que, al menos, podamos entender conexas con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del derecho civil foral o especial de Galicia». Exigencia, por tanto, de conexión, no ya «orgánica», sino «institucional» y, además, en relación a una «alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de aprobación de la Constitución» que se pueda conectar con la adopción. Todo ello, según dice el TC, en atención a determinadas instituciones a las que «los Letrados autonómicos... apelan... destacando su incidencia sobre las relaciones familiares».

El análisis y las consideraciones que realiza el TC en el FJ 6 de la STC 133/2017 respecto de algunas «instituciones que históricamente conforman el Derecho propio gallego», que fueron alegadas en su contestación al recurso por los Letrados autonómicos resultan ciertamente sorprendentes, tanto desde un punto de vista antropológico como histórico y jurídico⁴⁷.

En este sentido, señalar que la «casa» y la «compañía familiar gallega»⁴⁸ «poseen un carácter marcadamente patrimonial» –y por ello: «alejado, pues, de los fines y fundamentos de la adopción»–, manifiesta un desconocimiento notorio –dicho sea con todos los respetos– de ambas instituciones. Tal afirmación, por lo demás, resulta ciertamente llamativa, porque el propio TC, antes de realizarla, indica textualmente en su citado FJ 6, que «se observa

⁴⁷ Como lo ponen cumplidamente de manifiesto en sus Votos Particulares –a nuestro juicio, con fundados argumentos– los Magistrados discrepantes, respectivamente Xiol Ríos (punto 5) y Conde-Pumpido (punto 2 b).

⁴⁸ Cabe recordar que son dos instituciones consuetudinarias que aparecían recogidas expresamente en la Compilación gallega de 1963 y que fueron objeto de regulación posterior en las dos Leyes de Derecho civil de Galicia de 1995 y 2006. En relación a las características de dichas instituciones, con amplias referencias bibliográficas, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Galicia y su Derecho privado*, *cit.*, especialmente, pp. 223 ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *La compañía familiar gallega. Una historia*, Santiago de Compostela, Andavira, S.L., 2017.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

que la casa y la compañía familiar han sido, en todo momento, considerados los dos pilares básicos, dirigidos al mantenimiento de la explotación agrícola y a su supervivencia, donde, con esta finalidad, confluyen elementos personales y patrimoniales», además de que «la “casa patrucial” o “casa petrucial” se presenta en el antiguo derecho foral gallego como la figura central en torno a la que giran y se entroncan toda una serie de instituciones familiares y sucesorias gallegas, típicas y fundamentales, que, desde tiempos remotos, han aparecido como peculiaridades jurídicas de naturaleza esencialmente consuetudinaria, y que han encontrado en aquélla su razón de ser como institución que garantiza la conservación de los patrimonios agrícolas y de los valores familiares a lo largo del tiempo, además de proporcionarles una estructura orgánica y coherente», resaltando también que la «compañía familiar gallega», fue una institución jurídica «dirigida a conservar la conservación tradicional de la familia y la unidad de la casa, siendo una forma derivada de la primitiva copropiedad familiar, que se conservó por la costumbre de los familiares más allegados, “los de la casa”, “a mesa y mantel”, de vivir y trabajar juntos en un lugar», destacando, en consecuencia, además de los caracteres patrimoniales de ambas instituciones, también los personales y familiares de las mismas, lo que permitiría, a partir de las exigencias planteadas por el TC, utilizando el criterio de la denominada «conexión orgánica» y de los principios informadores del Derecho civil o foral propio, establecer una posible conexión de las mismas con la regulación de la adopción que se pretendía introducir.

Tras las consideraciones realizadas en torno a la «casa» y la «compañía familiar gallega», el TC procede a analizar la pervivencia de otras instituciones también alegadas por los Letrados autonómicos, en concreto, las relativas al «prohijamiento (afillamento)» o «perfiliación (perfilatio)» y las «casas de acogida», figuras éstas, en este caso, ajenas al texto legal, como, sin embargo, ocurría en el caso de las anteriormente referidas.

En cuanto a las denominadas «casas de acogida», la consideración por parte del TC de las mismas como instituciones pertenecientes al ámbito del derecho público en base a su incardinación desde el punto de vista competencial en «materia de asistencia social» y promoción del desarrollo comunitario, incidiendo en las «funciones atribuidas a las «entidades públicas» mencionadas en la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor», descartando por ello que su antigua normativa acredite «la existencia de costumbres relativas a la adopción» –que es lo que, en el fondo, restrictivamente, está solicitando el TC: «acreditación de costumbres relativas a la adopción» y no meramente de otras

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

conexas con ella⁴⁹—, tampoco parece ser un argumento suficientemente consistente para defender el razonamiento sostenido, dado que, como indica García Rubio⁵⁰ la protección de los menores no es una cuestión exclusiva ni del Derecho público, ni del Derecho privado, ni lo ha sido nunca, como demuestran los antecedentes históricos de la figura de la adopción en el Derecho español⁵¹. Es más, actualmente nadie duda de que la adopción de los menores de edad es también una institución destinada a ese fin protector, aunque el TC, en su STC 133/2017, parece ubicarla, esta sí, de modo instintivo y con cierta contradicción interna, en el Derecho privado.

También desde un punto de vista histórico, llama la atención la rotunda afirmación que el TC realiza en la STC 133/2017 respecto del «prohijamiento de expósitos (afillamento)» o «perfiliación (perfilatio)», de la que, indudablemente también existe plena constancia en el ámbito antropológico gallego.

Indicar que «los usos históricamente practicados en el territorio gallego en torno al mismo, conectados a las instituciones agrícolas y familiares precisadas la “casa” y la “compañía familiar gallega”, dirigidas nuevamente al mantenimiento y continuidad de las pequeñas explotaciones agrícolas, no revelan conexión con la institución de la adopción», sino que, «antes bien apuntan a una solución convencional, más próxima a las relaciones de trabajo o sociedad», resulta una afirmación además de errónea, realmente sorprendente por lo que se refiere a la aproximación del «prohijamiento» más a las «relaciones de trabajo o sociedad» que a la adopción.

Una vez analizadas las instituciones expuestas anteriormente, el TC prosigue su razonamiento en el FJ 6 de su STC 133/2017, ocupándose de rebatir las alegaciones formuladas, en este caso por los Letrados de la Xunta de Galicia, que se apoyaban en el criterio de la denominada «conexión suficiente», recogido en la STC 88/1993, sosteniendo la posible incardinación de la adopción con el Derecho familiar y sucesorio gallego, es decir, con sus tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias.

⁴⁹ Así lo entiende GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 22, cuya opinión compartimos.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 21 s.

⁵¹ Sobre la adopción y diversos aspectos histórico-jurídicos de la misma, calificada por CASTÁN, J.M., como «una vieja institución de Derecho civil hoy imbuida de sentido social», cuyos fines «a través de su larga evolución histórica se han ido modificando considerablemente» (*cfr. s/v «adopción»*, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Barcelona, Edit. Rialp, 1991), *cfr.*, entre otros, con bibliografía, los siguientes trabajos de RODRÍGUEZ ENNES, L.: *Bases jurídico culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, Edit. Universidad de Santiago de Compostela, 1978; «La intervención judicial en materia de adopción a partir de la Ley de 1987», en AA.VV. (López-Rosa, del Pino Toscano eds.), *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, Edit. Universidad de Huelva (*Collectanea* 80), 2004, pp. 629 ss.; «La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo», en AA.VV. (Periñán Gómez coord.), Madrid, Marcial Pons Edic. jurídicas y sociales, 2010, pp. 317 ss.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Para rechazar que la doctrina asentada en la STC 88/1993 pudiese servir de base, según pretendía el Letrado de la Xunta de Galicia en relación con la adopción –concretándola en «el hallazgo de alguna norma o institución gallega que de alguna forma incida, siquiera remotamente, o incluso de forma tácita en las relaciones familiares»–, el TC argumenta que dicha Sentencia (la señalada STC 88/1993) que a este respecto se invocaba, «no permite deducir tal conclusión», porque se refiere «a un precepto que “no pretende establecer, claro está, un régimen jurídico completo de la adopción”, lo que lleva a dicha Sentencia a analizar la conexión con el Derecho aragonés, exclusivamente, desde el punto de vista de *status familiae* del adoptado», además de que «el fundamento jurídico 3 de la misma claramente refiere la competencia, *ex* artículo 149.1.8 CE, a la regulación por las Comunidades Autónomas de instituciones conexas con las ya reguladas».

A nuestro juicio, la expeditiva interpretación que el TC realiza en los términos indicados de las cuestiones planteadas en la STC 88/1993 que se acaban de referir, no resulta ni convincente para justificar la inaplicación de la doctrina sentada en la misma –en los términos en los que la entendemos y hemos venido exponiendo a lo largo de este escrito–, ni determinante para negar la pretendida conexión del Derecho familiar y sucesorio de Galicia –por lo argumentado anteriormente–.

Y decimos esto porque, si bien en la STC 88/1993, efectivamente –como señala el TC en su STC 133/2017– no se está tratando propiamente de la introducción *ex novo* de un «régimen jurídico completo» relativo a la adopción –como ciertamente se pretende hacer en la citada STC 133/2017, y así lo reconoce el propio TC–, sino, más bien, de la introducción de un aspecto concreto, relativo a los efectos de la adopción respecto al *status familiae* del adoptado –que, lógicamente por ello, al no plantearse en el recurso tal cuestión relativa una «futura normación autonómica aragonesa en materia de adopción», el TC «descarta pronunciarse» sobre la misma–, en dicha STC 88/1993 se están señalando, no ya solamente para el caso concreto planteado en la misma, sino también, con carácter general, los criterios a tener en cuenta para poder entender cuándo el «desarrollo» de la normativa en materia civil llevado a cabo por la Comunidad Autónoma de que se trate resulta correcto y, por tanto, adaptado o acorde con las previsiones establecidas constitucionalmente.

En este sentido, en el FJ 3 de la STC 88/1993 se procede a establecer una «relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón», indicando que la misma «existe» y que por ello «legítima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvincu-

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

lada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón»⁵².

A partir de lo indicado, cabe entonces formularse la siguiente pregunta: si para Aragón, que es una Comunidad Autónoma que, al igual que Galicia, contaba con una Compilación vigente en el momento de aprobación de la Constitución española de 1978, se podía establecer una conexión entre la adopción –aunque lo fuese «en un aspecto general de sus efectos»– y un conjunto tan amplio como su Derecho foral –y, más en concreto, con el Derecho familiar y sucesorio de esta Comunidad Autónoma–, ¿por qué, entonces, se niega, de entrada y de manera tan terminante por el TC la posibilidad de cuestionarse dicha conexión entre la adopción –en este caso entendida en su regulación general– y el Derecho familiar y sucesorio de Galicia?; ¿quizá sólo, simplemente –como parece intuirse por lo indicado en la STC 133/2017–, porque en un caso – el referido a la STC 88/1993– se pretende introducir singularmente un precepto relativo a un aspecto concreto conectado con la adopción, frente a otro –el de la STC 133/2017– en el que se pretende la introducción de un régimen completo atinente a la regulación de dicha institución?

También en este punto, cabe volver a recordar, una vez más, que en la STC 88/1993 lo que se está pidiendo en su FJ 3 es que «se regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación ‘con la vigente en la fecha de la Sentencia que se dicta’ dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», es decir, respecto del ordenamiento de que se trata, «en conexión con el contenido de su Derecho civil propio» (FJ 5), con referencia «a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio» (FJ 4). En definitiva, como ya se ha indicado *supra*, la idea de «conexión suficiente» con las normas civiles precedentes que se acoge en la STC 88/1993 no es exclusivamente la de la «conexión institucional» –conexión entre dos instituciones concretas: la ya existente y la que se pretende introducir–, como interpreta el TC en el FJ 6 de su STC 133/2017, sino la «conexión orgánica», más amplia que la anterior, y referida al conjunto del ordenamiento, incluidos los principios informadores del mismo⁵³.

⁵² Destaca GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 17 y nt. 22, que esta incardinación en un conjunto tan amplio como el llamado Derecho familiar y sucesorio propio del territorio en cuestión, a que se alude en la STC 88/1993, también se reitera en la STC 156/1993 y en las más recientes SSTC 95/2017, 40/2018 y 41/2018.

⁵³ *Vid.*, en este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p.18.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

El caso es que el TC, en base a las consideraciones que se acaban de exponer y analizar, «y ante la ausencia de otros datos»⁵⁴, sin embargo, concluye, de forma terminante, procediendo a «constatar que no se ha acreditado de forma fehaciente por las partes interesadas, la existencia de costumbres relativas a una forma específica de adopción u otra institución similar en el territorio gallego al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución», y que, por ello, «se ha de afirmar que el legislador gallego, al regular la adopción no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su Derecho, para lo que en este caso no posee competencia...», aludiendo para ello, ahora sí, y paradójicamente –porque, como ya se ha dicho, no parece haberlos tomado anteriormente en consideración– a los «principios informadores peculiares del Derecho foral», en atención a los cuales, según el TC, «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil especial o foral regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta».

El TC elude, sin embargo, entrar a valorar, como solicitaba la parte recurrente, la cuestión relativa a si la normativa impugnada en materia de adopción –artículos 27 a 41 de la LDCG de 2006– fuese o no una reproducción de la normativa estatal en la materia, limitándose a remitir a la doctrina sentada al efecto en las SSTC 341/2005 y 135/2006, justificando dicha decisión por entender que la misma resultaba «irrelevante» para el pleito, al haber llegado, tras el análisis efectuado y en base a los razonamientos indicados, a la conclusión de que los arts. 27 a 41 de la LDCG de 2006 son inconstitucionales

IV.4 El rechazo al posible fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada y a su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia

Por lo que se refiere a las normas relativas a la autotutela⁵⁵, el TC se refiere, en este caso, en el último de los FJ de su STC 133/2017 a su posible «conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias»

⁵⁴ Cabría preguntarse cuáles son esos «otros datos» a que hace referencia el TC, pero que no refiere.

⁵⁵ En relación a la Propuesta de regulación de la autotutela, formulada en su momento en el Texto de la Propuesta de reforma de la LDCG por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, así como durante la celebración del III Congreso de Derecho gallego, *vid.*, con carácter informativo, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia», *cit.*, p. 666 s.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

rias de Galicia», por una parte; y, por otra, más en concreto, a la «situación de ausencia no declarada»⁵⁶.

En cuanto a la pretendida «conexión “de la autotutela” con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia», es de observar que el TC las descarta alegando que, aunque en el Derecho civil de Galicia –en este caso en referencia, no ya a la Compilación de 1963, sino a la LDCG de 2006⁵⁷– «se prevé un sistema sucesorio (arts. 209 a 213 de la Ley 2/2006), e incluso especiales disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador (arts. 203 y 204 de la Ley 2/2006), ninguno de ellos puede rectamente considerarse un instrumento de autoprotección de la persona, a los que la autotutela venga a sumarse con un natural encaje, como facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses».

En virtud de lo expuesto, da la impresión de que el TC considera que el «natural encaje»⁵⁸, en una interpretación que cabría considerar como muy particular, quizá se daría –y esto es sólo una suposición– cuando resultase posible encontrar en el ordenamiento jurídico civil gallego alguna «especialidad», es decir, alguna «institución» –paradójicamente recogida en la Ley de 2006, o en normas coetáneas con ella, y no necesariamente vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución española, como se demanda para el caso de la adopción de forma insistente, reiterativa y excluyente– referida a la «facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses» que se pudiese «rectamente» considerar como «instrumento de autoprotección de la persona», y con la que se pudiese conectar la autotutela. Nuevamente el TC parece, por tanto, al estar exigiendo, en esencia, en este caso concreto, una «conexión institucional» y no «orgánica», que es la que supuestamente se solicita.

Respecto a la posible conexión existente entre la autotutela y la concreta institución de la «situación de ausencia no declarada», cabe indicar que el TC vuelve a juzgar su conexión no ya con instituciones o costumbres vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución, como hizo en el caso de la adopción, sino con otras contenidas en la vigente LDCG de 2006, o con los «poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas», reguladas en el vigente Derecho civil, tanto estatal –Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligacio-

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 17, nt. 25 resalta respecto a la situación de ausencia no declarada que se trata de una figura introducida por el legislador gallego en la LDCG de 1995, sin que existiese precedente directo alguno de aquella.

⁵⁷ *Vid.*, nt. 43 del presente trabajo.

⁵⁸ Expresión ésta, por lo demás, ciertamente críptica, respecto a la que GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 18, manifiesta que no sabe muy bien qué significado otorgarle, así como que «no parece exactamente lo mismo que la “conexión suficiente” reclamada por la STC 88/1993 y por otras posteriores».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

nes en materia de información y documentación clínica, desarrollada por RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal–, como autonómico gallego –Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes–, conectándose en definitiva con instituciones o normas postconstitucionales.

Tampoco parecen acertadas las consideraciones que el TC realiza para descartar la conexión entre la autotutela y los aludidos «poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas»⁵⁹, la regulación las declaraciones de voluntad anticipadas y del consentimiento por sustitución, previstos en la Ley gallega 3/2001.

En este sentido, el TC, aunque reconoce, con ciertas dudas, que, «si bien la regulación de las declaraciones de voluntad anticipadas “recogidas en la Ley gallega 3/2001”... es quizá la que más relación puede tener con el instituto de la autotutela», sin embargo, afirma que «no se aprecia vinculación alguna, y tampoco se esgrime que la tenga, ni con sus costumbres o principios tradicionales», descartando, por tanto, que pudiesen servir para legitimar la competencia de la Comunidad Autónoma gallega para regular la institución de la autotutela, y ello por considerar –volviendo a recurrir, como en el caso de la adopción, a un argumento meramente formal– que dichas declaraciones no pertenecerían al ámbito civil, sino que «antes bien, se trata de desarrollo competencial en materia de sanidad, de conformidad con el artículo 33 EAG y con el artículo 148.1.21 CE, en paralelismo a la relación ya advertida entre la tutela administrativa y la asistencia social con fundamento en los artículos 27.23 EAG y 148.1.20 CE».

Es decir, que, en esencia –y esto es lo que parece estar señalando el TC–, nos encontramos ante normas de Derecho público y no de Derecho civil, considerando al respecto que una norma que permite a una persona otorgar poderes sobre la toma de decisiones en materia de cuidados de su salud para el caso

⁵⁹ El Magistrado Conde-Pumpido, en su Voto particular a la STC 133/2017, entiende que «las consideraciones vertidas sobre la pretendida naturaleza administrativa o asistencial de la regulación gallega de la autotutela están completamente fuera de lugar: en primer lugar, porque la discusión sobre el encuadramiento material de la regulación controvertida sólo sería relevante si la Comunidad Autónoma de Galicia careciera de competencias legislativas en esas otras materias, lo que no es el caso; en segundo lugar, porque las partes coinciden en el encuadramiento material de los preceptos impugnados y la propia Sentencia ha dado por bueno ese encuadramiento en el fundamento jurídico 4, sin que proceda arrojar dudas sobre ese encuadramiento cuando se trata de relacionar la regulación de la autotutela con las instituciones consuetudinarias gallegas; en tercer lugar, porque una regulación similar sobre la autotutela se incluye pacíficamente en el Código civil de Cataluña y, por tanto, se fundamenta sin discusión en la competencia legislativa autonómica en materia civil».

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

de que el otorgante no pueda tomarlos por sí mismo, no pertenece al ordenamiento civil, porque no está en un texto legal como la Compilación o la LDCG, sino en otro texto distinto, que, puesto que se trata de temas relacionados con la salud, pertenece al ámbito sanitario, es decir, al Derecho público⁶⁰.

Al respecto cabe señalar que lo que condiciona la calificación de una institución como de Derecho público, o de Derecho privado, no es la norma en que se inserta, sino, más bien, la estructura y función que la misma tenga.

Los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos («instrumentos de autoprotección de la persona», en palabras del TC), basados en la autonomía de la voluntad de la persona (como la autotutela) y en su poder de decidir sobre sus asuntos («facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses»), también como la autotutela (que asimismo puede implicar poder para el cuidado de la salud, si es que el interesado así lo expresase), y eso, tanto si se incluyesen en una ley llamada civil, como si lo hiciesen en otra que tuviese la denominación de sanitaria, o distinta de las indicadas⁶¹.

Finalmente, en cuanto a las situaciones de ausencia no declarada, reguladas en la LDCG de 2006, el TC, vuelve a apelar en su STC 133/2017, para negar su posible conexión con la autotutela, a argumentos que cabría volver a calificar como excesivamente formalistas, alegando que, mientras que «la autotutela permite a la persona autorregular sus intereses para el caso de que en el futuro se vea impedida de gobernarse por sí misma. En la segunda, situación legal de ausencia, es la propia ley la que arbitra el mecanismo de protección, no estando presente, ni en juego el principio de autonomía de la voluntad o del

⁶⁰ Se manifiesta totalmente en desacuerdo con esta postura sostenida por el TC, y es ésta una opinión que suscribimos, GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 24, indicando al respecto que «pocos discutirán que las instituciones jurídicas son lo que son en virtud de su estructura y su función y no en razón de la concreta ley en la que se inserten; también que los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos, basados en la autonomía de la voluntad de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, exactamente igual que la autotutela (la cual, por cierto, también puede implicar poder para el cuidado de la salud, si el interesado así lo expresa), y eso tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga un apellido sanitario u otro cualquiera». Por su parte, el Magistrado Xiol Ríos, en el p. 6 de su Voto Particular a la STC 133/2017, señala al respecto que «debo dejar constancia de mi disconformidad con la argumentación dada por la doctrina mayoritaria, que entiende que la figura de la autotutela debe encuadrarse competencialmente en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) y que tiene su apoyo en la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, desarrollado por Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Pues bien, con el máximo de los respetos hacia quienes sostienen este argumento, soy de la opinión de que la autotutela es indubitadamente una institución de naturaleza civil y, en consecuencia, rige para ella el artículo 149.1.8 CE y ha de incluirse en su ámbito natural que es el Derecho de la persona».

⁶¹ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p. 25 s.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

libre desarrollo de la personalidad». Es decir, que su origen legal le privaría de cualquier conexión con la autotutela, basada en la autonomía de la voluntad y en el libre desarrollo de la personalidad, lo cual, si bien puede ser cierto, no excluye, en nuestra opinión, poder encontrar la conexión, utilizando un criterio más laxo para ello en la circunstancia de que, con ambas figuras, se pretende, en el fondo, lo mismo: ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela a sí mismas ⁶².

V. CONCLUSIONES

El análisis de los argumentos utilizados por el TC en su STC 133/2017 confirma la existencia de un *ius controversum* en cuanto a los criterios empleados por el Alto Órgano jurisdiccional para resolver las cuestiones interpretativas planteadas respecto al que se ha calificado como «intrincado» art. 149.1.8 CE en materia de competencias relativas a la legislación civil asumida por las distintas Comunidades Autónomas.

En esta Sentencia el TC sigue, frente a los planteamientos utilizados en otras resoluciones dictadas en la materia, ya fuesen anteriores –SSTC: 88/1993; 156/1993; 95/2017– o posteriores –SSTC 40/2018; 41/2018–, un criterio de «conexión suficiente» más estricto que el empleado en las mismas.

El TC, al realizar su argumentación en dicha Sentencia, recurre indistintamente en atención a las alegaciones de la recurrida, tanto al criterio de la denominada «conexión institucional», como al de la «conexión orgánica». En relación a esta última, en nuestra opinión, de una forma que cabría calificar como un tanto «sui generis», con la finalidad de rebatirlas.

Respecto a la «conexión institucional», además de llamar la atención el diverso momento temporal exigido por el TC en relación a las dos institucio-

⁶² Sin embargo, el Magistrado Xiol Ríos, en el punto 6 de su Voto Particular, sí aprecia dicha conexión, indicando al respecto que: «puede decirse sin temor a equivocarse que la autotutela naturalmente guarda relación con las disposiciones de última voluntad que no son otra cosa más que las previsiones hechas por el testador para después de su fallecimiento y que en el caso de Galicia debe incardinarse, ya en primer lugar, en su Derecho sucesorio», además de que «el fundamento de esta institución “la autotutela” coincide también con el de la situación de ausencia no declarada judicialmente regulada ya en la derogada Ley gallega de 1995, que tiende a ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela por sí mismas, bien por estar ausentes, como en la situación de ausencia no declarada –situación histórica notoria en Galicia–, o bien porque la persona intuye que en el futuro no estará en condiciones de gobernarse por sí misma. Se trata, en consecuencia –como afirma el Letrado de la Xunta de Galicia– de un «simple paso posterior dado por el legislador gallego, al amparo de su competencia sobre el derecho civil propio, con la finalidad de seguir completando la protección personal y patrimonial de las personas con una nueva institución conexas con otra anterior, como lo es la autotutela en relación a la ausencia no declarada».

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

nes cuestionadas –adopción y autotutela– con las que se exigen conectar –para la adopción se pide una conexión con costumbres o instituciones efectivamente subsistentes en Galicia ya en 1978 y supuestamente subsistentes en el momento de aprobación de la Ley en que se contenga la nueva institución; en la autotutela se olvida la prescripción anterior, al plantearse la conexión de la nueva institución que se pretende introducir con la normativa vigente (LDCG de 2006) y con otras normas civiles autonómicas o estatales–, también resulta significativo el rigor formalista que establece el Alto Órgano jurisdiccional en cuanto a la prueba de dichas costumbres con las que se pretende conectar la adopción⁶³, así como su desconocimiento respecto de las características definitorias de dichas costumbres⁶⁴, apreciable al realizar la valoración de las mismas, justificando sorprendentemente la inexistencia de conexión por entender que algunas de esas instituciones con las que se pretenden conectar la adopción o la autotutela, se encuadran o sitúan en ámbitos distintos del propio del Derecho civil, como, por ejemplo, en el relativo a la asistencia social (en el caso de las «casas de acogida»), al de las relaciones de trabajo o sociedad (supuesto del «prohijamiento» o «perfiliación»), o fuera del principio de la

⁶³ Vid. las críticas formuladas al respecto en sus Votos particulares a la Sentencia 133/2017 por los Magistrados discrepantes, Xiol Ríos (punto 5), por considerar que «la exigencia de prueba de la costumbre, en caso de ser necesaria, lo sería para la conservación del Derecho civil existente, pero no para el desarrollo del mismo», y, más amplia y detalladamente, Conde-Pumpido (punto 2), al entender que «no se puede equiparar la exigencia de que la competencia legislativa autonómica en materia civil se vincule al derecho consuetudinario existente en la Comunidad Autónoma, por un lado, y el requisito de la prueba de la existencia de la costumbre como presupuesto de su aplicación judicial, por otro», puesto que «se trata de dos cuestiones claramente diferenciables que operan en ámbitos muy distintos del ordenamiento jurídico, la distribución de las competencias legislativas y la aplicación judicial de las normas: en un caso se trata de comprobar un cierto grado de conexión del ejercicio de competencia legislativa autonómica con el derecho consuetudinario de la Comunidad Autónoma, en el otro de probar la existencia y contenido de la costumbre que se invoca ante el juez y cuyo conocimiento no puede serle exigido (art. 1.3 del Código civil; CC). Es claro que tales exigencias responden a finalidades muy distintas y que, por tanto, los estándares probatorios no tienen que ser equivalentes. Al ejercicio de la competencia autonómica en materia civil por el Parlamento de una Comunidad Autónoma no puede exigírsele con respecto a la conexión con el derecho consuetudinario propio el mismo estándar probatorio que se le exige a un particular que pretende la aplicación judicial de una norma consuetudinaria en un litigio. Debe ser suficiente una base probatoria, reunida mediante referencias doctrinales, jurisprudenciales, notariales, histórico-jurídicas, antropológicas, etnográficas o, incluso, literarias (...) las leyes gallegas que incorporan instituciones jurídico-privadas al derecho escrito han de gozar de la presunción de constitucionalidad que caracteriza a todo acto legislativo y, por lo tanto, si respetan los límites materiales que establece el artículo 141.1.8 CE, esa presunción solo podría desvirtuarse cuando se apreciase una carencia manifiesta de normas consuetudinarias referidas a, o conectadas con, el objeto de regulación. Más aún si se trata de leyes que traen causa de iniciativas legislativas auspiciadas desde foros de expertos, como fue el III Congreso de Derecho civil gallego de 2002, que instó por unanimidad a regular la autotutela, y esas iniciativas legislativas fueron aprobadas, como ocurrió en el presente caso, en el Parlamento de Galicia por unanimidad». A los razonamientos indicados, cabe añadir, en un sentido similar, el formulado por GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pp. 18 ss.

⁶⁴ Vid. al respecto lo indicado en los Votos particulares formulados a la Sentencia, respectivamente, por Xiol Ríos (puntos 5 y 6) y Conde-Pumpido (punto 2 b).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

autonomía de la voluntad o libre desarrollo de la personalidad (caso de la «situación de ausencia no declarada judicialmente»)⁶⁵.

Por lo que se refiere a la «conexión orgánica», aun cuando parece tomarse en consideración en la STC 133/2017, el recurso a la misma por parte del Tribunal se hace, a nuestro juicio, con una interpretación muy particular y de una forma muy restringida, olvidando –por no decir, omitiendo– los principios generales del Derecho civil gallego. Además, los criterios utilizados por el TC para valorar la posible conexión sistemática de las instituciones que se pretenden introducir no ya con otras concretas, sino, más propiamente, con el citado Derecho civil gallego considerado en su conjunto resultan excesivamente restrictivos y formalistas.

En nuestra opinión, la introducción de la adopción en el ordenamiento jurídico-civil gallego quizá podría haber encontrado su justificación recurriendo además de a diversas antiguas figuras concretas consuetudinarias gallegas aquí expuestas⁶⁶ («conexión institucional»), también a los principios generales del Derecho civil gallego (pensamos fundamentalmente en el principio de «unidad y mantenimiento de la casa») y a su conexión sistemática con el Derecho civil de Galicia, considerado en su conjunto («conexión orgánica»), pero utilizando al respecto una interpretación más laxa, como el TC ha hecho en otras Sentencias relativas a otras Comunidades Autónomas.

También el recurso a la realidad social⁶⁷ entendemos que podría servir como otro referente justificativo más para la autotutela.

⁶⁵ Según Conde-Pumpido (Voto particular, punto 2 b): «Estas afirmaciones de la Sentencia, que resultan determinantes para negar la necesaria conexión de la regulación impugnada con unas instituciones consuetudinarias, denotan una concepción individualista ajena a los Derechos forales y más propia del régimen del Código civil, y no se sustentan en estudio especializado alguno: contradicen el entendimiento mayoritario de los juristas y antropólogos, que las consideran instituciones familiares o relacionadas con estrategias sucesorias y familiares dirigidas a conservar la unidad de la casa». En relación al proceso histórico de formación, contenido y desarrollo de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Andavira Editora S.L., Santiago de Compostela, 2012; Sobre las necesidad por parte de los juristas de recurrir a la Antropología al tratar aspectos relativos tanto al pasado como al presente y al futuro de la experiencia jurídica gallega, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTERO, R.P. y RAMOS BLANCO, J.L., «La Antropología desde el Derecho: Derecho consuetudinario gallego y Etnografía», *Revista de Antropología Social*, 24 (2015), Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 189 ss.

⁶⁶ En relación a algunas de las cuales, no obstante, resulta posible apreciar la dificultad de la prueba de su vigencia en el momento actual.

⁶⁷ A la misma alude en su Voto Particular (punto 1) Xiol Ríos. Respecto a la realidad social como canon de la interpretación de las normas, *cfr.*, por todos, los interesantes trabajos, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales, de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: «Un apunte sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas», en AA.VV. *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, I., Madrid, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 469 ss.; *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, Edit. Colex, 2005; «La realidad social como canon de interpretación de las normas», en AA.VV. (coord. de Pablo Contreras) *Curso de Derecho civil, I (Derecho privado y Derechos subjetivos)*, Madrid, Edisofer S.L., 2016, pp. 135 ss.

INTERPRETATIO PRUDENTIUM Y IUS CONTROVERSUM: A PROPÓSITO DE LA... ■

En este sentido, el progresivo envejecimiento de la población gallega, como evidente «circunstancia de la realidad gallega», así como la necesidad de salvaguardar al máximo la voluntad, deseos y preferencias de las personas que, previendo no encontrarse en situación de decidir por sí mismas en el futuro, eligiesen un tutor para gestionar sus intereses personales y patrimoniales, pensamos que sería un argumento de peso para poder defender la constitucionalidad de la incorporación de la autotutela en la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006.

Finalmente, cabe indicar que, en atención a la evidente inseguridad jurídica que plantea en el ámbito interpretativo del complejo artículo 149.1.8 CE la utilización del criterio de la «conexión suficiente», al que se recurre de una manera tan diferente en unas y otras Sentencias por parte del TC, y ante la inexistencia de una genuina argumentación jurídica cerrada sentada por el Alto Órgano jurisdiccional que pudiese servir para interpretar con alcance general el artículo indicado, resulta obligado concluir con García Rubio⁶⁸ que «norma y procedimiento precisan de una modificación profunda y suficientemente audaz como para hacer viable un verdadero sistema plurilegislativo en materia civil. Un sistema que sea eficiente y que, además, sea equitativo, algo que a día de hoy dista mucho de otearse en el horizonte».

⁶⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, p.37 s.

