

# SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

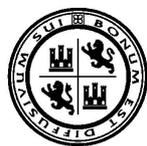
VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMÁTICA  
ACTUAL EN LAS RELACIONES DE  
FUNCIONAMIENTO EXISTENTES ENTRE EL  
DERECHO COMÚN Y EL DERECHO FORAL

Juan Luis Jarillo Gómez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO  
Facultad de Estudios Sociales  
Villanueva de la Cañada

© Juan Luis Jarillo Gómez

© Universidad Alfonso X el Sabio  
Avda. de la Universidad,1  
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

*Saberes*, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

# EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMÁTICA ACTUAL EN LAS RELACIONES DE FUNCIONAMIENTO EXISTENTES ENTRE EL DERECHO COMÚN Y EL DERECHO FORAL\*

Juan Luis Jarillo Gómez\*\*

RESUMEN: El artículo analiza las relaciones entre el Derecho Común y los Derechos Forales existentes en determinadas Comunidades Autónomas. Se parte del marco constitucional y los Estatutos de autonomía como la verdadera fuente legal para la solución de problemas, considerando que los mismos, en ocasiones, terminan por convertirse en un asunto político. El objetivo es tratar de integrar todos los ordenamientos jurídicos existentes en España manteniendo, al mismo tiempo, su propia independencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho Común, Derecho Foral, Comunidades Autónomas.

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. Análisis del problema.– 3. Cuestiones a resolver.– 3.1. Foralismo– Autonomismo.– 3.2. Artículo 149.1.8. ¿límite o excepción?.– 3.3. La determinación de las fuentes del Derecho ¿hasta dónde se extienden sus efectos?.– 4. Conclusión.

## 1. Introducción

En este artículo intentamos delimitar la idea de fijar unos criterios para saber exactamente en que situación nos encontramos, hacia donde vamos y las posibles soluciones al problema que cada día se está acentuando más en nuestra sociedad.

No debemos olvidar que la función de los profesionales del derecho, desde el estudioso, al profesor y al práctico es intentar buscar vías de solución a los problemas que se nos plantean en la sociedad. Estos problemas aparecen desde un punto de vista general de la sociedad, en donde se intentan poner en práctica unas medidas para que la comunidad que formamos el estado español funcione y evitar los perjuicios y discriminaciones que desde el punto de vista jurídico esta pueda sufrir, unido todo ello a que día a día debemos saber dar solución a los problemas individuales.

---

\* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2000.

\*\* Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Estudios Sociales. Universidad Alfonso X el Sabio. Abogado.

Si las personas que nos relacionamos directamente con el derecho no sabemos dar respuesta a los problemas diarios, viviremos de espaldas a la realidad, independientemente de que nos guste o no, no seremos capaces de alcanzar el objetivo final de todo profesional del derecho, resolver problemas sin crear otros más graves.

## 2. Análisis del problema

Vamos a centrarnos en este artículo, en cómo resolver un problema que se origina en un ciudadano español, nacido en una Comunidad Autónoma con derecho foral y que fallece en un lugar distinto al originario o a la inversa.

Es un problema relativamente común en España, en cuanto la emigración de unas Comunidades Autónomas a otras se ha producido de forma constante.

En nuestro derecho aparecieron a partir de 1959, la regulación de los Derechos Forales, cuestión necesaria, pero que rompía con el esquema existente hasta ese momento. Los Derechos Forales que se fueron reconociendo por orden de antigüedad serían: País Vasco, Cataluña, Galicia, Baleares, Aragón y Navarra, y el fuero del Baylío en Extremadura. Todo ello, sin perjuicio de las peculiaridades existentes en cada una de ellas.

Con esto nos encontramos en 1978, en el momento de aprobarse la Constitución y donde el Gobierno central se encontraba en una situación de acomplejamiento ante las reivindicaciones nacionalistas.

Se aprueba en el texto Constitucional el título VIII, y dentro de este el artículo 149.1.8ª, donde se recoge la materia foral que en la actualidad es base para fijar los criterios de desarrollo. Dice dicho artículo:

149.1 el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso a las normas de derecho Foral o Especial.

Relacionándose este artículo con la disposición adicional primera de la Constitución Española, que señala:

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.  
La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

### **3. Cuestiones a resolver**

Aquí analizamos una serie de circunstancias que nos planteamos en la actualidad, respecto del análisis del texto Constitucional relativo a las relaciones derecho común derecho foral.

#### **3.1. *Foralismo-Autonomismo***

Este fue el dilema que se planteó en las discusiones parlamentarias para fijar el criterio constitucional. Se buscó una fórmula clara, pero conciliadora e integradora, apareciendo una competencia exclusiva del Estado, reconociendo a las Comunidades Autónomas, en relación con el Derecho civil Foral o Especial, la conservación de su Derecho, «allí donde exista».

Se eligió por tanto el criterio foralista, pero nuestra realidad nos está llevando cada día más a que a través de los Estatutos de Autonomía, se introducen nuevos criterios que están creando verdaderos problemas de interpretación de los textos, y un desconocimiento de la normativa aplicable, y en muchos casos a los ciudadanos afectados por un problema determinado y que tienen distintas vecindades en el territorio nacional.

Considero que estos hechos producen una clara descodificación que repercute negativamente en todos. Como ejemplo recogemos el artículo 13, de la Compilación del País Vasco, que señala: «Los vizcaínos no aforados podrán testar mancomunadamente y por comisario, con arreglo a las disposiciones del fuero».

Con ello, cualquier ciudadano de las localidades no aforadas tiene el privilegio de testar como le parezca bien o bien como el Derecho Común o bien como el Derecho Foral del País Vasco. Sería un caso incluso contrario al principio de igualdad constitucional, creando unos privilegios a unos ciudadanos determinados, que otros no ostentan.

#### **3.2. *Artículo 149.1.8. ¿Límite o excepción?***

En el apartado 1º de este artículo es donde se define la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas como límite o excepción a la competencia exclusiva conferida en términos generales al Estado. Se formula una atribución de competencias indefinida a favor del Estado en materia de legislación civil, sin perjuicio del reconocimiento a las Comunidades Autónomas, que viene limitada por razón de la materia al ámbito de los Derechos civiles forales o especiales.

La reserva que se va a realizar en el apartado 2º de este artículo a favor del Estado, sobre las materias en el mismo indicadas, constituye ciertamente un límite a la competencia de las Comunidades Autónomas, pero la reserva de competencias no parece ir directamente encaminada a limitar la competencia de las Comunidades Autónomas sino, más bien, a subrayar el carácter excluyente de la competencia del Estado, después de haber establecido en el apartado 1º una situación de concurrencia de la competencia del Estado establecido en consideración precisamente de la legislación autonómica en la que se formula en el inciso final con la afirmación de «respeto a las normas del derecho foral o especial» en la determinación de las fuentes del Derecho.

Así debemos señalar que el límite constitucional del desarrollo del Derecho civil foral ha de identificarse con las instituciones características y propias de los territorios forales que tradicionalmente han sido reguladas de forma distinta por el Derecho común y por los Derechos forales.

Considero que no hay que olvidar que, cuando la Constitución Española se refiere, en su artículo 149.1.8. a la competencia exclusiva del Estado en materia civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales «allí donde exista» no consideró esta materia como competencia ilimitada de todas las Comunidades Autónomas, sino sólo de aquellas que a la entrada en vigor de la Constitución tenían Derecho foral, es decir, va a ser la Compilación existente en 1978 el punto referencial sobre el que se va a basar la cuestión competencial de las Comunidades Autónomas.

Pero una vez hecho este análisis no debemos olvidar:

- Que la referida disposición adicional primera de la Constitución Española, que va a amparar los derechos históricos de los territorios forales.

- Que la norma del artículo 149.1.8. va a permitir la integración en el ordenamiento autonómico de las compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento.
- Que la Constitución Española va a permitir que los Derechos civiles forales o especiales preexistentes puedan ser objeto de una 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 los respectivos ordenamientos preconstitucionales.

Por ello, considero con amplitud el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Cabe entender que es posible legislar sobre materias hasta entonces no reguladas por el Derecho foral vigente al promulgarse la Constitución Española e incluso se llegaría a la posibilidad de regulación de materias ya reguladas por el Derecho civil común.

Ahora bien, esta competencia legislativa es limitada, ya que su ejercicio se guiaría por las siguientes ideas rectoras:

- La necesidad de renovación del Derecho civil propio, como respuesta adecuada a la realidad social, hacia la que se orienta la actividad legislativa.
- La vinculación de las materias reguladas con el Derecho civil propio, en coherencia con los principios informadores peculiares del Derecho foral, delimitando su extensión.

Porque quiero dejar bien claro, respecto de esta última opinión, que la propia Constitución Española no sólo habla de conservar, sino que se refiere también a la modificación y desarrollo y de aquí a innovar no va a haber más que un paso: el del tiempo.

Esto no va a significar que al Constitución y los Estatutos no arranquen de los Derechos civiles, forales o especiales, tal cual existen en la actualidad, concretados estos en el momento de entrada en vigor de la norma fundamental, pero nada va a impedir que, aún en su primer andadura, la legislación civil autonómica mantenga conexión con ellos, se renueve con el paso del tiempo y se amplíe, ampliación que sólo tendría un techo seguro: "la competencia exclusiva del Estado".

En relación con este último párrafo, señalemos que la confusión existente respecto del término desarrollo, y hasta donde llega su extensión,

señalemos pues que se va a enunciar dentro de una competencia autonómica de 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 uniformadores peculiares del Derecho foral.

Pero no quiero dejar en el olvido que este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abierta importantes interrogantes. Entre ellas, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo civil debe ser inmediata o también puede ser más remota.

He de señalar que los autores se inclinan por una u otra según criterios propios. Pero lo cierto es que, siendo objetivos, debemos señalar que habría que conocer cada institución, una por una y dentro del propio marco de la misma, aceptar su creación o desarrollo, siempre que de alguna manera exista una conexión con el ordenamiento de esa determinada Comunidad Autónoma.

Por último, dentro de este apartado, hago referencia al inciso final del artículo 149.1.8. «[...]y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso a las normas de derecho foral o especial».

Esta limitación a la competencia estatal regirá respecto de las Comunidades Autónomas donde exista Derecho civil, foral o especial pero no opera para las fuentes del Derecho de los demás sectores del ordenamiento jurídico, respecto de los cuales el Estado ostenta competencia exclusiva en materia de determinación de fuentes. El límite del precepto es en cuanto a los regímenes jurídico-civiles coexistentes en España, pero no respecto de materias no civiles.

### ***3.3. La determinación de las fuentes del Derecho ¿hasta dónde se extienden sus efectos?***

La competencia del Estado en la determinación de las fuentes del Derecho, tiene un límite en el respeto que la Constitución impone a las normas sobre fuentes del Derecho de los ordenamientos civiles, forales o especiales.

La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fuentes está implícita en la competencia que, sobre conservación, modificación y

desarrollo, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos.

La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fuentes del Derecho tiene un doble límite:

- Se ha de proyectar sobre el ámbito del Derecho civil propio.
- Ha de respetar el sistema estatal de fuentes del Derecho de aplicación general e inmediata, y el sistema estatal de fuentes del Derecho civil común, de aplicación como Derecho supletorio del Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.

Por último, las eventuales situaciones de conflicto que pudieran surgir por alteraciones de los diferentes sistemas de fuentes del Derecho de las Comunidades Autónomas tendrían solución en la aplicación del artículo 150.3 de la Constitución Española:

El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales por mayoría absoluta de cada cámara, la apreciación de esta necesidad.

Un claro ejemplo sería el caso de Galicia que, tras la reforma de 24 de mayo de 1995, ha establecido que la costumbre gallega es preferente frente a la ley. Entiendo que nos encontramos ante un flagrante supuesto de inconstitucionalidad, al sobrepasar los límites impuestos en el artículo 149.1.8. del texto constitucional.

#### **4. Conclusión**

La evolución de los tiempos está creando cada vez más unas situaciones peculiares dentro de España, tendiéndose a contraponer el Derecho común al foral, desligándose uno de los otros, para así no interferir en la "autonomía-nacionalismo" de ninguna Comunidad Autónoma. Lo que podemos llegar a conseguir es una verdadera descodificación del derecho Español, que al final perjudica a todos por igual.

Otro problema grave que se plantea es el alcance que cada día más tienen las sentencias del Tribunal Constitucional, porque sinceramente creo que en nuestro ordenamiento cada día más se está cayendo en un

"constitucionalismo", que en determinados casos puede ser peligroso en cuanto que puede llevar a los jueces a desligarse de la ley por entender que están sometidos, hasta sus últimas consecuencias a la Carta Magna. La Constitución debe ser la piedra angular de nuestro sistema jurídico, pero no por ello debe desplazar a la ley, porque el principio constitucional debe ser entendido como un enriquecimiento del ordenamiento y no como una sustitución del principio de legalidad.

Por ello, no caigamos en la tentación de convertir todo el derecho en exclusivo derecho constitucional, pues anularíamos nuestro modelo actual y perdería su basamento jurídico, para deslizarse, en muchos casos a los "vientos políticos" del momento.

En definitiva, aceptemos los distintos ordenamientos con sus peculiaridades, que estoy seguro que serán enriquecedoras, pero construyamos un modelo jurídico donde participando todos los Derechos forales y el Derecho Común, consigamos crear un Derecho Español integrador que resuelva los problemas que tiene el ciudadano de a pié, y que no esté sometido a los vaivenes políticos del momento.

Sólo así conseguiremos un Derecho Español codificado por todos los derechos existentes en la España actual, moderno, duradero y válido para todos los ciudadanos, con independencia de su residencia y proyectado hacia el siglo XXI, que se debe caracterizar por la unidad y entendimiento de los pueblos europeos y no por la disgregación de sus instituciones y en especial las jurídicas.