

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

15178 *Pleno. Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 2845-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Competencias sobre derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la adopción y la autotutela. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2017:133

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narvárez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2845-2007, promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 27 a 45 de la Ley de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Han sido parte el Parlamento de Galicia, representado por el Letrado del mismo y el Consello de la Xunta de Galicia, representado por su Letrado. Ha sido Ponente el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 28 de marzo de 2007, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 27 a 45 de la Ley de Galicia 2/2006, de 14 de junio de 2006, de derecho civil de Galicia (publicada en el «Diario Oficial de Galicia» del día 29 de junio de 2006). El recurso tiene por objeto la impugnación del título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción y del título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley antes mencionada por entender que la regulación contenida en los mismos excede de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio atribuidas a Galicia en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía, vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE.

En la fundamentación del recurso se comenzó recordando que el preámbulo de la Ley expresamente señala que persigue desarrollar, en todos sus aspectos, las instituciones jurídico privadas que realmente estuvieran vivas en el Derecho propio de Galicia. Con esta finalidad la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante Ley 2/2006) viene a derogar la Ley 4/1995, de 24 mayo, de Derecho civil de Galicia y si bien mejora algunas instituciones tradicionales tales como las comunidades de montes vecinales en mano común, la servidumbre de paso, el derecho de labrar y poseer, etc., también introduce novedades como la regulación de la protección de menores, la adopción y la autotutela e incorpora la regulación de instituciones de derecho consuetudinario derivadas de relaciones de vecindad.

Destaca, de un lado, la Abogacía del Estado que los artículos 27 a 45 de la Ley 2/2006 impugnados suponen una regulación general y exhaustiva de dos instituciones, la adopción y la autotutela que carecen de antecedentes en el Derecho civil gallego y no guardan conexión alguna con instituciones propias de tal legislación civil, de manera que excede de las facultades constitucional y estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma de Galicia para la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil, foral o propio y vulnera la competencia exclusiva estatal sobre la legislación civil recogida en el artículo 149.1.8 CE. De otra parte, se señala que existe un motivo de inconstitucionalidad adicional que afecta en concreto a los artículos 35, 36, 37, 40.2 y 41.1 de la Ley 2/2006 y, que regulan materias que inciden en el ámbito de la legislación procesal sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6 CE. Finalmente, los artículos 42, 43 y 45 de la Ley 2/2006, al establecer la posibilidad de realizar la designación de tutor en escritura pública y el posible contenido de esta escritura, vulneran la reserva competencial establecida en el artículo 149.1.8 CE a favor del Estado en cuanto a las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, incurriendo, por tanto, en una causa adicional de inconstitucionalidad.

A continuación, se pasó a fundamentar las concretas impugnaciones deducidas:

a) El Abogado del Estado empezó sus valoraciones con la cita de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan». Resulta así claro que la Constitución ha limitado el reconocimiento de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas al condicionarla al dato histórico de la existencia efectiva de tales derechos forales o especiales al promulgarse la norma fundamental. Según este modo de reconocimiento, el derecho foral podrá ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca con menoscabo del derecho común, porque ahí se encuentra el límite de otra competencia atribuida explícita y exclusivamente al Estado. Esto no significa que queden vacíos de contenido los enunciados competenciales de las Comunidades Autónomas previstos en sus estatutos en materia de Derecho foral, ni que éste quede condenado a anquilosarse en fórmulas de derecho no escrito. Lo que ocurre es que la vigencia efectiva de las instituciones forales es lo que marca la pauta de las propias competencias autonómicas (SSTC 88/1993, de 12 marzo, 156/1993, de 6 mayo). En resumidas cuentas, al analizar la competencia en el desarrollo de su derecho civil, foral o especial propio, reconocida a las Comunidades Autónomas en el artículo 149.1.8 CE, este Tribunal ha afirmado la posibilidad que les asiste de regular *ex novo* instituciones que, originariamente, no hubieran estado presentes en sus compilaciones de derecho civil foral, siempre y cuando tales instituciones guarden conexión con las reguladas, dentro de la actualización o innovación de su derecho civil propio y según sus principios informadores peculiares.

b) Se subraya, en segundo término, la ausencia histórica en la legislación civil especial gallega de cualquier norma sobre adopción o autotutela, que se acredita en el hecho de que «las instituciones reguladas en la inmediatamente anterior Ley de Derecho civil de Galicia, Ley 4/1995, que derogó la Ley sobre la Compilación 7/1987, se integra por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad de carácter minifundista ... Así permite afirmarlo no solamente un somero examen de las instituciones jurídico-privadas reguladas por la mencionada Ley y por la costumbre ... entre las que se cuentan, por ejemplo, los petrucios parroquiales o veciña, las comunidades en materia de aguas, el agra, agro o vilar, la servidumbre de paso, las serventías, el cómaro, ribazo o arró, el retracto de graciosa, los arrendamientos rústicos y aparcerías» como reconoció la Sentencia de este Tribunal 47/2004, de 25 de marzo (FJ 11). Así pues, en las anteriores leyes de Derecho civil gallego nunca se han regulado instituciones como la protección de menores, la adopción y la autotutela.

c) Explica el recurrente que la normativa de protección de menores recogida en el título I de la Ley 2/2006 (arts. 5 a 26), ya ha sido regulada en dos textos legales: la

Ley gallega 4/1993, de 14 abril, reguladora de los servicios sociales y la Ley gallega 3/1997, de 9 junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia. Ningún inconveniente constitucional puede encontrarse en la primera de las citadas pues, aunque se refieran a la institución de la adopción, no regula aspectos jurídicos civiles, sino exclusivamente los servicios administrativos relacionados con la adopción en la Comunidad Autónoma de Galicia, en el marco de la competencia autonómica en materia de asistencia social reconocida en el artículo 148.1.20 CE y en los artículos 27.23 y 24 del Estatuto de Autonomía para Galicia (en adelante, EAG). Por su parte, la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, aborda la regulación de la protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia desde la perspectiva de la regulación de la actuación pública encaminada a la protección de la familia, y desde una consideración de derecho público de la legislación familiar, desligada del derecho civil. Y, aunque el capítulo III del título III (arts. 30 a 34) de esta Ley se dedica a la regulación de la adopción, se aborda desde el punto de vista de la ordenación de la gestión pública del procedimiento adoptivo en la Comunidad Autónoma de Galicia, no regulándose aspectos jurídicos civiles de tal institución. Es cierto que en estos preceptos se recoge una única norma de derecho civil que establece la edad mínima del adoptante (art. 32.1 de la Ley 2/2006), sin embargo, no puede considerarse como un precedente en la legislación autonómica previa gallega que legitime la posterior regulación exhaustiva por parte de dicha Comunidad de la adopción en todos los aspectos jurídicos civiles, puesto que aquella normativa persigue exclusivamente la regulación de los aspectos de derecho público administrativo relacionados con instituciones de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

d) Por su parte, los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006 regulan de manera detallada e integral la institución de la autotutela (prevista en el art. 223 del Código civil). Advierte el Abogado del Estado que la regulación contenida en la Ley gallega 2/2006 no se opone a lo previsto en el Código civil, aunque sí presenta algunas diferencias. Sin embargo, como ocurre en el caso de la adopción, no existen precedentes de regulación de esta institución en el derecho civil escrito o consuetudinario gallego.

e) A continuación el recurso realiza una comparación de la legislación impugnada con la legislación estatal. En primer lugar, por lo que respecta a la adopción (artículos 27 a 41 de la Ley 2/2006 y artículos 175 a 180 del Código civil) se reconoce la íntima semejanza entre las regulaciones sin que pueda destacarse especialidad alguna. En segundo término, en cuanto a la autotutela (arts. 42 a 45 de la Ley gallega, artículo 223 del Código civil y Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), se advierte que aquella difiere en algunos aspectos de la del Código civil. Así, a título de ejemplo, el Código civil exige capacidad de obrar suficiente para realizar la designación del futuro tutor y la Ley 2/2006 exige simplemente la mayoría de edad. En cualquier caso, si bien existen precedentes en la legislación autonómica gallega en materia de regulación de los aspectos administrativos de la protección de menores o incapacitados, no existen precedentes de la regulación en su vertiente civil.

f) Dado que en buena medida los preceptos impugnados reiteran la regulación que sobre esta materia aparece en la legislación civil del Estado, debe aplicarse la doctrina de este Tribunal sobre reproducción de preceptos estatales en las legislaciones autonómicas. Así, con apoyo en las SSTC 46/1990, de 15 marzo (FJ 4), 132/1989, de 18 julio (FJ 33), o la más reciente 341/2005, de 21 diciembre (FJ 9), argumenta que si la competencia pertenece al Estado con arreglo al artículo 149.1.8 CE, la Comunidad Autónoma de Galicia carece, por definición, de toda potestad para dictar normas de tipo alguno en una esfera constitucionalmente reservada al Estado. La reproducción en disposiciones autonómicas de preceptos estatales amparados en el artículo 149.1 CE vulnera claramente no sólo el orden constitucional de competencias, sino el mismo principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 CE, porque puede confundir a los operadores jurídicos y a los ciudadanos. Recuerda el Abogado del Estado en su escrito que este Tribunal, en su Sentencia 341/2005 de 21 diciembre, FJ 9, señala que el riesgo de confusión adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la comunidad

autónoma que es, lo que a su juicio sucede en el presente caso en el que no hay un reparto vertical de la facultad legislativa, sino que Estado y Comunidad Autónoma ostentan una potestad legislativa plena sobre diversos ámbitos materiales. Así, al Estado le corresponde la competencia exclusiva sobre el derecho civil, mientras a la Comunidad Autónoma sólo sobre un aspecto concreto de ese derecho, el foral o especial. En cada uno de esos ámbitos, los legisladores estatal y autonómico operan con plena libertad de configuración dentro de la Constitución, sin que éste último esté subordinado a la legislación estatal. Por tanto, fuera del ámbito del derecho foral, la Comunidad Autónoma carece de toda competencia normativa, al igual que el Estado no posee competencia para regular el derecho foral propio de la Comunidad Autónoma. No existe, en consecuencia, una relación entre la legislación estatal y la autonómica que justifique la reproducción por ésta de los preceptos estatales. A ello hay que añadir que los artículos impugnados no sólo reproducen la legislación estatal, sino que en ocasiones la desarrollan, incidiendo negativamente sobre la seguridad jurídica.

g) Advierte el Abogado del Estado de la inaplicabilidad al presente caso de la doctrina constitucional sentada en la STC 88/1993, de 12 marzo, en la que este Tribunal declaró la constitucionalidad de una Ley aragonesa de equiparación de los hijos adoptivos, a pesar de admitir que la adopción era una institución ajena al derecho civil foral aragonés y no regulada previamente en el mencionado derecho foral. Si en aquella ocasión se estimó que aquella norma no era inconstitucional fue esencialmente por dos motivos. En primer lugar, porque aquella Ley no pretendía establecer un régimen jurídico completo de la adopción, sino que únicamente establecía la equiparación entre hijos adoptivos y por naturaleza. En segundo término, porque existía una relación entre la materia, es decir, la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitimaba constitucionalmente la regulación contenida en la Ley impugnada que no podía considerarse ajena y desvinculada del derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el derecho familiar y sucesorio de Aragón. Sin embargo, el planteamiento de la Ley gallega ahora impugnada es radicalmente distinto, porque en ella sí se regula un régimen jurídico completo de la adopción y la conexión con instituciones familiares o sucesorias propias de su derecho foral es muy lejana e indirecta, lo que, en consecuencia, contradice lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE pues ni modifica, ni desarrolla, ni conserva el derecho foral existente.

h) Se impugnan, además, los artículos 35, 36, 37, 40.2 y 41.1 de la Ley 2/2006, por regular materias de índole procesal relacionadas con la constitución de la adopción en resolución judicial. El artículo 149.1.6 CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal, salvo las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas. En el presente caso, entiende la Abogacía del Estado que no sólo no está justificada la regulación como una especialidad necesaria que la Comunidad Autónoma de Galicia haya de normar como consecuencia de las particularidades propias de su derecho sustantivo, sino que, además, esta Ley no se limita a innovar la regulación procesal de la adopción, sino que viene a reproducir la regulación contenida en el Código civil y a remitirse a lo establecido en la Ley de enjuiciamiento civil, incurriendo en infracción constitucional al incorporar a la legislación autonómica una normativa contenida en la legislación estatal sin que, para la emanación de tales normas, la Comunidad Autónoma de Galicia ostente la necesaria habilitación competencial.

i) Igualmente se denuncian los artículos 42, 43 y 45 de la citada Ley 2/2006 por regular los instrumentos públicos a través de los que puede realizarse la designación de tutor para el futuro. La materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, queda sustraída a la acción normativa de las comunidades autónomas, puesto que está atribuida «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado. En consecuencia, al regular estas normas la posibilidad de instituir la autotutela en escritura pública, permitir que el instituyente designe e identifique en escritura pública la pluralidad de personas entre las cuales su cónyuge u otra persona haya de realizar en el futuro la designación de tutor y, finalmente, enumerar las disposiciones que, sobre el desempeño de la tutela, podrá incluir, en su caso, el interesado

en la escritura pública de designación de tutor, excede sin lugar a dudas, de la competencia legislativa autonómica.

Se concluyó, por todo ello, con la súplica de que se dictara Sentencia en la que se declarase la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos impugnados.

2. Por providencia de 22 de mayo de 2007, la Sección Tercera acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento de Galicia y a la Xunta de Galicia, al objeto, de que, en el plazo de 15 días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Se dispuso, por último, publicar en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial de Galicia» la formalización del recurso.

3. Mediante escrito registrado el día 6 de junio de 2007, el Presidente del Senado rogó que se tuviera la Cámara por personada y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

4. A través de escrito registrado el día 8 de junio de 2007, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara de conformidad con el cual el Congreso de los Diputados se persona en el procedimiento y ofrece su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

5. Por escrito que tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el 19 de junio de 2007, la representación del Parlamento de Galicia presentó las alegaciones que a continuación se exponen.

Con carácter preliminar recuerda que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma gallega alcanza a la determinación de las fuentes de su ordenamiento (art. 149.1.8 CE y 38.3 EAG) y que, en consecuencia, la costumbre debe ser tenida como tal fuente, siendo, además, supletoria en primer grado de la Ley gallega. Por ello, subraya que no sólo el artículo 27.4 EAG establece que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil gallego, sino que, de conformidad con el artículo 38.2 EAG, el Derecho del Estado sólo será de aplicación a falta de Derecho propio de Galicia.

El significado que necesariamente ha de unirse a este encuadramiento competencial –prosiguen las alegaciones del Parlamento de Galicia– es el de la legitimidad de esta Comunidad Autónoma para llevar a cabo la formalización legislativa de sus propias instituciones consuetudinarias, como es el caso de la adopción. En apoyo de este argumento cita la STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1, en la que se afirmó que la remisión a los derechos civiles propios de cada Comunidad Autónoma que hace el artículo 149.1.8 CE «alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos». A ello se añadió en la STC 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3, en el caso del Derecho civil gallego, que «la competencia autonómica para la “conservación, modificación y desarrollo” del propio Derecho civil puede dar lugar, según ya dijo la STC 121/1992 (fundamento jurídico 2), a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico; eventualidad esta última que resulta aún más clara visto el enunciado del referido artículo 27.4 EAG, pues en la idea de “institución” jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias». Así pues, –defiende el representante del Parlamento gallego–, habiendo apreciado el Tribunal Constitucional con anterioridad que la compilación gallega no regula la totalidad de las instituciones o peculiaridades integrantes del Derecho civil de Galicia, y advirtiendo ahora que la adopción y la autotutela han sido instituciones

consuetudinarias de honda raíz histórica en su territorio, ha de reconocerse la competencia de la Comunidad Autónoma gallega para legislar sobre ambas materias.

Las alegaciones del Parlamento gallego discurren sobre el «estudio histórico de la adopción», refiriendo lo que consideran antecedentes normativos y doctrinales de la institución. En dicho contexto, se alude a figuras propias de las acciones de beneficencia pública en favor de expósitos, como las casas-cuna y las inclusas. De esta forma –a juicio del Letrado del Parlamento de Galicia– queda demostrada la existencia histórica de usos normativos propios en materia de adopción en el Derecho gallego y, en consecuencia, la legitimidad de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar tal institución.

Por lo que atañe a la autotutela, se recurre igualmente a la tradición jurídica gallega cuyo origen es la peculiar práctica notarial que instrumentaliza la declaración de voluntad del sujeto en orden a la designación de tutor para el caso de incapacidad. A ello añade la existencia de trabajos legislativos preparatorios de un texto articulado propio de Galicia que datan de tiempo anterior al elaborado por el legislador estatal.

En último lugar, se alude someramente a las infracciones constitucionales imputadas en el recurso de inconstitucionalidad a las normas procesales y de ordenación de los registros públicos contenidas en la Ley 2/2006. Para la representación del Parlamento gallego difícilmente puede entrarse a justificar la necesidad de introducir peculiaridades procesales (art. 149.1.6 CE) si no se reconoce la sustantividad propia del derecho civil gallego.

Se concluyó con la súplica de que se dictara Sentencia desestimatoria, en su integridad, del recurso de inconstitucionalidad.

6. En virtud de escrito registrado el día 22 de junio de 2007, el Letrado Jefe del Gabinete de Asuntos Constitucionales de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia, en su representación y defensa, formuló las alegaciones que a continuación se resumen:

a) Comenzó por señalar que el artículo 149.1.8 CE tiene una evidente dosis de ambigüedad, donde las diferencias interpretativas han hecho aflorar la conflictividad constitucional, obligando al Tribunal Constitucional a ejercer su papel de intérprete constitucional. La distribución competencial en materia de derecho civil no es pacífica, ni mucho menos unánime. No lo es doctrinalmente, ni lo fue en los propios Magistrados del Tribunal Constitucional, apareciendo con asiduidad votos particulares en las sentencias que se ocupan de esta polémica cuestión. En apoyo de esta tesis, cita especialmente, la STC 88/1993, de 12 marzo, que contiene dos votos particulares que entienden que las Comunidades Autónomas que tenían derecho civil propio, como es el caso de Galicia, podrían desarrollarlo con la única limitación de las materias que el apartado segundo del artículo 149.1.8 CE reserva al Estado. Considera, además, que cada recurso de inconstitucionalidad abre la oportunidad a este Tribunal para una reformulación de la doctrina.

b) Apoyándose en la doctrina establecida por la STC 88/1993, de 12 marzo (FJ 3), se defiende la constitucionalidad de los preceptos impugnados por aplicación del criterio de la conexión establecido en aquella sentencia. Esto opera sobre la base de que, aún sin existir regulación de la adopción y de la autotutela en el derecho civil gallego, sí ha existido alguna regulación incardinable en el derecho familiar o sucesorio. Haciendo uso de la idea expuesta en uno de los votos particulares de la STC 88/1993, de que tampoco se exige explícitamente que todas las normas civiles que son susceptibles de conservación, modificación y desarrollo, estuvieran vigentes en el momento de entrar en vigor la Constitución, se afirma que, en el caso de Galicia, esta idea es especialmente significativa, puesto que es pacífica la reflexión de que la Compilación gallega de 1963 es un reflejo incompleto de lo que era el derecho civil gallego. Dicho en otras palabras: había más derecho civil del recogido en tal Compilación. Con apoyo en estas dos ideas, es decir, que basta que exista una conexión de la nueva materia legislada con el derecho de familia o el derecho de sucesiones gallegos y que en el derecho gallego existen históricamente más normas civiles de las que fueron compiladas, se lleva a cabo un extenso recorrido por las mismas para demostrar la conexión suficiente de las normas impugnadas con el derecho

de familia y/o de sucesiones gallegos. En definitiva, no son necesarias regulaciones expresas de la familia, sino que bastan normativas de las que tácitamente se infiera que pertenecen a la materia familiar.

c) Siguiendo esta línea de pensamiento se analizan por el Letrado de la Xunta instituciones tan arraigadas como la compañía familiar gallega, la aparcería agrícola, el derecho de labrar y poseer, la ausencia, el petrucio, los muiños, el vitalicio del régimen económico matrimonial, que llevan a la conexión entre las normas impugnadas y el derecho civil especial gallego. Pero, además, se insiste en que, dada la interacción entre las diferentes ramas del derecho, no debería haber obstáculo para buscar esa conexión requerida por el Tribunal en una previa normativa aunque no se refiera expresamente al derecho civil. En el caso de la adopción y de la autotutela, debe entablarse una discusión acerca de su pertenencia al derecho civil, al administrativo, o pertenece a ambos, pero lo cierto es que el desarrollo normativo realizado por Galicia determina la existencia de esa conexión con el ordenamiento jurídico gallego en su conjunto, y puede permitir concluir que esta regulación impugnada no es una abrogación desde el vacío, sino una lógica evolución del derecho gallego como ordenamiento que tiende lógicamente a tener una regulación coherente y cohesionada de sus instituciones. Se cita en apoyo de este desarrollo normativo la Ley gallega 3/1997, de 9 junio, de familia, de la infancia y de la adolescencia y otras anteriores ya derogadas, que nunca fueron impugnadas, siendo un exponente muy claro de la actuación legislativa de la Comunidad Autónoma de Galicia en el campo de la protección de los menores en particular y de la familia en general.

7. Por providencia de 14 de noviembre de 2017, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes de esta resolución, el presente recurso de inconstitucionalidad se dirige contra los artículos 27 a 45 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante Ley 2/2006). El recurso tiene por objeto la impugnación del título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción y del título III (arts. 42 a 45), referido a la autotutela, de la citada ley, por entender que la regulación contenida en los mismos excede de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio atribuidas a Galicia en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía (en adelante, EAG), vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE.

A tal efecto, se argumenta que los artículos impugnados suponen una regulación general y exhaustiva de dos instituciones, la adopción y la autotutela, que carecen de antecedentes en el Derecho civil gallego y no guardan conexión alguna con instituciones propias de esta legislación civil, de modo que dicha regulación no puede considerarse una conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil propio, con el alcance que a tales expresiones ha otorgado la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (al respecto, SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 182/1992, de 16 de noviembre; 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio).

Por otra parte, dado que los preceptos impugnados reiteran en buena medida lo ya preceptuado por la legislación civil del Estado, el Abogado del Estado considera que tal reproducción en normas autonómicas de preceptos estatales debe entenderse inconstitucional y nula, por carecer la Comunidad Autónoma de competencia en la materia (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9).

Finalmente la demanda entiende que, respecto a determinados preceptos impugnados, es posible apreciar motivos adicionales de inconstitucionalidad. Así ocurre con los artículos 35, 36, 37, 40.2 y 41.1 de la Ley 2/2006, respecto de los cuales se alega la vulneración de la competencia estatal en materia de legislación procesal del artículo 149.1.6 CE, por incidir en la regulación de aspectos procesales de la adopción y reproducir la regulación contenida en el Código civil, remitiéndose a lo establecido en la Ley de enjuiciamiento civil. Del mismo modo, también los artículos 42, 43 y 44 de la

Ley 2/2006, relativos a la regulación de la escritura pública en la que puede realizarse la designación de tutor para el futuro, infringen la competencia exclusiva estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos del artículo 149.1.8 CE.

El Letrado de la Xunta de Galicia y el del Parlamento de Galicia consideran, por el contrario, que la adopción y la autotutela se insertan en el ámbito de la competencia autonómica en materia de legislación civil que le reconoce el artículo 27.4 EAG y resulta amparada, además, por el título competencial previsto en el artículo 149.1.8 CE, en cuanto se trata del desarrollo de su Derecho civil propio.

2. Antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas en el presente recurso, haremos algunas precisiones sobre cambios normativos posteriores a la Ley 2/2006, a fin de analizar su posible repercusión en la presente controversia.

La Ley 2/2006 fue modificada en parte por la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia, que derogó la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia, y el Decreto autonómico 42/2000, de 7 de enero, por el que se refundió la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, normas todas ellas dictadas con invocación de la competencia gallega en materia de asistencia social y la promoción del desarrollo comunitario (art. 27, apartados 23 y 24 EAG), asumida en el Estatuto de Autonomía para Galicia.

En concreto, la Ley 3/2011 modifica, en su disposición adicional tercera, los artículos 6, 25 y 26 de la Ley 2/2006, relativos a protección de menores y acogimiento, ninguno de los cuales es objeto de este recurso. Asimismo, la Ley 3/2011 regula la adopción como medida de protección de menores en situación de desamparo, en sus artículos 73 y siguientes, regulación que se superpone a la de la Ley 2/2006, sin derogarla ni modificarla. A este respecto, si la Ley 3/1997 anterior, en su artículo 30, contenía una disposición general en materia de adopción de carácter competencial, a cuyo tenor «en los términos previstos en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, la Administración de la Xunta de Galicia, a través de la consellería competente realizará la gestión de los procedimientos y elevará las correspondientes propuestas de adopción ante los órganos judiciales competentes en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia», la nueva Ley 3/2011 traslada esa disposición a su artículo 75, en el que se advierte una referencia expresa a la Ley 2/2006, junto a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Además, la nueva Ley 3/2011 tiene una vocación declarada de actualizar el marco de protección para la familia en atención a la «evolución de la sociedad y la constitución de nuevos núcleos de convivencia», como recoge en el párrafo II de su preámbulo, y justifica las modificaciones en el ámbito de la infancia y la adolescencia por la «publicación de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la Ley 2/2006, de 14 de junio de derecho civil de Galicia y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional».

En todo caso, no habiendo sido recurrida la Ley 3/2011 ante este Tribunal y no afectando la misma a la redacción de los preceptos de la Ley 2/2006 aquí impugnados, aquella no impide ni condiciona el juicio de constitucionalidad de las normas que constituyen el objeto del presente recurso.

3. La cuestión sometida a nuestra decisión la refiere el Abogado del Estado a la vulneración por el legislador autonómico de la competencia estatal en materia de derecho civil. El reproche, en este sentido, se dirige contra los artículos 27 a 45 de la Ley 2/2006, al entender que, a pesar de que las figuras de la adopción y de la autotutela poseen un carácter marcadamente civil, la Comunidad Autónoma gallega no puede invocar su competencia para conservar, desarrollar o modificar la legislación civil (ex art. 149.1.8 CE y art. 22.4 EAG), por no haber sido nunca estas instituciones objeto de su Derecho civil propio.

Así, resulta pertinente exponer el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de legislación civil. En este sentido, hemos de recordar que el artículo 149.1.8 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva con carácter general sobre

la legislación civil, si bien sometida al límite del respeto al ejercicio por las Comunidades Autónomas que ostenten dicha competencia, de la facultad de conservar, modificar y desarrollar el derecho civil foral o especial, allí donde exista. En segundo término, hay que tener en cuenta que los artículos 27.4 y 38 EAG atribuyen exclusivamente a esta Comunidad Autónoma competencia legislativa para la «conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego considerando, además, que ello incluye la determinación de las fuentes de su propio ordenamiento y que sólo a falta de derecho propio de Galicia, es de aplicación supletoria el Derecho del Estado. Se hace preciso, pues, determinar qué debe entenderse por «derecho civil foral o especial allí donde exista», para posteriormente concretar el alcance de las expresiones «conservar, modificar y desarrollar las instituciones del Derecho civil gallego».

4. Como se ha advertido, el argumento principal que sustenta el conflicto es la consideración de que la competencia controvertida corresponde en exclusiva al Estado, careciendo la Comunidad Autónoma de competencia para la aprobación de la norma, cuestión de la que discrepan los representantes de la Xunta de Galicia y del Parlamento gallego. Ello implica que nuestro pronunciamiento sólo sea posible a partir del encuadramiento competencial de las disposiciones que nos ocupan, del examen del título competencial que pueda tener incidencia en la materia regulada y del análisis de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en relación con el alcance de las respectivas competencias.

Entrando en el enjuiciamiento de la cuestión debatida, debe ponerse de manifiesto que las partes coinciden en el encuadramiento material de los preceptos impugnados: se insertan en el ámbito relativo a la adopción y a la autotutela, y su pertenencia a la materia civil no se discute. El ámbito material en el que deben incardinarse las normas cuestionadas es, por tanto, el relativo a derecho civil, por ser ésta la materia directamente afectada, tal y como queda, asimismo, confirmado por la remisión que se realiza al artículo 149.1.8 CE en el preámbulo de la Ley de Derecho civil de Galicia en la que se contienen.

Expuesto así el marco competencial, de los términos del debate procesal trabado entre las partes, podemos apreciar que su controversia versa en torno a la aplicación al caso concreto de la consolidada doctrina de este Tribunal sobre la competencia en materia de legislación civil. Para ello, hemos de partir de la STC 182/1992, de 16 de noviembre, en la que al enjuiciar la Ley del Parlamento de Galicia 2/1986, de prórroga del régimen de arrendamientos rústicos de esta Comunidad, declaramos que «[s]iendo cierto que la vigente compilación del Derecho Civil de Galicia no contiene regla alguna, directa y expresa, sobre el arrendamiento rústico, no lo es menos –como consideración de principio– que la competencia autonómica para la “conservación, modificación y desarrollo” del propio Derecho civil puede dar lugar, según ya dijimos en la reciente STC 121/1992 (fundamento jurídico 2), a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, eventualidad, esta última, que resulta aún más clara visto el enunciado del referido artículo 27.4 EAG, pues en la idea de “institución” jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias» (FJ 3). Asimismo, en la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, a la que ambas partes hacen referencia en sus alegaciones afirmamos que el artículo 149.1.8 CE, «tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre “legislación civil”, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o suprallegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su “conservación, modificación y desarrollo”. Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar –como después haremos– la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como

norma competencial de primer grado que deslinda aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél –vale reiterar– la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta (por así decir) segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno; y ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho».

En consonancia con lo anterior, hemos de subrayar que en la misma STC 88/1993, tuvimos oportunidad de perfilar los conceptos de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales a los que se refiere la norma constitucional citada. A este respecto afirmamos que el concepto constitucional de «conservación» permite «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) ... 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 artículo 149.1.8. CE» (FJ 2). Igualmente apuntamos que «modificación» puede implicar no sólo la alteración y reforma del Derecho preexistente, sino, incluso, de las reglas contenidas en el mismo. Por último, y por lo que atañe al «desarrollo del derecho civil propio» advertimos que «permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles 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» (FJ 3).

Este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la distribución de competencias en el ámbito de la legislación civil entre el Estado (art. 149.1.8 CE) y la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 27.4 EAG). Así, en la STC 182/1992, de 16 de noviembre, precitada, como ya se ha dicho, reconocimos la competencia autonómica para legislar en materia de arrendamiento rústico, a pesar de que la compilación del Derecho civil de Galicia no contenía regla expresa al efecto. Para ello, partimos de la doctrina sentada en la STC 121/1992, ya mencionada, sobre posible formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico y afirmamos la existencia en Galicia de un régimen arrendaticio consuetudinario, esencialmente, partiendo de la idea de «institución» presente en el artículo 27.4 EAG, en la que pueden integrarse las normas consuetudinarias y considerando «que la doctrina científica generalmente les atribuye [a estos arrendamientos] la cualidad de Derecho civil propio o especial y los considera institución dotada de identidad diferenciada, dadas las peculiaridades que ofrecen ...» (FJ 3). También en la STC 127/1999, de 1 de julio, consideramos los «montes vecinales en mano común» como una institución propia del Derecho civil de Galicia, dada su presencia en las distintas compilaciones del Derecho civil en Galicia y en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, que los define

como «tradicional forma de propiedad de tierras en común» sin perjuicio de remitir su regulación a una legislación específica.

Finalmente, en la STC 47/2004, de 25 de marzo, refiriéndonos a la regulación del recurso de casación en materia de Derecho civil especial gallego, a fin de determinar la existencia de un derecho sustantivo civil de Galicia que pudiera servir de base a esa normativa autonómica procesal, recordamos la modificación sustancial que supuso la citada Ley 4/1995, y destacamos cómo la misma, en su título preliminar, contiene la determinación de las fuentes del Derecho civil gallego, entre ellas la costumbre, que el Estado ha de respetar. También dijimos, para justificar algunas especialidades de la legislación procesal allí enjuiciada, que las instituciones reguladas en esta Ley «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 de carácter minifundista». Citamos en este sentido, *ad exemplum*, «los petrucios parroquiales o veciña, las comunidades en materia de aguas, el agra, agro o vilar, la servidumbre de paso, las serventías, el cómaro, ribazo o arró, el retracto de graciosa, los arrendamientos rústicos y aparcerías». También dijimos en esta Sentencia que «el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral constituye una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil».

5. Expuesto lo anterior, podemos adentrarnos ya en el concreto análisis de la controversia, recordando que lo discutido entre las partes resulta ser la adecuación de las normas impugnadas a la competencia que en materia de derecho civil atribuyen a la Comunidad Autónoma de Galicia sus normas estatutarias (arts. 27.4 y 38 EAG). Así, según el Gobierno de la Nación, la Ley de Derecho civil de Galicia, aunque modifica las normas de derecho civil que estaban recogidas con anterioridad en la compilación de Derecho civil de 1963 (Ley 147/1963, de 2 de diciembre) y en la Ley de derecho Civil de 1995 (Ley 4/1995, de 24 de mayo), sin embargo introduce por primera vez un régimen jurídico completo de las instituciones de la adopción y de la autotutela, lo que la convierte en inconstitucional, pues, extralimitándose claramente de su propia competencia legislativa, ordena *ex novo* figuras jurídicas del todo ajenas a su Derecho foral.

Por el contrario, el Parlamento gallego y la Xunta de Galicia defienden la constitucionalidad de los preceptos enjuiciados con base en su competencia para «desarrollar» el Derecho civil gallego, siendo la adopción de los menores una costumbre arraigada en su territorio foral, subrayando igualmente la estrecha conexión existente entre la institución de la autotutela y sus normas civiles sobre la protección de la persona y de su patrimonio.

Así centrados los términos del debate, para su resolución habremos de comenzar analizando las razones aducidas para justificar la existencia o no de la facultad de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar la institución de la adopción, dejando para más adelante la de la autotutela, pues, a juicio de este Tribunal, el análisis debe hacerse de manera independiente, toda vez que los argumentos utilizados por las partes son diversos.

Como ya se ha explicado, el artículo 149.1.8 CE permite entender que la garantía de foralidad se extiende no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a aquel momento. Conviene, además, destacar que el respeto constitucional proclamado en el artículo 149.1.8 CE alcanza también al sistema de fuentes normativas establecido en cada uno de los derechos forales, pues así se dispone expresamente en la norma constitucional citada («y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial»). En el caso de Galicia, la Ley de Derecho civil de Galicia modifica las normas de la Ley 4/1995 y de la compilación de 1963 (que fue adoptada e integrada en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma por Ley 7/1987, de 10 de noviembre, con «las únicas modificaciones exigidas por la falta de armonía constitucional y estatutaria de algunos de sus preceptos y de vigencia de otros [que] asienta el sencillo pero necesario cimiento para el preciso desarrollo del derecho civil

gallego»). De conformidad con el artículo 1 de la Ley 2/2006, la costumbre tiene carácter subsidiario en primer grado y, por consiguiente, puede legislarse en la materia a que aquélla se refiera. De este modo, mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, el derecho consuetudinario pasa a ser derecho legislado y altera su rango normativo en el propio sistema de fuentes, otorgándosele el carácter de primera norma aplicable.

Es innegable la consideración del Derecho consuetudinario como fuente del ordenamiento gallego que, al igual que sucede con el derecho común, opera en defecto de Ley aplicable (art. 1.1 del Código civil), siempre que no sea contraria a la moral y al orden público, y que resulte probada. Esta constatación origina que, ya desde ahora, debamos afirmar que el hecho de que la Comunidad Autónoma gallega haya asumido el desarrollo legislativo de sus instituciones civiles (arts. 27.4 y 38 EAG), permite que reglas de su ordenamiento que quedaron cristalizadas en normas consuetudinarias puedan llegar a convertirse en normas legales en virtud del ejercicio de tal competencia. Sin embargo, la cuestión planteada en el presente recurso no es la competencia de Galicia para convertir en leyes sus costumbres –que indudablemente la tiene–, sino si las instituciones jurídicas que pretende convertir en objeto de norma legal, es decir, en Derecho escrito legislado, pertenecen o no a su Derecho consuetudinario.

Aplicando, en consecuencia, al presente caso la doctrina sentada en las referidas sentencias, a las que debemos sumar otras más recientes como las SSTC 82/2016, 110/2016 y 192/2016 (todas ellas, sobre Derecho civil valenciano), 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 la 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. Como recordamos en la STC 192/2016 precitada (FJ 3): «La expresión “allí donde existan” referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa ex artículo 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (SSTC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3, y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4). Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente “al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución” (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o “a la entrada en vigor de la Constitución” (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior» a lo que el mismo fundamento jurídico 3 añade, reiterando las SSTC 121/1992 y 82/2016, que «dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada». Y después, el fundamento jurídico 4 de la misma Sentencia, nuevamente con referencia a las SSTC 121/1992 y 82/2016 reitera 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.

Recordemos en este sentido que la exigencia de acreditación de la existencia de la costumbre está prevista de manera general en todo el ordenamiento jurídico español, pero también en el Derecho civil gallego (art.1 de la Ley 2/2006 e, igualmente, en la anterior Ley 4/1995, de 24 de mayo, del Derecho civil de Galicia). Como, recientemente hemos recordado en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6: «cuando se invocan normas consuetudinarias, el ordenamiento jurídico exige la prueba de su existencia, salvo que sean notorias, precisamente para distinguirlas de los meros usos sociales o convencionales, del mero hábito, aparte del difícil acceso a su conocimiento por los aplicadores del derecho y por ello excluida tradicionalmente del deber judicial de conocimiento (*iura novit curia*)».

6. 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 particularidades en el territorio gallego.

En primer lugar, el Preámbulo de la Ley de Derecho civil de Galicia reconoce expresamente la novedad que significa para el Derecho civil gallego haber introducido la regulación de la adopción y de la autotutela. A este respecto, se limita a decir que: «la ponencia estimó oportuno acometer el desarrollo, en el derecho civil de Galicia, de algunas materias no reguladas en la Ley de 24 de mayo de 1995, como son las relativas a la protección de menores, la adopción y la autotutela, instituciones que se recogen en cuarenta y seis artículos en su vertiente civil, dejando fuera de su ámbito los aspectos administrativos y procesales». De hecho, la lectura del preámbulo legal en su conjunto revela que, el propósito del legislador gallego de 2006, no es formalizar las normas consuetudinarias sobre la adopción o la autotutela (a las que no se hace referencia alguna), sino mejorar algunos aspectos de la Ley 4/1995, dado el tiempo transcurrido, en relación con instituciones ya reguladas, entre las que se citan, especialmente, las instituciones vinculadas al derecho agrario (montes vecinales en mano común, agras, vilares, muíños herdeiros, serventías etc.) y, después, las instituciones relativas al régimen económico familiar, incluyendo el derecho sucesorio como el vitalicio. Sólo al final del preámbulo se alude, y únicamente con la frase ya transcrita, a la protección de menores, adopción y tutela. Ni siquiera insinúa el preámbulo que se trate de instituciones de derecho consuetudinario como sí se afirma, en cambio, respecto de las instituciones derivadas de relaciones de vecindad que, justo a continuación se mencionan, como la gavía y el resío. Lo anterior se ve además ratificado por la regulación sustantiva de la adopción recogida en los preceptos impugnados, que no hace tampoco alusión a ninguna institución consuetudinaria, ni a especialidad foral gallega de ningún tipo.

Parece confirmarse, pues, que, como afirma el Abogado del Estado, 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.

Conforme a la doctrina que ha quedado expuesta, correspondería, pues, 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. A este respecto, los Letrados autonómicos, como se ha indicado, apelan a instituciones tales como el prohijamiento de los expósitos, las casas de adopción, los afillamientos, la compañía familiar gallega, la aparcería agrícola, el petruicio y los muíós, destacando su incidencia sobre las relaciones familiares. El Letrado de la Xunta considera, especialmente a partir de la STC 88/1993, relativa a un precepto aragonés sobre equiparación de hijos adoptivos y naturales, que es suficiente constatar la existencia en el Derecho civil gallego de normas relativas a relaciones de familia, aunque sean posconstitucionales.

Planteado así el debate, si se analiza el contenido de las instituciones que históricamente conforman el Derecho propio gallego, se observa 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. Basta recordar que la «casa patrucial» o «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. La otra institución jurídica que

habitualmente ha venido destacando la doctrina y la jurisprudencia es la denominada «compañía familiar gallega», dirigida a conservar la constitución 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 o casal. Precisamente, su desenvolvimiento netamente consuetudinario impidió que los juristas gallegos alcanzasen conclusiones unánimes respecto a diversos aspectos de esta institución antes de ser regulada normativamente por la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 1963 e, incluso, también después de ella y de la posterior Ley de Derecho civil de Galicia de 1995. En definitiva, todas estas instituciones poseen un carácter marcadamente patrimonial, alejado, pues, de los fines y fundamento de la adopción.

En cuanto a la antigua normativa sobre las casas de acogida, ésta no acredita la existencia de costumbres relativas a la adopción sino la prestación asistencial de la Comunidad a situaciones de desamparo o vulnerabilidad que, desde el punto de vista competencial, se incardina más bien en la materia de asistencia social e incide en las funciones atribuidas a las entidades públicas mencionadas en la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor, como expresamente prevé su disposición final vigésima segunda al precisar que «las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización». La lógica que inspira la norma de atribución de estas competencias a las «entidades públicas» mencionadas en la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor, explica que numerosas Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio hayan regulado la tutela administrativa y promocionado la tutela ordinaria, por lo que esta regulación, por sí sola, resulta insuficiente para erigirse como institución conexa en los términos recogidos en las SSTC 88/1993 FJ 3 y 156/1993 FJ 1. Así viene a confirmarlo la propia Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia. Como ya se ha mencionado, esta ley, que derogó la Ley gallega 3/1997, de la familia, la infancia y la adolescencia, contiene algunas disposiciones en materia de acogimiento y protección de menores. Sin embargo, siendo ello así, la Ley 3/2011 se configura como una norma de derecho público, pues no se ampara en la competencia autonómica del apartado cuarto del artículo 27 EAG sino, como dice en su exposición de motivos, en los apartados 23 y 24 del artículo 27 EAG relativos, respectivamente a «asistencia social» y «promoción del desarrollo comunitario».

Por lo que se refiere al llamado prohijamiento (afillamento) o per filiación (*per filiatio*) los usos históricamente practicados en el territorio gallego en torno al mismo, conectados a las instituciones agrícolas y familiares precitadas, dirigidas nuevamente al mantenimiento y continuidad de las pequeñas explotaciones agrícolas, no revelan conexión con la institución de la adopción. Antes bien, apuntan a una solución convencional, más próxima a las relaciones de trabajo o sociedad que a la institución objeto de análisis.

Frente a lo que esgrime el Letrado de la Xunta, no basta para apreciar la existencia de un derecho civil foral susceptible de desarrollo en el sentido indicado, en relación con la concreta institución de la adopción que ahora nos ocupa, con el hallazgo de alguna norma o institución gallega que de alguna forma incida, siquiera remotamente, o incluso de forma tácita, en las relaciones familiares. La STC 88/1993, que a este respecto se invoca, no permite deducir tal conclusión refiriéndose, como hace (y así lo dice expresamente), a un precepto que «no pretende establecer, claro está, un régimen jurídico completo del instituto de la adopción», lo que lleva a dicha Sentencia a analizar la conexión con el derecho aragonés, exclusivamente, desde el punto de vista del *status familiae* del adoptado. De hecho, el fundamento jurídico 5 de la STC 88/1993 descarta expresamente pronunciarse sobre una futura normación autonómica aragonesa en materia de adopción y, finalmente, como se ha indicado (y, de hecho, se critica en los votos particulares de esta Sentencia), el fundamento jurídico 3 de la misma claramente refiere la competencia autonómica, ex artículo 149.1.8 CE, a la regulación por las Comunidades Autónomas de «instituciones conexas con las ya reguladas».

Por todo ello, a la luz de estas consideraciones y ante la ausencia de otros datos, no podemos sino 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.

Por estas razones, 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, ya que, reiteramos, cabe 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», pero ello no implica una apertura a un «crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», ni a «una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugna con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE», sino a un crecimiento de acuerdo con los «principios informadores peculiares del Derecho foral» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1). La consecuencia ha de ser la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 27 a 41 de la Ley 2/2006, sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre los efectos de esta declaración.

Una vez declarada la falta de competencia del legislador autonómico para legislar en materia de adopción, con la consiguiente estimación del recurso en este punto, es irrelevante que, como alega la parte recurrente, la normativa impugnada sea o no reproducción de la normativa estatal en la materia. Así, hemos precisado que «cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se crea cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo, tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto» (STC 341/2005, de 31 de diciembre, FJ 8; también puede verse, en el mismo sentido, la STC 135/2006, de 26 de abril).

7. Procede ahora dar respuesta a las alegaciones realizadas por el Abogado del Estado sobre la inconstitucionalidad de las normas referentes a la autotutela, contenidas en los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006. También en este caso se cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, por entender que, al igual que sucede con la figura de la adopción, no existen precedentes en el derecho civil gallego escrito, ni en el consuetudinario, sobre el régimen jurídico civil de la autotutela susceptibles de ser conservados, modificados o desarrollados en términos del artículo 149.1.8 CE, como tampoco puede encontrarse la necesaria conexión entre esta institución y otras instituciones propias y características del Derecho civil foral gallego.

Partiendo de los caracteres propios de la autotutela, nuevamente en este supuesto apreciamos su falta de conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia. A lo expuesto anteriormente sobre estas instituciones, ha de añadirse la consideración de que la figura de la autotutela se basa en el principio de autonomía de la voluntad, pues permite al individuo, en previsión de una eventual incapacidad, dejar designado libremente quién desea que ejerza el cargo de tutor de su propia persona. Se trata, en consecuencia, del ejercicio de uno de los derechos que presiden todo el ordenamiento jurídico –y desde luego el civil– cuál es el del libre desarrollo de la personalidad, pero que no se encuentra reflejado en ninguna especialidad del ordenamiento jurídico gallego. Aunque éste 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 contra de lo argumentado por el Letrado de la Xunta de Galicia, no cabe encontrar el fundamento de la autotutela en la situación de ausencia no declarada judicialmente, regulada ya en la derogada Ley 2/2006 de 1995, pues los supuestos de protección de la persona en ella contemplados son bien distintos. La primera de ellas, 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 libre desarrollo de la personalidad.

Para completar el análisis de esta cuestión, podemos todavía añadir que, al igual que señalábamos al examinar la adopción y la tutela administrativa, también la generalidad de Comunidades Autónomas, incluidas aquellas que carecen de competencia de derecho civil, han regulado los registros autonómicos de instrucciones previas, de acuerdo con lo previsto 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. Si bien la regulación de las declaraciones de voluntad anticipadas y del consentimiento por sustitución (como medidas de protección de los posibles discapacitados, recogidas en la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes) es quizá la que más relación puede tener con el instituto de la autotutela, no se aprecia vinculación alguna, y tampoco se esgrime que la tenga, ni con el derecho civil escrito de Galicia, ni con sus costumbres o principios tradicionales. 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.

En consecuencia, debemos también estimar la impugnación y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006, cuyas disposiciones entran en contradicción con lo establecido en el artículo 149.1.8 CE en materia de competencia legislativa en derecho civil.

8. Una vez declarados inconstitucionales los artículos 27 a 45 de la Ley 2/2006 por vulneración del artículo 149.1.8 CE, no es necesario entrar a enjuiciar las otras supuestas infracciones constitucionales alegadas por el Abogado del Estado.

Únicamente, resta por determinar el alcance temporal de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad de los artículos 27 a 41 de la Ley 2/2006 no afectará a las adopciones que sean firmes en la fecha de publicación de esta Sentencia, pues el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, aconseja limitar los efectos de esta resolución a aquellos procesos de adopción que se encuentren en curso (los cuales deberán adecuarse a los dictados de las normas civiles del Derecho común y a las procesales de carácter estatal) además, lógicamente, de a los que se inicien con posterioridad a dicha publicación.

La limitación temporal *pro futuro* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad también se producirá en relación con el título III de la Ley 2/2006 (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela. Este Tribunal entiende, siendo respetuoso con las libertades individuales, que la persona que, con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, haya otorgado en escritura pública cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor bajo la vigencia de los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006, no debe verse afectada por esta Sentencia (STC 82/2016, de 28 de abril).

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

Declarar inconstitucionales y nulos el título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, y el título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 8.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete. Juan José González Rivas.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Antonio Narváez Rodríguez.–Alfredo Montoya Melgar.–Ricardo Enríquez Sancho.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 2845-2007

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

1. La evolución del Derecho privado en España con arreglo a la realidad social.

En mi opinión 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 la evolución del Derecho privado en España.

En los votos particulares emitidos en las SSTC 82/2016, de 28 de abril, 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre, expuse mi opinión sobre la interpretación que debe dársele a la competencia legislativa en materia de Derecho civil establecida en el artículo 149.1.8 CE. A ellos me remito en primer lugar, reiterando que –aun sin aceptar con todas sus consecuencias la modificación de la jurisprudencia constitucional que allí propongo y manteniéndonos, por consiguiente, en la línea hasta entonces seguida por el Tribunal– el Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa.

A aquellas razones he de añadir ahora algunas otras e insistir en que la tarea interpretativa debe realizarse de forma evolutiva, como exige la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, y en que este criterio interpretativo tiene especial importancia en el ámbito del Derecho privado.

El Tribunal ha sido muy claro subrayando la importancia del criterio sociológico en materia civil:

«Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea ... de que la Constitución es un “árbol vivo” –en expresión de la Sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 ...– que, a través de una

interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución ..., nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa... Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9).

A mi juicio 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, declarando su inconstitucionalidad por la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar todo lo que exceda del derecho foral compilado en 1963 o aquellas normas consuetudinarias cuya vigencia a la entrada en vigor de la Constitución no resulte probada. Creo que esta postura se 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.

2. El impulso histórico de los sistemas de Derecho civil.

En apoyo de mi anterior afirmación no está de más recordar que en gran medida la convivencia durante más de un siglo de los distintos derechos civiles existentes en España se debe al reconocimiento de la competencia legislativa de cada territorio en los que aquellos rigen.

En efecto, para aprehender la cuestión civil foral en todo su significado es necesario entender que desde principios del siglo XIX ha existido acuerdo para impulsar la conservación y el desarrollo de las peculiaridades jurídico-civiles regionales.

Así, basta recordar que vigentes los artículos 12 y 13 del Código civil, en la redacción dada en 1889, y vigente asimismo el artículo 6 de la Ley de bases de 1888, los movimientos foralistas en los territorios con derecho civil propio fueron abundantes y que el punto de arranque para adoptar una solución acordada fue el Congreso de Derecho civil celebrado en Zaragoza en el año 1946. Como consecuencia de las conclusiones alcanzadas en aquella reunión, se promulgó el Decreto de 23 de mayo de 1947, en el que se proporcionaron los criterios para la organización de la coexistencia del Código civil y los denominados derechos forales, con el objetivo de evitar su desaparición definitiva y conseguir un código único. La finalidad del proceso codificador, como se advierte en el Decreto, debía ser «la elaboración de un Código general de Derecho civil, que recogiera las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y los peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social».

Quedémonos, por tanto, con la idea de que el sistema de compilaciones excluyó todo sacrificio o limitación de los derechos civiles forales. Antes al contrario, el Derecho foral debía resultar notablemente ampliado y para compilar no se debía tener necesariamente en cuenta la actual vigencia de las normas, pudiéndose restablecer instituciones no decaídas por el desuso. La labor de las compilaciones, que arranca en 1959, fue, por

consiguiente, no sólo la de recopilar las normas jurídicas antiguas, sino también y sobre todo la de su modernización y puesta al día.

Esta idea la encontramos de nuevo en el Decreto de 31 de mayo de 1974, que modifica el título preliminar del Código civil, en el que el legislador advierte ya en su Exposición de Motivos que el reconocimiento de los derechos forales no hace resentirse «la fortaleza de la integración histórica y política de España», al contrario, «alcanza su completa realización». Además, a diferencia de lo que ocurre con los regímenes fiscales forales que suelen considerarse verdaderos privilegios, rechaza expresamente la consideración de los derechos forales como formas privilegiadas y residuos personalistas de normas anacrónicas y los contempla como «el verdadero y actual reflejo jurídico de realidades perceptibles en nuestro modo de ser y existir colectivos».

A mi juicio, es evidente, pues, que la constante intención del legislador en materia civil ha sido el reconocimiento y la consolidación definitiva de la realidad foral.

3. Los sistemas de Derecho civil y la Constitución.

A mayor abundamiento, se advierte que a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, los derechos civiles especiales han experimentado un importante giro, como consecuencia del reconocimiento y garantía de la autonomía de las «nacionalidades y regiones que integran la Nación española» (art. 2 CE).

Con el fin de obtener el mayor amplio acuerdo posible, la materia civil, trasladada al artículo 149, quedó situada en el apartado 1, regla 8 que distinguió tres reglas: En primer lugar, una regla general, consistente en declarar que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado en todas aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de Derecho civil propio. Una segunda regla de salvaguarda, que declara que es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, su conservación, modificación y desarrollo. Por último, una regla de reserva final, que establece que tan siquiera las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio («en todo caso») pueden legislar sobre, 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, que son materias todas ellas de competencia exclusiva del Estado.

Por consiguiente, resulta claro que el alcance de la competencia legislativa en materia civil de las Comunidades autónomas viene determinada por tres elementos: el primero, es la existencia de un derecho civil «foral o especial» «allí donde exista» (es decir, vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución española, según la jurisprudencia hasta ahora sentada por el Tribunal Constitucional; pero también vigente históricamente si el estatuto de autonomía admite su actualización, según la propuesta que hice en los votos particulares citados y que fue rechazada sin especial argumentación por todos mis colegas); el segundo, impone que la materia sobre la que legisle el Parlamento autonómico no esté incluida entre las que cita la reserva final; y, el último, que la acción legislativa autonómica esté dirigida a la conservación, modificación o desarrollo de sus instituciones civiles.

4. La jurisprudencia del Tribunal sobre la evolución de los sistemas de Derecho civil.

Creo que la Sentencia de la que ahora disiento, 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.

En este sentido, debo recordar como hice en las deliberaciones, que precisamente la primera Sentencia de este Tribunal que se pronuncia sobre la interpretación del artículo 149.1.8 CE tenía por objeto una cuestión constitucional similar a la enjuiciada en esta Sentencia de la que discrepo, pues se centraba en determinar si la Comunidad Autónoma de Aragón tenía competencia civil para equiparar los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, teniendo en cuenta que la compilación del Derecho civil de Aragón,

de 1967, no contenía regla alguna sobre la adopción ni sobre el *status familiae* de los hijos adoptivos (STC 88/1993, de 12 de marzo).

En aquella primera resolución, el Tribunal, en primer lugar, dio contenido a la expresión «conservación, modificación y desarrollo» que constituye el núcleo de las competencias civiles de aquellas Comunidades Autónomas donde exista derecho civil foral o especial. Así, el significado de «desarrollo», interpretado como «garantía autonómica de la foralidad civil», lleva al Tribunal a decir que «la Constitución permite así que los Derechos civiles forales o especiales 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 solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos constitucionales». En segundo lugar, el Tribunal Constitucional afirma que el artículo 149.1.8 CE «enuncia una competencia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento», de lo que se desprende 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». Es decir, la competencia queda limitada no por las instituciones contenidas en cada una de las compilaciones vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución («allí donde existan»), sino por los principios informadores de cada Derecho foral. La conexión, pues, no debe buscarse en las instituciones, sino en el conjunto del ordenamiento.

Esta doctrina aparece confirmada en la STC 156/1993, de 6 de mayo, en la que además se señala que «las competencias autonómicas para “desarrollar” 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».

Por consiguiente, parece claro que ya desde sus inicios el Tribunal ha dibujado un sistema interpretativo en el que la conexión con las materias contenidas en las antiguas compilaciones debe ser considerada como orgánica, es decir, referida al conjunto del ordenamiento a comparar y no a una concreta institución civil.

5. El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la adopción.

La doctrina que acabo de exponer ha resultado, sin embargo, alterada en esta Sentencia relativa a las normas civiles gallegas sobre adopción y autotutela.

Para entenderlo conviene partir del hecho de que en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, a diferencia de lo que sucede con el Derecho civil valenciano, sobre el que el Tribunal se ha pronunciado –en contra de mi criterio– en las SSTC 82/2016, de 28 de abril, y 110/2016, de 15 de julio, en ningún momento ha sido discutida su legitimación para asumir competencias en materia de derecho civil propio sobre la base de su consideración como territorio foral con derecho compilado. Así, huelga recordar que el legislador gallego dentro de los límites constitucionales parte de la compilación de 1963 como vehículo de recuperación de su derecho histórico, para posteriormente extenderlo en sucesivas etapas legislativas a instituciones conexas con las ya reguladas. En este sentido, cabe afirmar que la posterior Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia continuó recogiendo la mayoría de las instituciones que ya estaban presentes en la compilación de 1963 como la *veciña*, los *muiños de heredeiros*, las *agras* y los *vilares*, el *cómaro*, *ribazo* o *arró* y la compañía familiar gallega, pero también reguló nuevas figuras que anteriormente no habían sido compiladas como la servidumbre de paso y las serventías, los arrendamientos rústicos o el contrato de vitalicio. Su título VII recoge las normas de Derecho de familia, regulando las donaciones por razón de matrimonio, consagrando el principio de libertad de capitulaciones matrimoniales y la supletoriedad de la sociedad de gananciales. A esta regulación se incorporará posteriormente la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, de la infancia y de la adolescencia, y la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar. Por último, en el título VIII se regula el derecho sucesorio

gallego, del que cabe destacar la regulación de los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, el usufructo universal del cónyuge viudo y diversas especialidades en el régimen de la partición hereditaria, como la partición hereditaria por mayoría. De este modo, puede decirse que ya la Ley 4/1995, supuso un considerable avance en el desarrollo del Derecho civil gallego respecto a la anterior compilación de 1963, pues afrontó todos los grandes bloques de la disciplina civil.

Sucesivamente, la Ley 2/2006, de 14 de junio, alguna de cuyas normas han sido ahora objeto de enjuiciamiento constitucional, implicó otra etapa más en el desarrollo de un cuerpo unitario de Derecho civil gallego, no solo debido al incremento importante en el número de artículos, sino por sistematizar y unificar la normativa anterior, ampliándola a otras materias, como la autotutela y la adopción, que es precisamente el motivo básico del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno contra esta Ley. De este modo el ordenamiento civil gallego cuenta en la actualidad con normas sobre Derecho de la persona en el que incorpora como novedad el régimen jurídico de la protección de menores que anteriormente se contenía la Ley 3/1997, y el título II de la adopción, a las que se ha añadido la institución de la autotutela. Igualmente, en el título VI dedicado a la regulación de los derechos reales se incorpora la regulación de los llamados «montes abertales» y otras formas de relación de vecindad como la *gabia*, el *resío* o la *venela*, estas últimas reconocidas como parte del derecho consuetudinario.

La opinión mayoritaria en que se funda la Sentencia entiende que estamos ante «una codificación *ex novo* de la adopción y corresponde a los representantes autonómicos alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución española y que al menos podamos entender conexas con la adopción a fin de apreciar un desarrollo del derecho civil foral o especial de Galicia», así como que no ha quedado acreditada la existencia o vigencia de costumbres relativas a la adopción y que las normas impugnadas no encuentran conexión con ninguna de las instituciones gallegas.

No comparto este argumento por varios motivos:

En primer lugar, porque 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 la voluntad del legislador gallego, claramente expresada en el preámbulo de la Ley de Derecho civil de Galicia es la de llevar a cabo una regulación lo más completa del Derecho civil gallego, desarrollando las instituciones y no limitarse a la conservación del existente.

En segundo término, porque incluso en el supuesto de que la voluntad legislativa hubiera sido la conservación del Derecho civil gallego, existen datos suficientes que revelan la existencia de usos o costumbres practicados en este territorio de una figura análoga a la adopción, concretamente, del *afillamento*, que aparece referida por la doctrina científica jurídica en los diversos comentarios sobre la historia del Derecho gallego, así como en la más antigua jurisprudencia. En efecto, los trabajos de campo realizados por etnógrafos gallegos han podido constatar cómo, dada la importancia de la casa en el régimen jurídico familiar y sucesorio de Galicia, el riesgo de no tener hijos podía llegar a determinar la desaparición de la misma. Por ello era común incorporar un niño a la vida ordinaria (lo más habitual era un sobrino, un pariente en otro grado o un menor perteneciente a una familia con lazos de amistad o vecindad), que era tratado y educado como si fuera un hijo, que se encargaba después del cuidado de los enfermos o ancianos de la casa y finalmente era instituido heredero. Esta relación, que es muy similar a la paterno-filial, en ocasiones no se formalizaba, por no tener acomodo en la normativa estatal sobre la adopción, aunque concluía con la adopción menos plena del menor.

También del examen de la antigua normativa sobre las casas de acogida, recogida en conocidos trabajos doctrinales, junto a la copiosa jurisprudencia gallega de distintos órdenes jurisdiccionales, a los datos históricos sobre la alta tasa de emigración y a las numerosas desapariciones en las tareas del mar que sufrió aquel territorio, se atestigua la práctica en la Comunidad Autónoma de Galicia del acogimiento de los menores que quedaban desamparados, práctica de similar naturaleza que la adopción. En efecto, el

llamado prohijamiento (*affilamento*) o per filiación (*perfilatio*), así como los usos dirigidos a la protección de estos menores, están íntimamente relacionados con dos instituciones básicas de su Derecho foral, como lo son la casa *petrucial* y la compañía familiar gallega. Ambas, aunque poseen un marcado carácter patrimonial tendente a la conservación del patrimonio familiar, no dejan de pertenecer al derecho de familia, pues no en vano, hunden en él sus raíces y regulan las relaciones entre sus componentes.

En último lugar, porque creo que analizando la finalidad perseguida por el legislador autonómico que es la de llevar a cabo una regulación completa del Derecho civil gallego mediante el desarrollo de las instituciones y principios presentes en el mismo, se comprende que tal competencia no debe vincularse rígidamente al contenido de la compilación. 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 esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral (STC 88/1993, FJ 3, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, FJ 1).

La Sentencia de la que discrepo ha analizado en su fundamento jurídico 6 el contenido de las instituciones que históricamente conforman el Derecho civil gallego y que aparecían ya recogidas en la compilación de 1963, admitiendo que «la casa (art. 51 y ss. LDCG) y la “compañía familiar gallega” (art. 157 y ss. LDCG), que vienen asimismo definidas y reguladas en la Ley 2/2006, han sido en todo momento consideradas dos pilares familiares, dirigidos al mantenimiento de la explotación agrícola y a su supervivencia, en donde confluyen elementos personales y patrimoniales. Basta recordar que la “casa *patrucial*” o “*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».

He de añadir, sin embargo, que en la casa están incluidos el patrimonio familiar (lugar acasado) y también las personas que conforman la familia y para que estos dos componentes permanezcan integrados en una única unidad, se han ido articulando a lo largo del tiempo los mecanismos que posibilitan su perdurabilidad. Así, por ejemplo, el principio de no dividir la casa y de que el *petrucio* tuviera un heredero, si no tenía descendiente natural, marcan la necesidad de los prohijamientos, que son comunes como estrategias sucesorias o familiares. En orden a «que no se pierda el apellido de la casa» o para «que no se deshaga la casa» deriva la necesidad de que matrimonios sin hijos traigan a un sobrino para que viva con ellos y herede la propiedad. No la reparten entre todos los sobrinos, porque el objetivo es que, bajo la autoridad de un descendiente, continúe la casa sin dividir, como algo único y separado de otras herencias.

El otro pilar sobre el que se asienta del Derecho civil gallego y que reconoce la Sentencia de la que discrepo «es la denominada “compañía familiar gallega”, dirigida también a conservar la constitución 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 o casal».

También añadido ahora que su composición familiar es muy flexible y tienen cabida familiares o parientes, pero también personas no vinculadas por lazos de sangre que comparten «mesa y mantel». La compañía familiar posibilita en gran medida la existencia de familias complejas con distintas estructuras familiares. Estas familias no solo serían importantes por los números que representan, sino también por lo que simboliza este tipo de agrupación familiar. Su estructura interna permite la convivencia de parientes que, de otro modo, se verían expulsados del entorno doméstico. Actúa, por lo tanto, como un mecanismo de acogida para determinados miembros de la familia y, a la vez, constituye una vía adecuada para lograr la fuerza de trabajo necesaria para la explotación agraria.

Según relata la doctrina científica, los efectos positivos de tal agrupación familiar consisten en que proporciona bienestar a la población ocupada en actividades agrarias, pues no se limita a facilitar su subsistencia, aliviando los problemas derivados de la peculiar situación económica y social de la región gallega, sino que también se cuida a sus miembros más desprotegidos, pues la compañía familiar asiste a las personas de edad avanzada, que se aseguran los cuidados necesarios durante la vejez, pero también a las mujeres con maridos emigrantes o viudas, a hijos sin padres o con padres ausentes que encuentran en el resto de la familia el amparo necesario en estas circunstancias.

Sobre la naturaleza y finalidad de la compañía familiar y de la casa es muy clara, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de marzo de 2000 cuando declara que «la Compañía familiar gallega, regulada ya en los artículos 47 y siguientes de la Compilación de Galicia de 1963, a los que las partes apelan dada la fecha de supuesto inicio de la misma, y más tarde normada en los artículos 100 y siguientes de Ley 4/1995, de 24-5, de Derecho Civil de Galicia, es una de las instituciones al servicio de la casa de mayor raigambre histórica en nuestro territorio, dado sus antiguos orígenes que la sentencia de este Tribunal núm. 2/1996 de 23 de enero, remonta a las civilizaciones celta o sueva, siendo reconocida jurídicamente con anterioridad a la Compilación por la propia Audiencia Territorial de A Coruña (S. de 22-6-1963). La naturaleza esencialmente agrícola de la economía gallega y las ancestrales penurias económicas del medio rural potenciaron esta institución donde la familia, en su más amplio concepto, convivía en el lugar acasado en unidad de explotación de las tierras y bienes propios de la misma con el elemento esencial de vivir “a mesa y mantel”, lo que garantizaba el apoyo mutuo, el reparto de tareas y ganancias en la explotación agrícola y, en última instancia, la supervivencia de la casa. Por ello, bien se puede decir que en esa comunidad confluyen elementos patrimoniales con otros, si cabe más trascendentes, de carácter eminentemente personal y humano, pues como decía la referida sentencia de esta Sala 2/1996, resulta claro que su finalidad es la de estrechar los lazos familiares, impedir la emigración, promover el ahorro y mejorar el cultivo de las tierras haciendo más próspera y floreciente la agricultura del país, sin que pueda ignorarse que constituye en el medio rural una realidad social incuestionable elevada a categoría jurídica al amparo de la costumbre, vigencia que no pudo ponerse en duda pese a las vacilaciones observadas en algunas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el siglo pasado, antes de que a Galicia le fuese reconocida su condición de región foral. En cuanto a su constitución debe señalarse que el substrato del nacimiento de la institución reside en la voluntad libremente expresada de los familiares labradores que deciden convivir y forma una verdadera comunidad familiar. El legislador gallego de 1995, dada la especial naturaleza y circunstancias de esta institución ha optado, separándose de la Compilación de 1963, por no exigir la forma escrita, sin perjuicio de su necesidad cuando cualquiera de los contratantes así lo solicite (art. 100.2 de la Ley 4/1995). Bien es cierto que ya el artículo 48 de la Compilación, precedente del 101 de la Ley, y como más adelante se desarrollará, presume constituida la compañía cuando un labrador “case para casa”, lo que viene a suponer una excepción a la constitución ordinaria mediante forma escrita que exigía la Compilación. Y es significativo que la ya repetida sentencia de esta Sala 2/1996, considere a esta forma tácita de constitución “la normal, sino casi la única”, señalando que en ese caso se establece una presunción de constitución “sin más demostración que el simple hecho del matrimonio especialmente condicionado”, mientras que en el caso del artículo 47 se exige la demostración de todos los requisitos que el mismo consigna».

Parece, pues, que en torno a la casa, a su funcionamiento y pervivencia se estructura la mayor parte del ordenamiento civil gallego y, por ello, creo que este Tribunal no puede hacer caso omiso a la vinculación existente entre la institución de la adopción, la casa, la compañía familiar y el *afillamento*. El legislador gallego al desarrollar su Derecho civil y regular la adopción no está creando una nueva institución, tampoco está conservando su propio derecho, sino desarrollando o actualizando una antigua realidad existente, para lo que posee indudablemente competencia, de conformidad con la constante jurisprudencia constitucional.

En definitiva, a mi juicio, la adopción, tal como está regulada en las normas impugnadas, cumple sobradamente el canon de su necesaria conexión orgánica con las instituciones recogidas en el Derecho civil propio de Galicia, como también la tenía en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón enjuiciado en la STC 88/1993, a la que ya he hecho referencia, sobra la que el Tribunal estima que «se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón ... Una relación de conexión “indiscutible” que encuentra justificada porque la Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos como “de las relaciones entre ascendientes y descendientes”; “de las relaciones parentales y tutelares” y la disciplina del “Derecho de sucesión por causa de muerte”, 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 (eso 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 a innovar parcialmente» (FJ 3).

Muy recientemente, en la STC 95/2017, de 6 de julio, el Tribunal ha vuelto a aplicar este criterio a las normas sobre propiedad temporal incluidas en el libro quinto del Código civil de Cataluña. La razón ha sido clara: «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 la 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» (FJ 4).

En el supuesto de Galicia ahora enjuiciado, creo que el Tribunal debiera haber aplicado el mismo criterio: los usos históricamente practicados en el territorio gallego sobre el *afillamiento* conectados a instituciones familiares tan arraigadas y posteriormente cristalizadas en normas legales como la casa y la compañía familiar, que acogen en su seno a personas de distintos orígenes, asumiendo las obligaciones inherentes a las relaciones familiares y conformando la más amplia gama de estructuras personales y familiares, el derecho de labrar y poseer, la *millora*, la comunidad a mesa y mantel o a las normas consuetudinarias sucesorias (dirigidas todas ellas a lograr la integridad y continuidad de la casa), revelan la conexión orgánica necesaria con su particular ordenamiento civil y la consiguiente competencia del legislador autonómico para regular este instituto que no le es claramente ajeno, en uso de su competencia legislativa para el desarrollo de su derecho propio.

6. El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la autotutela.

Por lo que atañe a la legitimidad del legislador autonómico para regular la autotutela pueden utilizarse los mismos argumentos que ya he esgrimido al abordar su competencia legislativa en materia de adopción, es decir, su conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia.

Sin embargo, debo dejar constancia de mi disconformidad con la argumentación dada por la opinión 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 indubitablemente 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. He de recordar, en tal sentido, que a través de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad se reformaron diversos artículos del Código civil y específicamente, en el artículo 223 como novedad en

nuestro ordenamiento jurídico y como forma de promover la autonomía de la voluntad, se introdujo la llamada autotutela. De esta manera nuestro legislador contempla la posibilidad de que la misma persona, cuando aún es plenamente capaz y toma conciencia de una posible futura incapacidad judicial, decida quién desea que vele por sus intereses, esto es, decida quién será su tutor o quién, en el futuro, puede tomar medidas sobre su persona o bienes, para el supuesto de que resulte incapacitado por sentencia judicial. En estas disposiciones otorgadas en documento público, la persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá nombrar tutor, establecer órganos de control o fiscalización de la tutela, y el modo de ejercitarla. La autotutela puede ser combinada y completada a través de otras figuras pues la norma civil dispone que podrá adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, lo que significa, por ejemplo, que podrá otorgar poder testatorio en los territorios forales donde se regulen modalidades de fiducia sucesoria, puede disponer también que, a pesar de su incapacitación judicial, sigan vigentes los poderes que hubiera otorgado con anterioridad, promover su propia incapacidad o fijar qué persona no desea que sea designada judicialmente como tutor.

Por otro lado, la mayoría en que se funda la Sentencia de la que discrepo reconoce expresamente que «la autotutela se basa en el principio de autonomía de la voluntad dado que permite al individuo, en previsión de una eventual incapacidad, dejar designado libremente quién desea que ejerza el cargo de tutor de su propia persona», pero afirma que tal principio «no se encuentra reflejado en ninguna especialidad del ordenamiento jurídico gallego». Así se dice que aunque el ordenamiento civil gallego «prevé un sistema sucesorio (arts. 209 a 213 LDCG), e incluso especiales disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador (arts. 203 y 204 LDCG), ninguno de ellos puede rectamente considerarse un instrumento de autoprotección de la persona, a los que la tutela venga a sumarse con un natural encaje como facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses».

Tampoco coincido con este argumento.

Basta la simple lectura de la Ley, 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introduce la autotutela en el Código civil, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 223, que ya recogía la designación de tutor por los padres respecto a los hijos menores o incapacitados, para cerciorarse de que la designación preventiva de tutor para uno mismo, es una declaración de voluntad que surtirá efecto exclusivamente cuando se proceda a la modificación de la capacidad y se constituya la tutela. Se trata, por consiguiente, de un supuesto más de modificación del estado civil de la persona, por la que esta otorga un documento de instrucciones previas en el que deja constancia cierta de su voluntad al objeto de que sea tenida en cuenta y se cumpla. Por consiguiente, 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.

Pero, a mayor abundamiento, comparto el argumento del Letrado de la Xunta de Galicia de que el fundamento de esta institución 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».

Recordemos que para las situaciones de ausencia legal, las normas civiles suelen distinguir los casos en los que el desaparecido haya otorgado previamente apoderamiento a favor de un tercero o no lo haya hecho. Así, si ya existe un representante voluntario en

el momento de la desaparición de la persona de su domicilio habitual, no debe nombrarse defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en negocios que no admitan demora, en cuyo caso, además, la situación de ausencia legal se declarará en un plazo más prolongado. La institución de la ausencia legal tiene claramente como base o fundamento la defensa de la persona y bienes del desaparecido. Parece, pues obvio, que tratando ambas instituciones, autotutela y situación de ausencia, de ofrecer mecanismos o instrumentos jurídicos de protección y defensa de la persona y de su patrimonio ante supuestos modificativos de la capacidad de obrar, la conexión entre ambas es notoria.

En consecuencia, a mi juicio, del Tribunal debía haber desestimado el recurso dirigido contra las normas relativas a la autotutela, cuyas disposiciones, a mi modo de ver, no entran en contradicción con lo establecido en el arts. 149.1.8 CE en materia de competencia legislativa en Derecho civil.

Este mismo criterio es el que se ha seguido en la reciente STC 95/2017, de 6 de julio concluyendo que «la propiedad temporal que regula la Ley 19/2015 no supone la conservación o modificación de una institución existente en el Derecho civil especial de Cataluña, pues ha quedado claro que es una figura jurídico real que no estaba regulada en él al promulgarse la Constitución. Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad. Por esta razón la regulación recurrida debe calificarse, conforme a nuestra doctrina, como un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial. Procede, en consecuencia, que afirmemos la constitucionalidad de la norma impugnada y desestimemos íntegramente la demanda» (FJ 11).

En el caso de Galicia el Tribunal debió afirmar, *mutatis mutandis*, que, si se admite que la adopción y la autotutela no suponen la conservación o modificación de instituciones presentes en el Derecho civil gallego al promulgarse la Constitución, constituyen una actualización a las necesidades presentes de protección de la familia y la persona preexistente en dicho ordenamiento y, por ello su regulación debe calificarse sin género alguno de dudas como un supuesto de desarrollo orgánico del Derecho civil gallego amparado en el artículo 149.1.8 CE.

7. Aspectos procesales y registrales.

Por el contrario, aunque en la Sentencia de la que ahora discrepo se omite cualquier análisis de las normas que regulan aspectos procesales de la adopción que también han sido impugnadas por el Gobierno de la Nación, entiendo que debe apreciarse que el legislador autonómico no ha incorporado en su ordenamiento jurídico civil particularidad relevante alguna en materia de adopción y autotutela que la diferencie especialmente de la recogida en el Código civil y la haga acreedora de una regulación especial en el ámbito procesal. Precisamente por esta misma razón en varias ocasiones el Tribunal ha rechazado como argumentos en favor de la constitucionalidad de normas procesales de origen autonómico el hecho de que, según sus valedores, presentaran «una indudable ventaja, frente a otros criterios» (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 15), o respondieran a «un puro y simple prurito de perfección técnico-jurídica, muy alejado de lo que debe constituir, en los términos competenciales que acota el art. 149.1.6 CE, una necesaria especialidad procesal que legitime constitucionalmente la intervención del legislador autonómico en este ámbito del ordenamiento procesal» (SSTC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 9, y 21/2012, de 16 de febrero FJ 9).

Finalmente respecto a la impugnación de aquellos preceptos que regulan la facultad de designación de tutor en escritura pública y su posible contenido, entiendo que, teniendo en consideración la finalidad que posee la reserva al Estado en materia notarial y registral, que no es otra que la de dotar de la necesaria seguridad jurídica y tratamiento uniforme a los instrumentos públicos, las normas establecidas por el legislador autonómico gallego para la ordenación de la autotutela pueden suponer una alteración respecto de las

establecidas por el legislador estatal y por ello, debe considerarse su compatibilidad con lo ordenado en el artículo 149.1.8 CE, ya que no se trata de una simple alusión a la legislación notarial o a la intervención del notario, sino que se está imponiendo un determinado tipo de documento público para la validez o eficacia de las disposiciones otorgadas por el sujeto en previsión de una eventual incapacidad.

8. Epílogo.

Pido disculpas si la extensión de este voto particular es inusualmente amplia, pero 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 (iniciada de forma aparentemente accidental, alegando la «peculiaridad» del caso de la Comunidad Valenciana, en aquellas que he citado a las que formulé voto particular), por lo que he creído mi deber contribuir con mis argumentaciones a la crítica de la jurisprudencia constitucional en esta materia en orden a que los esfuerzos doctrinales y normativos hagan posible la necesaria evolución y perfeccionamiento del Derecho civil en España.

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

Voto Particular que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2845-2007, al que se adhieren el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón

En ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, formulo Voto particular tanto a la fundamentación como al fallo de esta Sentencia.

En mi opinión, el recurso de inconstitucionalidad promovido frente a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia que regulan las instituciones de la adopción y la autotutela no debió ser estimado íntegramente, sino solo en parte, declarando inconstitucionales y nulos únicamente los preceptos impugnados que contienen normas procesales, por abordar una materia de la exclusiva competencia del Estado sin poder ampararse en la excepción de las especialidades procesales derivadas de las particularidades del derecho sustantivo autonómico que contempla el artículo 149.1.6 CE; motivo de impugnación, por cierto, que, aunque alegado por el recurrente, no se aborda en la Sentencia, pues todos los preceptos impugnados se declaran inconstitucionales y nulos por la misma infracción constitucional, por excederse de los límites que el artículo 149.1.8 CE fija a la competencia legislativa autonómica en derecho civil, con independencia de su naturaleza sustantiva o procesal.

Por tanto, según mi criterio, el recurso de inconstitucionalidad debió ser desestimado por lo que se refiere a las demás normas impugnadas, en cuanto que Galicia tiene competencia legislativa para su aprobación al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE. A continuación indico las razones de mi discrepancia, que expuse durante la deliberación.

1. Comparto el canon de constitucionalidad que resulta aplicable, que con apoyo en las SSTC 82/2016, 110/2016 y 192/2016 se define así en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia: «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 la 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».

2. Mi discrepancia se centra en la forma en que en los fundamentos jurídicos 6 y 7 se aplica dicho canon a las normas impugnadas. Son tres los aspectos de la fundamentación de la Sentencia que no comparto.

a) Disiento, en primer lugar, de la lectura que se realiza del preámbulo de la Ley impugnada. La Sentencia afirma que el propio preámbulo de la Ley impugnada «reconoce expresamente la novedad que significa para el Derecho civil gallego haber introducido la regulación de la adopción y de la autotutela» y, por ello, concluye después que se trata de una «codificación *ex novo* de la adopción». A mi juicio, se trata de una lectura asistemática del preámbulo de la Ley 2/2006.

Tras finalizar el apartado I del preámbulo de la Ley 2/2006 con una amplia referencia a la STC 182/1992, de la que expresamente se extrae la idea de que la competencia gallega para la conservación, modificación y desarrollo del propio derecho civil se extiende a la recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, el apartado II del preámbulo comienza declarando taxativamente que «[l]a presente Ley de derecho civil de Galicia intenta, pues, desarrollar en todos sus aspectos, aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuvieran vivas en el derecho propio de Galicia. Seguramente existen instituciones que la Ley no regula y que tienen méritos propios para ser incorporadas al derecho escrito de Galicia». Es claro, por tanto, que el legislador concibe que la aprobación de la Ley entronca directamente con el criterio deferente hacia la recepción legislativa del derecho consuetudinario acogido en la STC 182/1992 y que considera que todo el contenido de la Ley se fundamenta por igual en las «instituciones jurídico-privadas vivas en el derecho propio de Galicia», sin perjuicio de que unas instituciones hubieran estado previamente recogidas ya en la compilación del Derecho civil de Galicia de 1963 (las del derecho agrario) o en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (las del régimen económico) y otras se incorporasen al derecho escrito por primera vez mediante la Ley impugnada (entre las que se encuentran la adopción y la autotutela): en suma, todas por igual se consideran derecho propio y vivo de Galicia.

Por tanto, es errónea la conclusión que extrae la Sentencia de que el propio legislador gallego consideraba que estaba innovando el Derecho civil propio: lo que textualmente afirma el legislador gallego en el preámbulo de la Ley 2/2006 es que «intenta ... desarrollar en todos sus aspectos aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuvieran vivas en el derecho propio de Galicia».

b) En segundo lugar, discrepo del tratamiento del requisito de la acreditación del derecho consuetudinario que realiza la Sentencia, y ello por dos órdenes de razones.

Por un lado, desde una perspectiva general, considero 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: dicha equiparación aparece explícita al precisar el canon de constitucionalidad al final del fundamento jurídico 5 y se muestra latente en la aplicación del canon en el fundamento jurídico siguiente. 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 la competencia legislativa autonómica con el derecho consuetudinario de la Comunidad Autónoma, en el otro de probar *la existencia y el 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.

Una vez que este Tribunal ha aceptado que la competencia autonómica para la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio (SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 2, y 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3) y que, precisamente, «el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral [de Galicia] constituye una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil» (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13), 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 149.1.8 CE, esa presunción solo podría desvirtuarse cuando se apreciara 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 institución de la autotutela, y esas iniciativas legislativas fueron aprobadas, como ocurrió en el presente caso, en el Parlamento de Galicia por unanimidad.

Por otro lado, discrepo del tratamiento que realiza la Sentencia del concreto material probatorio alegado por los representantes de la Comunidad Autónoma en sus escritos de alegaciones. Ese tratamiento, siempre según mi criterio, resulta inadecuado por fragmentario e incompleto. No sorprende que, por esa vía, se alcance la conclusión de 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 CE».

En mi opinión, la competencia para aprobar la regulación de la adopción que se contiene en la Ley impugnada se fundamenta de manera suficiente en dos tipos, al mismo tiempo, de instituciones consuetudinarias gallegas. De una parte, representa el desarrollo de costumbres existentes en materia de adopción, en conexión con los usos seguidos con relación a las inclusas y las casas-cuna. Y, de otra, constituye una institución conexas, en los términos de la doctrina constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil especial o foral (por todas, STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 6), con el prohijamiento (*afillamento*) y la per filiación (*perfilatio*) y, sobre todo, de la casa y la compañía familiar, institutos todos ellos ya disciplinados en normas integrantes del ordenamiento civil gallego. En efecto, el prohijamiento no es más que una modalidad de adopción. E instituciones familiares tan arraigadas como la casa y la compañía familiar implican el acogimiento en su seno de personas de distintos orígenes, asumiendo las obligaciones inherentes a las relaciones familiares y conformando la más amplia gama de estructuras personales y familiares, y que, junto al derecho de labrar y poseer, la *millora*, la comunidad a mesa y mantel y las normas consuetudinarias sucesorias, están todas ellas dirigidas a lograr la integridad y continuidad de la casa.

La circunstancia de que la regulación de la adopción plasmada en la Ley impugnada no refleje las especialidades propias de esas instituciones en el Derecho consuetudinario gallego, sino que siga de cerca a los artículos del Código civil, no afecta a la validez de dicha regulación desde la perspectiva jurídico-competencial, pues lo que exige el artículo 149.1.8 CE de acuerdo con la doctrina constitucional es una conexión, no una congruencia plena con las peculiaridades históricas. Por consiguiente, la regulación de la adopción contenida en la Ley 2/2006 revela la necesaria conexión orgánica con el ordenamiento civil gallego, por lo que al legislador autonómico le correspondía la competencia para regularla, en el marco del desarrollo de su derecho propio.

La Sentencia solo explora la segunda posible fundamentación de las normas impugnadas. Ciertamente, no niega la existencia de diversas normas consuetudinarias (como no podía ser de otra manera, reconoce expresamente que la casa y la compañía familiar son «los dos pilares básicos» del Derecho propio gallego). Lo que niega es que presenten conexión suficiente con la institución de la adopción: así, afirma que la casa y la

compañía familiar «poseen un carácter marcadamente patrimonial, alejado, pues de los fines y fundamento de la adopción», y que el prohijamiento y la per filiación están «dirigidas al mantenimiento y continuidad de las pequeñas explotaciones agrícolas, no revelan conexión con la institución de la adopción» y, antes bien, «apuntan a una solución convencional, más próxima a las relaciones de trabajo o sociedad que a la institución objeto de análisis». 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 cambio, la Sentencia no considera la primera posible fundamentación de las normas impugnadas, la existencia de usos consuetudinarios en materia de adopción. No es este el lugar para enumerar y valorar los elementos alegados por los representantes autonómicos, pues tampoco creo que la función de este Tribunal sea la de actuar como una especie de academia de historia del Derecho, que decide vinculantemente sobre la entidad y el significado de las normas consuetudinarias de los territorios con Derecho civil o foral especial. Me limitaré a reproducir un texto, aportado por el letrado del Parlamento de Galicia, que no atiende ni menciona la Sentencia y que me parece significativo, pues proporciona un testimonio de usos consuetudinarios gallegos en el ámbito de la adopción por alguien que estaba familiarizados con ellos. Quien fuera secretario de Sala de la Audiencia Territorial de La Coruña y posteriormente secretario del Tribunal Supremo, Alfredo García Ramos, escribió lo siguiente en su obra «Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega» (Madrid, 1912; reproducción facsímil del Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostela, 1989, págs. 26 a 28): «los labradores que carecen de descendencia y los que están en situación apurada, los unos por procurarse una familia artificial y los otros buscando un medio de vida, acuden a las Inclusas y Casas-cunas solicitando expósitos para criarlos en su domicilio ... los cuidan, según sus medios, atienden y consideran a los que por el afán de procurarse un sucesor o de obtener un medio de vida tienen bajo su protección prefiriéndolos, y no es exageración, a sus propios hijos Algunas veces –y este es el hecho que importa a mi objeto las mismas personas que criaron o cuidaron a los expósitos, encariñadas con ellos, concluyen por adoptarlos, claro es que sin las formalidades que exige la Ley civil, porque las circunstancias de tener descendencia legítima, la edad u otra de las limitativas de la capacidad adoptiva lo impiden; sin embargo, cuando el expósito tiene siete años cumplidos, si los que solicitan su acogimiento reúnen condiciones de moralidad a satisfacción de la Junta administrativa del Hospicio y con los requisitos del art. 22 del reglamento del 14 de Mayo de 1852 para la ejecución de la Ley de Beneficencia, se les entregan. Informes que he solicitado, y que debo a los señores secretarios de las Diputaciones citadas, me permiten afirmar que la mayoría de las familias que criaron expósitos acostumbran a quedarse con ellos, acogéndolos».

Lo mismo cabe concluir con respecto a la regulación de la autotutela, pues el fundamento de esta institución coincide con el de la situación de ausencia no declarada judicialmente, regulada ya en la derogada Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, ya que tiende a ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela por sí mismos, 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 podría no estar en condiciones de gobernarse por sí misma. Se trata –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». Frente a ello, la Sentencia de la que discrepo niega la conexión de la regulación de la autotutela con la situación de ausencia no

declarada judicialmente, con argumentos singulares, afirmando apodícticamente, por un lado, que en esta última institución no estaría en juego el principio de la autonomía de la voluntad ni el libre desarrollo de la personalidad y, por otro, que su relación más directa se produce con instituciones administrativas que también poseen las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil (registros de instrucciones previas, declaraciones de voluntad anticipada y consentimiento por sustitución) o, incluso, con la asistencia social. De nuevo se trata de un entendimiento reduccionista de la conexión con instituciones arraigadas, pues la naturaleza, rectamente entendida, de la autotutela reside en la finalidad tuitiva de la persona y de su patrimonio, que son dos de los ejes del Derecho civil gallego. Y 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 solo 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 su 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.

c) Finalmente, considero que la Sentencia se ha desviado de nuestros precedentes en la materia.

Teniendo en cuenta la doctrina establecida sobre el alcance de las competencias autonómicas en la reciente 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 (Sentencia que, por cierto, no se menciona en parte alguna de la Sentencia objeto de mi disenso), por simple coherencia este Tribunal debía haber reconocido igualmente a Galicia la competencia para regular las instituciones de la adopción y la autotutela. En efecto, baste recordar que en la STC 95/2017 se reconoció la competencia de Cataluña para regular las figuras jurídicas de la propiedad temporal y la propiedad compartida por su conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria, conexión que en absoluto es más fuerte que la que presentan las instituciones de la adopción y la autotutela con determinadas figuras tradicionales del derecho gallego, a las que ya me he referido.

Más aún, el Tribunal Constitucional admitió en 1993 la constitucionalidad de una norma aragonesa sobre la adopción, que no conservaba ni modificaba un derecho consuetudinario preexistente, sobre la base de la existencia de «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». Conexión o incardinación que entonces se concibió de forma muy laxa: «para demostrarlo 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. 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 esta, 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» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3). Debe subrayarse que, con los elementos citados, este Tribunal apreció una «indiscutible conexión».

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.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a dieciseis de noviembre de dos mil diecisiete.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Fernando Valdés Dal-Ré.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.