

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE BALEARES

IX

PALMA DE MALLORCA, 2007

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears



Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca
Depósito Legal: P.M. 981 - 1989

SUMARIO

- «El sistema de fonts del dret Civil Balear (1990-2006).
Estudi amb motiu del projecte de reforma del
títol preliminar de la Compilació Balear».
Trabajo premiado en la convocatoria del
IV Premio Luis Pascual González
Sra. DÑA. FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT pág. 5
- «El control jurisdiccional de los reglamentos y
la cuestión de ilegalidad».
Discurso de Ingreso a la Academia,
pronunciado el 27 de Marzo de 2007, por el
Ilmo. Sr. D. PEDRO ANTONIO AGUILÓ MONJO pág. 57
- Contestación a cargo del
Ilmo. Sr. D. TOMÁS MIR DE LA FUENTE pág. 117
- «Desheredación de descendientes por
denegación de alimentos».
Discurso Acto de Apertura del Curso Académico 2007-2008
pronunciado el 6 de Noviembre de 2007, por el
Excmo. Sr. D. RAIMUNDO CLAR GARAU pág. 137
- «El futuro del Estado Autonómico»
Conferencia impartida el 20 de Noviembre de 2007, por el
Sr. D. LUIS LÓPEZ GUERRA, pág. 157
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid, Magistrado y
Vicepresidente Emérito del tribunal Constitucional
- «Breves notas sobre el delito de maltrato a
animales domésticos».
Sr. D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS pág. 171

EL SISTEMA DE FONTS DEL DRET CIVIL BALEAR (1990-2006).

ESTUDI AMB MOTIU DEL PROJECTE DE REFORMA DEL TÍTOL PRELIMINAR DE LA COMPILACIÓ BALEAR

Francesca Llodrà Grimalt

Professora titular de Dret civil

Universitat de les Illes Balears

I N D E X

I. OBSERVACIÓ PRÈVIA

II. PLANTEJAMENT DEL TEMA

III. INTRODUCCIÓ: FUNCIÓ DEL TÍTOL PRELIMINAR

IV. LES FONTS DEL DRET CIVIL BALEAR

1) LA LLEI COM A PRIMERA FONT DEL DRET CIVIL

A) La Compilació

B) Les lleis civils emanades del Parlament autonòmic

(a) El qualificatiu de “civil”

(b) Referents legislatius comparats

(c) L'efectiva existència de matèria civil en lleis no civils

2) EL COSTUM COM A SEGONA FONT DEL DRET CIVIL BALEAR

A) Els antics costums

B) El costum com a font del dret

3) ELS PRINCIPIS GENERALS DEL DRET CIVIL BALEAR

V. L'APLICACIÓ DEL DRET CIVIL PROPI

1) REGLES GENERALS SOBRE APLICACIÓ, INTERPRETACIÓ I INTEGRACIÓ DEL DRET CIVIL BALEAR (ART. 2.1 DEL PROJECTE DE REFORMA)

A) Aplicació interpretant i integrant “d’acord amb els principis generals que l’informen”

B) Aplicació “prenent en consideració la tradició jurídica balear”

2) APLICACIÓ PREFERENT DEL DRET CIVIL PROPI I DRET SUPLETORI (ART. 2.2 DEL PROJECTE DE REFORMA)

3) FONTS COMPLEMENTÀRIES: LA JURISPRUDÈNCIA (ART. 2.3 DEL PROJECTE DE REFORMA)

4) COMPILACIÓ COM A DRET COMÚ (ART. 2.4 DEL PROJECTE DE REFORMA)

A) L’estructura de la Compilació

B) Dret civil propi general – Dret comú

5) REDACCIÓ ALTERNATIVA COM A PROPOSTA DE LEGE FERENDA

VI. REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES: LA DOCTRINA

I. OBSERVACIÓ PRÈVIA

Aquest estudi que presentem al IV Premi Luís Pascual González està tancat en data de juny de 2006, per la qual cosa les referències al Projecte de Reforma de la Compilació de 1990 es fan al text en la versió originària, sense conèixer les eventualitats que el mateix va patir al llarg de la tramitació parlamentària¹. Tanmateix l'estudi que presentem potser igualment vàlid, ja que, el Projecte de Llei de Reforma, com a tal, és ja, des d'ara i per sempre, un document de referència ineludible per a l'estudi del Dret civil propi i un element que passarà a formar part dels antecedents legislatius, per servir, si escau, a la interpretació jurídica, tal com postula l'art. 3,1 del Codi civil espanyol.

II. PLANTEJAMENT DEL TEMA

Al Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears (núm. 132), de 12 de maig de 2006, s'ha publicat el Projecte de Llei de Reforma de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears destinat a reformar els dos articles que componen el Títol Preliminar de la Compilació de Dret civil de les Illes Balears de 1990 (CDCIB). En aquest treball, presentem l'anàlisi² d'un d'aquests articles, l'art. 1 de l'actual Compilació, comparant-lo amb la reforma proposada, en la qual el contingut de l'actual art. 1 CDCIB passa a situar-se en dos articles, l'1 i el 2.

“El Dret Civil de les Illes Balears regirà amb preferència al Codi civil i d'altres lleis estatals, d'acord amb l'establert a la Constitució i a l'Estatut d'Autonomia, sense perjudici de les normes de caràcter civil que, segons la mateixa Constitució, hi siguin d'aplicació directa i general.

1.- Finalment, el Projecte en qüestió va decaure en acabar-se la Legislatura sense aconseguir ser aprovat.

2.- L'estudi es basa en el Projecte de Reforma de maig de 2006 per a observar quines reformes, en matèria de fonts, proposa el legislador 15 anys després de la Compilació de 1990. No es tracta doncs d'un treball sobre les vicissituds de la tramitació parlamentària del Projecte de Llei.

El Dret Civil de Balears s'interpretarà i integrarà prenent en consideració els principis generals que l'informen, així com les lleis i els costums, la jurisprudència i la doctrina que encarnen la tradició jurídica de les illes.

Per manca de llei i costum del Dret balear, s'aplicarà supletòriament el Codi civil i d'altres lleis estatals, sempre que les normes d'aquestes no s'oposin als principis del seu Ordenament jurídic”.

Mentre que, les qüestions regulades en el precepte que hem transcrit quedaran en dos articles del Projecte de Reforma del Títol Preliminar de la Compilació de Dret civil de les Illes Balears (seguint la versió inicial, com ja hem justificat):

Article 1: Les fonts del dret civil de les Illes Balears

“Les fonts del dret civil propi de les Illes Balears són, per aquest ordre: aquesta compilació i les lleis civils emanades del Parlament autonòmic, el costum i els principis generals que l'informen”.

Article 2: L'aplicació del dret civil de les Illes Balears

“1. El dret civil propi s'aplicarà interpretant i integrant les seves disposicions d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica balear continguda a les antigues lleis i els costums, la doctrina dels doctors i les decisions de la Reial Audiència.

2. Les disposicions del dret civil balear són les normes d'aplicació preferent. Si no n'hi ha, s'aplicarà, com a dret supletori, el Codi civil, sempre que no sigui contrari als principis generals que informen el dret propi o el buit normatiu sigui volgut pel legislador autonòmic.

3. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i, si n'és el cas, del Tribunal Suprem, complementarà l'ordenament civil balear.

4. Les disposicions d'aquesta compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis”.

Podem observar que del que tracten aquests preceptes és de les fonts del Dret civil balear i del sistema d'aplicació i interpretació d'aquest. Com a primera aproximació, podem dir que, respecte de l'art. 1 CDCIB actualment vigent, la regulació que fixen aquests dos articles proposats pel Projecte de Reforma no suposa canvis substancials o grans novetats; sinó que pretenen aclarir conceptes i millorar la redacció.

Això és el que ens diu l'Exposició de Motius d'aquest Projecte de

Reforma al paràgraf 4t:

“A més s’ha pretès no només determinar el sistema de fonts d’aplicació del dret civil propi de les Illes Balears que, fins i tot amb l’expressa regulació constitucional (149.1.8, *in fine*) i estatutària (article 50.2), no s’enuncia a la Compilació de forma indubtable i ordenada jeràrquicament, sinó també regular l’aplicació preferent de l’ordenament civil balear, conseqüència de la concurrència amb el dret civil estatal i la seva aplicació supletòria”.

I paràgraf 5è:

“La nova redacció de l’article 1 organitza jeràrquicament el sistema de fonts del dret civil de les Illes Balears i modifica el confús paràgraf tercer del fins ara vigent article 1 de la Compilació”.

Això és el que en aquest treball que presentem volem estudiar, seguint l’estructura que ve a continuació.

III. INTRODUCCIÓ: FUNCIO DEL TÍTOL PRELIMINAR

El Títol Preliminar de la CDCIB (i també així ho reflexa l’EM del Projecte de Reforma) es presenta com equivalent a l’existència del Títol Preliminar del Codi civil, el qual, des d’un punt de vista històric, s’explica perquè el Dret civil havia estat considerat com el Dret comú, és a dir, com un sector de l’ordenament jurídic que conté normes, regles i principis aplicables a tot ell; i, fins i tot, abans de la Constitució espanyola (CE) de 1978, es presentava com un conjunt de regles amb un valor quasiconstitucional³. Amb aquest sentit es vol presentar també el Títol Preliminar de la Compilació, el qual, tanmateix, ha de tenir en compte algunes limitacions:

1) La Constitució espanyola de 1978 està per damunt d’aquestes regles presentades a manera de Dret comú, per quant la CE és un conjunt normatiu amb pretensió d’eficàcia normativa immediata i un límit per a l’exercici del poder legislatiu.

2) Així mateix, tractant-se de Dret civil propi, hi ha regles típiques del Títol Preliminar del Codi civil que, en virtut de la reserva de l’art. 149.1.8^a CE, són competència exclusiva de l’Estat i, per tant, aplicables a tot l’Estat espanyol. Així ho diu la CE amb l’expressió “regles relatives a l’aplicació i eficàcia de les normes jurídiques” (arts. 3 a 7 Codi civil espanyol) i “normes

3.- Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho civil*. Vol. I, Tecnos, 1992, pàg. 93.

per resoldre els conflictes de lleis” (arts. 8 a 16 del Codi civil espanyol)⁴.

3) Essent així, el Títol Preliminar de la Compilació podrà fer referència a la “determinació de les fonts del Dret foral o especial”, com diu el mencionat art. 149.8.1 CE i recull l’art. 50.2 de l’Estatut d’Autonomia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears⁵ (EAIB):

“2. En la determinació de les fonts del Dret Civil de les Illes Balears es respectaran les normes que s’hi estableixen”.

En relació amb altres qüestions, el Títol Preliminar només pot pretendre recollir una sèrie de regles i criteris a tenir en compte per part dels intèrprets i els operadors jurídics en l’aplicació de les normes, però sense cap pretensió “quasiconstitucional”.

IV. LES FONTS DEL DRET CIVIL BALEAR

Actualment, l’art. 1 CDCIB no dóna un llistat de fonts del Dret civil balear, sinó que aquest es dedueix del 3r paràgraf de dit article, el qual parla de llei, costum i principis generals. Per això, evidentment, la declaració que proposa l’art. 1 del Projecte de Reforma serà aclaridora. Diu l’art. 1 del Projecte de Reforma que les fonts del Dret civil propi són:

1) La llei, plasmada en la Compilació i les lleis civils emanades del Parlament autònic.

2) El costum.

3) Els principis generals que informen el Dret civil propi.

Aquest precepte es justifica al paràgraf 5è de l’EM del Projecte de Reforma, assenyalant que:

“La nova redacció de l’article 1 organitza jeràrquicament el sistema de fonts del dret civil de les Illes Balears i modifica el confús paràgraf tercer del fins ara vigent article 1 de la Compilació”.

I també en el paràgraf 6è de l’EM dient que:

4.- Cfr.: Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, tom II, 1992, pàgs. 133-137.

5.- Les referències a l’Estatut d’Autonomia de les Illes Balears s’entenen fetes a la LO 2/1983, de 25 de febrer. Per tant, en el moment de la publicació d’aquest treball, les referències a l’Estatut d’Autonomia de les IB s’haurien de fer a la Llei orgànica 1/2007, d’1 de març, per la qual s’aprova l’Estatut d’Autonomia de les Illes Balears (BOIB n.º 32 de 1-03-2007). Especialment, als articles 30.27 i 87 EAIB.

“l’article 1, en organitzar el propi sistema de fonts, ofereix també els elements que integren el concepte de dret civil propi de les Illes Balears, conformat per les lleis civils autonòmiques, el costum i els principis generals informadors d’aquest ordenament civil”.

Així mateix, recorda l’Exposició de Motius que l’establiment del sistema de fonts es fa en exercici de la competència legislativa atribuïda per l’article 149.1.8è de la Constitució espanyola de conservar, modificar i desenvolupar el dret civil propi i els seu sistema de fonts, assumida en el marc estatutari en els articles 10.23 i 50.2 EAIB.

Dit això, cal que entrem a l’anàlisi concreta de cada una d’aquestes fonts, sabent que l’expressió “fonts del Dret”, tant designa aquells qui poden ser autors de les normes, com el mitjà d’expressió d’aquestes.

1) LA LLEI COM A PRIMERA FONT DEL DRET CIVIL

No suposa cap novetat assenyalar que la llei és la primera font de creació de Dret civil, al contrari, és ben coneguda la prelació de fonts en matèria civil, la qual també es reflexa en el Títol Preliminar del Codi civil espanyol de 1889, en la declaració de l’art. 1.1 en relació amb les fonts de l’ordenament jurídic espanyol, encara que referit només a l’ordenament jurídic espanyol denominat civil.

Tampoc no és nou, però escau recordar-ho, que la llei, com a primera font del Dret civil, s’entén en sentit material i no formal, de manera que “llei” es refereix a una norma jurídica emanada dels poders, òrgans o autoritats legitimades (poder legislatiu o executiu –malgrat en Dret civil sigui poc freqüent la utilització d’aquestes normes, com poden ser els decrets–), sotmeses entre elles al principi de jerarquia normativa. Per tant, l’expressió llei com a font del Dret civil fa referència a una norma jurídica que compleix, en primer lloc, uns requisits de legitimitat interna, perquè observa la Constitució o altres lleis (per exemple, l’Estatut d’Autonomia), per quant aquestes concedeixen potestat normativa al poder, òrgan o autoritat que l’emet, i el seu contingut respecta els principis establerts en normes de caràcter superior; i, en segon lloc, uns requisits externs, pel fet que per la seva elaboració s’han de seguir els tràmits o procediments adients.

Essent així, la llei com a font del Dret civil balear ha d’observar els principis constitucionals i les regles fixades per l’Estatut d’Autonomia de les Illes Balears; i per la seva elaboració s’han de seguir els tràmits o procediments assenyalats a l’efecte. De manera que, es pot legislar en matèria de Dret civil balear en exercici de la competència legislativa atribuïda per l’article 149.1.8è CE, de conservar, modificar i desenvolupar el dret civil propi i els seu sistema de fonts, assumida en el marc estatutari

en els articles 10.23 i 50 EAIB.

Per una part, l'art. 10.23 EAIB atorga competència a la CAIB en: “Conservació, modificació i desenvolupament del dret civil de la Comunitat Autònoma”. I, per altra part, l'art. 50 EAIB diu:

- “1. En matèries de competència exclusiva de la Comunitat Autònoma, el dret propi de les Illes Balears és aplicable dins el seu territori preferentment a qualsevol altre, segons els termes prevists en aquest Estatut.
2. En la determinació de les fonts del Dret Civil de les Illes Balears es respectaran les normes que s'hi estableixen.
3. En tot allò que no sigui regulat pel dret propi de les Illes Balears serà d'aplicació supletòria el dret de l'Estat”.

És important també tenir en compte com queda la redacció d'ambdós articles en l'aprovada Proposta de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears (BOPIB núm. 137, de 15 de juny de 2006). Pel que fa a l'art. 10.23, aquest passarà a ser l'art. 28.27 i declararà que la CAIB té competència exclusiva en:

“Dret civil, inclosa la determinació del seu sistema de fonts, llevat de les regles relatives a l'aplicació i l'eficàcia de les normes jurídiques, les relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni, l'ordenació dels registres i dels instruments públics, les bases de les obligacions contractuals, les normes per resoldre els conflictes de lleis i la determinació de les fonts del dret de competència estatal”.

Pel que fa a l'art. 50, el contingut d'aquest es recollirà a l'art. 86 (Dret propi) que diu:

- “1. En matèries de competència exclusiva de la comunitat autònoma, el dret propi de les Illes Balears és aplicable al seu territori preferentment a qualsevol altre, segons el termes prevists en aquest Estatut.
2. En la determinació de les fonts del Dret Civil de les Illes Balears es respectaran les normes que s'hi estableixin.
3. En tot allò que no sigui regulat pel dret propi de les Illes Balears serà d'aplicació supletòria el dret de l'Estat”.

Acotat el significat de la font del Dret civil balear “lleis”, cal destacar que el Projecte de Reforma de la Compilació no fa referència a aquesta expressió genèrica, sinó que concreta materialment quina és la “lleis” que és font del Dret civil balear; de manera que la primera font del Dret civil balear no és

la “lleï” en general, sinó només la “Compilació i les lleis civils emanades del Parlament autonòmic”. Així també es manifesta el paràgraf 5è de l’EM del Projecte de Reforma:

“La lleï és la primera font, entesa com el conjunt de normes contingudes a la Compilació i les lleis civils emanades del Parlament autonòmic”.

Per tant, el legislador balear fa una interpretació autèntica del que hem d’entendre per “lleï” com a font del Dret civil balear.

En la nostra opinió, aquesta formulació –“Compilació i les lleis civils emanades del Parlament autonòmic”– pot donar perjudicis innecessaris al Dret civil balear, per aquests motius:

1) En primer lloc, pel fet d’acotar dins la font lleï, només la lleï en sentit formal, és a dir, la norma amb rang de lleï emanada del Parlament autonòmic, la qual cosa exclou tota l’activitat normativa del poder executiu, i aquesta exclusió ens sembla innecessària (pensem, per exemple, en el Decret 112/2002 de *Parelles Estables*).

2) En segon lloc, un altre perjudici pot venir donat pel fet d’acotar la “lleï” com a font del Dret civil balear, no només en sentit formal, sinó també “material”; entenent que, a més, aquesta lleï formal, per poder ser efectiva font del Dret civil balear, ha de dictar-se a l’empara de la competència en Dret civil de l’art. 10.23 EAIB, i aquesta manifestació resulta errònia.

Per tal de poder justificar les dues afirmacions fetes, passem a analitzar l’expressió “Compilació i les lleis civils emanades del Parlament autonòmic” com a fonts del Dret civil balear.

A) La Compilació

La Compilació, com a primera font del Dret civil balear, dins el concepte de “lleï”, està perfectament determinada.

L’opció a favor d’aquesta formulació que fa el Projecte de Reforma posa de manifest la política legislativa balear en aquest tema, la qual vol que el referent del Dret civil balear continuï essent la Compilació⁶, a diferència dels processos de “descompilació” que es duen a terme en altres Comunitats amb Dret civil propi, i que, vistos els resultats, són tècniques legislatives que mereixen ser preses en consideració per superar els condicionaments polítics

6.- La qual cosa ens sembla molt criticable perquè la Compilació és fruit d’una època preconstitucional i predemocràtica, molt allunyada, per fortuna, del sistema constitucional actual, protagonitzat per l’Estat de les Autonomies.

del moment històric en què la Compilació fou dictada i com a referent per a legislar en el futur⁷.

Per exemple, a Catalunya s'ha seguit la tècnica de les codificacions parcials, regulant blocs de matèria civil, en lloc de realitzar modificacions de la compilació o lleis especials⁸. En aquests codis parcials es regula de manera global i completa tot un sector de la matèria civil⁹ (ex. Codi de Successions de Catalunya i Codi de Família de Catalunya). Després d'aquest procés, el Parlament de Catalunya ha aprovat la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *primera Llei del Codi civil de Catalunya*, la qual en el Preàmbul explica la tècnica legislativa que es vol seguir:

“L'exercici de la competència per a conservar, modificar i desenvolupar el dret civil de Catalunya, recuperada fa més de vint anys en el nou marc constitucional i estatutari, ha passat, fins ara, per diverses fases. En una primera fase, culminada amb la Llei 13/1984, del 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, l'objectiu fou adoptar la Compilació de 1960, integrar-la en l'ordenament jurídic català i adaptar-la als principis constitucionals, per a superar els condicionaments polítics del moment històric en què fou dictada. En una segona fase, iniciada paral·lelament i continuada amb més o menys intensitat fins a l'actualitat, el Parlament de Catalunya va fer servir l'instrument tècnic de les lleis especials per anar donant cos a poc a poc a un ordenament jurídic encarcerat i amagrit per la prolongada absència d'institucions legislatives pròpies. A partir del 1991, amb la promulgació de la Llei 40/1991, del 30 de desembre, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, el dret català va entrar en una tercera fase, la de les codificacions parcials, continuada amb la Llei 9/1998, del 15 de juliol, del Codi de família, amb la voluntat de recollir, ordenar i sistematitzar la regulació sobre les diverses matèries continguda en les lleis especials que s'han anat promulgant i de completar-la fins a assolir la plenitud de l'exercici de les competències legislatives establertes per la Constitució i l'Estatut.

A la fi del 1998 el Departament de Justícia va organitzar les

7.- Sembla que compartim aquest desig amb el Dr. Monserrat Quintana, veure: “La aplicación de los principios generales en el Derecho civil balear”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàg. 444.

8.- Una anàlisi de com ha anat evolucionant la legislació en matèria civil a Catalunya la trobem a: Badosa Coll, F., *Compendi de Dret civil català*. Marcial Pons, 1999, pàgs. 62-65.

9.- Martín Casals, M., “El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret privat europeu”. *Revista jurídica de Catalunya*, 2002-3, pàg. 657.

Jornades cap a un Codi Civil de Catalunya amb l'objectiu de fer partícip el món jurídic català de la voluntat del Govern d'avançar en la codificació del dret civil i d'analitzar, amb representants del món acadèmic, polític i professional, les possibilitats d'aprovar a curt termini un codi civil de Catalunya”.

A partir d'aquí, la finalitat a Catalunya és, per tant, fer un Codi de cada bloc normatiu i després integrar-los en un text únic: un Codi civil. Per això, la següent passa ha estat l'aprovació de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del *Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals* (DOGC núm. 4640, 24-05-2006, pàg. 23167).

Res d'això ens diu el legislador balear en l'Exposició de Motius del Projecte de Reforma, per la qual cosa sembla que, malauradament, el legislador es manté en la simple pretensió de modificar puntualment alguns articles de la Compilació, però no en afrontar una regulació completa i global de totes les matèries civils, respecte de les quals és competent. I si, de totes maneres, fos aquesta la seva pretensió final, en aquest Projecte de Reforma del Títol Preliminar (presentat com el Dret civil balear comú) ens hauria d'oferir una explicació de la seva tècnica legislativa¹⁰.

En definitiva, tornant al punt de partida, la primera font del Dret civil balear és la Compilació actualment vigent (de 1990).

B) Les lleis civils emanades del Parlament autonòmic

La “lleï” com a primera font del Dret civil balear també ve concretada en el Projecte de Reforma en l'expressió “lleis civils emanades del Parlament autonòmic”, respecte de la qual ja hem anticipat algunes observacions.

En la nostra opinió, és més encertada l'expressió “lleis emanades del Parlament autonòmic en matèria civil” que la de “lleis civils emanades del Parlament autonòmic”, sense perjudici d'altres possibles expressions (com “normes autonòmiques en matèria civil”, per a no fer només referència a la llei en sentit formal), qüestió que ja hem apuntat, i en la que no incidirem de nou.

Pensem que en lloc de l'expressió “lleï civil” és millor dir “lleï en matèria civil”, de manera que fem èmfasi en la matèria que apareixerà regulada en la norma, la matèria civil, i no en el títol competencial a l'empara del qual es promulga una lleï. Per fonamentar aquesta opinió, partim del fet que

10.- En canvi, l'*Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears*, elaborat per la Comissió d'experts (BOCAIB núm. 153, d'1 de desembre de 1998) i redactat pel Dr. Coca Payeras, sí que parla de les línies que han de seguir les noves regulacions.

el que és civil és la matèria i no la llei. És a dir, una llei civil fa referència només a una llei dictada pel PIB en atenció a la competència en matèria civil reconeguda en l'art. 10.23 EAIB. Així, des d'aquesta òptica, com diu el paràgraf 1r de l'Exposició de Motius del Projecte de Reforma, a part de la Compilació, només s'han dictat¹¹ la Llei 11/2001, de *parelles estables*, i la Llei 1/2006, de *voluntats anticipades*¹². Mentre que, res no obstaculitza que, en altres lleis dictades a l'empara d'altres competències autonòmiques, hi hagi regulacions directes o indirectes (connexes o tangencials) de qüestions civils, o sigui: incidències en matèria civil. Per tant, malgrat una llei es dicti a l'empara d'una altra competència (i no la del art. 10.23 EAIB), si la mateixa conté matèria civil, qualsevol que sigui, aquesta matèria ha de poder formar part del Dret civil propi, sempre que es respectin les competències exclusives de l'Estat, això ho donem per suposat.

Així mateix, per tal de fonamentar aquesta opinió farem referència a tres qüestions.

(a) El qualificatiu de “civil”

La matèria civil es pot trobar en lleis que no siguin d'envoltori civil, perquè una norma jurídica pot contenir matèries diverses que convergeixen en algun punt i s'emparen en diferents títols competencials. Allò que és matèria civil és un concepte previ a que una llei sigui o deixi de ser qualificada (per qui pertoqui) com a civil.

Una de les màximes autoritats en Dret civil, el Catedràtic Dr. Badosa Coll¹³, per exemple, i en referència al Dret civil català, però igualment vàlid pel balear, diu: “El dret civil català es definirà, doncs, per la matèria regulada: la civil i per l'àmbit de vigència territorial”.

Seguint aquest autor, la mateixa opinió, però aplicada al Dret civil balear, l'expressa la Dra. Ferrer Vanrell¹⁴ quan assenyala: “*La materia puede concretarse en diferentes ámbitos y lo que tenemos que hacer es averiguar el concepto de “materia” calificada como “civil”, que nos encauzará al concepto de derecho civil, porque, (como nos dice BADOSA, La recent jurisprudència, pág. 31) “la <civilitat> de la norma és derivativa i resulta de la civilitat de la <matèria> regulada”*). Cuando la materia la calificamos de

11.- Però també està enunciada una regulació sobre la mediació familiar. Cfr.: Munar Bernat, P.A., “Algunas reflexiones sobre la mediación familiar”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 465 ss.

12.- Referències a les regulacions autonòmiques sobre voluntats anticipades es poden consultar a: Tur Faúndez, M.N., “El documento de instrucciones previas o testamento vital: régimen jurídico”. *Aranzadi civil*, núm. 2, 2004, pàgs. 1955-1984.

13.- *Compendi de Dret civil català*. Marcial Pons, 1999, pàg. 71.

14.- *Lecciones de Derecho civil balear*. 3ª edic. UIB. 2004, pàg. 66 i ss.

civil, la norma que regulará esta materia será civil. Así, la materia civil es única e independiente de su concreta regulación que en cada caso le haya otorgado el legislador (estatal o autonómico)”.

(b) Referents legislatius comparats

L'opinió que hem manifestat la podem recolzar també en un referent legislatiu comparat, la legislació de Catalunya, que, per la seva modernitat i avantguardisme, és molt útil a les Comunitats Autònomes amb Dret civil propi. Ens referim a la Llei 29/2002, *primera llei del Codi civil de Catalunya*, la qual en l'article 111-1 –Dret civil de Catalunya– diu:

“El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d'aquest Codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil, els costums i els principis generals del dret propi”.

(c) L'efectiva existència de matèria civil en lleis no civils

El que ara volem posar de manifest és l'existència de regles amb incidència en matèria civil en normes del Parlament de les Illes Balears dictades a l'empara d'altres competències, com per exemple en matèria de consum i turisme. És a dir, pensem que es poden veure implicacions de les matèries regulades en lleis dictades a l'empara de les competències en consum i turisme i la matèria civil; atès que les relacions obligatòries privades sorgides dels contractes de consum i dels contractes turístics són matèria civil, i són Dret civil balear, en la mesura en que no formin part del concepte “bases de les obligacions contractuals”, les quals estan reservades a la competència exclusiva de l'Estat ex art. 149.1.8^a CE.

Poden trobar un estudi sobre aquesta qüestió a: Llodrà Grimalt, “Un impulso al Derecho civil balear: Los contornos del Derecho civil balear ‘posible’. (Un estudio a propósito de la normativa autonómica en materia de Derecho de Consumo y del Turismo)”, publicat al *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004. Així, entre altres, podem destacar les lleis balears: Llei 1/1998, de 10 de març, *de l'Estatut de Consumidors i Usuaris de la CAIB* (BOCAIB núm. 37, de 17 de març de 1998); Llei 11/2001, de 15 de juny, *d'Ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears* (BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2001); Llei 2/1999, de 24 de març, *general turística de les Illes Balears* (BOCAIB núm. 41, d'1 d'abril de 1999); i també, el Decret 117/1997, de 6 de setembre, *pel qual es regulen determinats aspectes de l'aprofitament per torns de béns immobles en l'àmbit de la CAIB* (BOCAIB núm. 117, de 18 de setembre de 1997).

En concret, el cas d'aquesta darrera norma és realment peculiar perquè, per exemple, en ella apareix l'expressió “projecte de contracte” (art. 5.2.1) amb una clara similitud a la idea que la Directiva 94/47/CE, de 26 d'octubre de 1994, *relativa a la protecció de los adquirentes en lo relativo a*

*determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*¹⁵, introdueix en el seu article 5,1 de “contracte preliminar vinculant”; figura que no es va incorporar a la Llei estatal de transposició de dita Directiva (*Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles y normas tributarias*), però va quedar reflectida en el Decret balear¹⁶.

No entrarem més en aquestes normatives perquè ja ens hem remès a un treball que ho analitza. Però parlarem de la incidència en la matèria civil per part d'altres lleis dictades a l'empara de la competència en turisme i, especialment, de la Llei 2/2005, de 22 de març, *de comercialització d'estades turístiques a habitatges*, no tractada en el treball que hem pres de referència, la qual té clares implicacions civils, com ja indica l'art.1, assenyalant que els aspectes que es regulen a l'empara d'aquesta Llei són el règim jurídic de l'usuari, el qual serà normalment una persona qualificada de consumidor.

Certament, si fem una observació global de la Llei veurem que es dedica pràcticament a la regulació administrativa de la comercialització d'aquests habitatges, però té una clara incidència civil, perquè el fet de qualificar com a habitatges d'estades turístiques a aquells on es produeix una “cessió temporal de l'ús i gaudi de la totalitat d'una vivenda unifamiliar aïllada” (art. 11) té una clara relació amb el contracte d'arrendament de cosa (especialment, de finca urbana), el qual té com objecte la cessió d'ús d'una vivenda a canvi d'un preu cert (art. 1543 CC). Així mateix, el fet que la Llei 2/2005 acoti quines són les cessions d'ús de vivenda que poden tenir la qualificació “d'estada turística” planteja la necessitat de combinar, aquests supòsits, amb els que no hi tenen cabuda (com, per exemple, la cessió per ús turístic d'un apartament en un bloc en propietat horitzontal); i la qüestió de valorar quina és la normativa que regirà en els casos on l'ús turístic és també el predominant i, malgrat això, la Llei 2/2005 opta per a no regular-los (essent la CAIB la competent en matèria turística). En relació amb aquest punt, s'ha de dir que, com és opinió doctrinal majoritària¹⁷ que

15.- DOCE núm. L 280, de 29 d'octubre de 1994.

16.- Una referència més exhaustiva a aquesta qüestió es pot trobar a: Llodrà Grimalt, F., “The Binding Preliminary Contract in European Private Law”. A: Gianmaria Ajani/Martin Ebers (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*. Nomos, Baden-Baden, 2005, pàgs. 199-217.

17.- La jurisprudència s'ha pronunciat en aquest sentit: STS 16-06-1982; SAP Madrid 3-03-1992; SAP Màlaga 25-03-2000. Aquest tipus d'arrendament es considera un arrendament complex, sotmès a les regles del CC.

Sobre aquest tema es pot consultar: Verdura Izquierdo, B., “Los arrendamientos urbanos para uso distinto del de vivienda”. *El Consultor Inmobiliario*, núm. 6, octubre de 2000, pàgs. 36-60; i Auriolés Martín, A., *Introducción al Derecho Turístico*. 2ª edició, Tecnos, 2005, pàgs. 81-82.

les cessions de vivenda d'ús turístic juntament amb la prestació de certs serveis no entren dins l'àmbit d'aplicació de la legislació especial en matèria d'arrendaments urbans (Llei 29/1994, de 24 de novembre, *d'arrendaments urbans*), la CAIB podria regular tots aquests supòsits¹⁸ i, evidentment, des de l'òptica de l'usuari (arrendatari), ens trobaríem davant matèria civil.

En segon lloc, hem d'assenyalar que una altra matèria civil present en lleis no civils¹⁹ és la institució de la propietat. La legislació sectorial, partint de matèries especials²⁰, ha redimensionat l'estudi d'institucions civils bàsiques, com és la propietat. L'especialitat de l'objecte regulat es manifesta en una ordenació en bloc de tots els aspectes normatius que ofereix la matèria especial amb independència de si són civils o no. Per tant, dins normes que abasten qüestions molt diverses (moltes de caire públic), que envolten el dret de propietat, trobem la part civil de la institució. La deducció de la part civil d'aquestes lleis especials s'ha entès com la menció dels drets bàsics del particular en relació amb certs tipus de propietats o l'enumeració breu dels aspectes civils de major interès, però remetent la seva regulació concreta a la llei especial.

Pel que fa a la institució de la propietat, la Base 10 de la Llei de Bases del CC²¹ conté el mandat de seguir la civilitat de la norma d'acord amb el concepte de matèria civil allà on es trobi aquesta i al marge de la qualifica-

18.- Referències a aquesta temàtica es poden consultar a: Clar Garau, R., "Engranaje de Constitución, Estatut, Código civil y Derecho foral". *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 175 ss.

19.- Entre altres que podem mencionar com, per exemple, la protecció de menors. Veure per més informació sobre la legislació autonòmica: Munar Bernat, P.A., "La protección del menor en las Islas Baleares". *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 1, 2003, pàgs. 157-180.

20.- Barral Viñals, Immaculada, "Los indeterminados límites del Derecho autonómico civil". *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*. Tomo I, Cívitas, 2003, pàgs. 244-250. Les matèries especials són les que, sent civils, el CC decideix no incloure-les –com en la Base 10 i 14 respecte de les propietats especials– i tan sols recollirà les seves bases (arts. 426 i 428 CC), deixant la seva regulació a cossos legals extracodicials (caça, pesca, aigües, mineria, etc.) declarats subsistents al CC per l'art. 1976 CC. Les lleis especials s'entenen, així, com modificacions puntuals o desenvolupaments específics de certes matèries codificades (per exemple, la Base 26).

21.- Que diu: "Tanto el Gobierno como la Comisión se acomodarán en la redacción del Código Civil a las siguientes Bases: 10 Se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio, y se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código".

ció de la norma.

Ara, la CE ofereix un catàleg de matèries especials sobre les quals es pot seguir la norma civil. Per tant, estudiar la propietat significa cercar la matèria civil en les lleis a les quals normalment s'atribueix el caràcter d'administratives (per exemple, en matèria d'ordenació del territori i espais naturals).

Plasmant això a la CAIB, podem veure com l'article 10.3 EAIB atorga competència exclusiva a la CAIB en matèria d'"Ordenació del territori, litoral inclòs, urbanisme i habitatge"²² i l'article 11.7 EAIB, en relació amb les competències de desenvolupament legislatiu i l'execució, dins la legislació bàsica de l'Estat, diu que la CA té competència en: "Protecció del medi ambient. Normes addicionals de protecció. Espais naturals protegits. Ecologia."

Tot això ens duu a poder trobar matèria civil balear en lleis no civils, com són les referents a l'ordenació del territori i protecció d'espais naturals. La presència de matèria civil en aquestes lleis ve relacionada amb l'actuació de la funció social del dret de propietat (art. 33 CE), la qual ve concretada moltes vegades en la regulació dels drets d'adquisició preferent sobre la situació del propietari (de propietat urbana, agrària, forestal i d'espais naturals).

Trobem exemples²³ del que assenyallem a la Llei 14/2000, de 21 de desembre, *d'Ordenació Territorial*; a la Llei 6/1997, de 8 de juliol, *del sòl rústic de les illes Balears*; i a la Llei 5/2005, de 26 de maig, *per a la conservació dels espais de rellevància ambiental* (LECO). Per destacar-ne una, ens centrarem en la recent LECO, la qual mostra la seva incidència en matèria civil, malgrat es dicta a l'empara de la competència de desenvolupament en matèria de medi ambient.

Observem a la LECO, com les mesures que afecten a l'àmbit del dret privat, en concret, a la propietat privada, són la concessió d'uns drets de templeig i de retracte a favor de l'Administració (article 27), per tal d'exercir-los en les transmissions oneroses *inter vius* de terrenys situats en

22.- L'article 10.21 EAIB diu: "Patrimoni monumental, cultural, històric, artístic, arquitectònic, arqueològic, científic i paisatgístic d'interès per a la Comunitat Autònoma, sense perjudici del que disposa l'article 149.1.28a de la Constitució".

23.- Es pot veure dos estudis sobre aquesta qüestió a: Llodrà Grimalt, F., "Conservació de la biodiversitat i funció social de la propietat privada. Aproximació al Projecte de Llei de conservació de la biodiversitat de les Illes Balears". *Congrés Espais naturals protegits: el paper de la propietat privada*. INESE, Palma, octubre 2004, pàgs. 95-101; i Llodrà Grimalt, F., "Turisme, urbanisme i família: Noves realitats del Dret civil balear al segle XXI". *II Jornada d'estudis locals de Capdepera*, 2002, pàgs. 95-106.

l'interior de l'espai protegit. Els drets de tempteig i retracte d'origen legal són drets reals d'adquisició preferent (en realitat, són autèntics límits al dret de propietat) d'un bé per part d'una persona, en aquest cas l'Administració, respecte de qualsevol altre individu, en el moment en què el propietari decideix disposar del bé o quan ja l'ha venut. Els drets de tempteig i retracte legals incideixen sobre el principi de lliure contractació o de llibertat de contractació²⁴. En puritat, és el dret de retracte el que afecta a l'estatut jurídic de propietari, ja que la compravenda s'ha consumat i, en virtut d'un dret real legal, un altre subjecte modificarà l'esfera jurídica del comprador sense que aquest pugui fer-hi res²⁵.

En definitiva, el que volem posar de manifest és que, la incidència de la matèria civil en aquestes lleis (relacionades amb diferents tipus de propietats) es veu sempre que el legislador autonòmic plasma la funció social que la propietat privada ha de complir (art. 33 CE). Aquesta plasmació es pot fer, tant de manera negativa, establint quan s'incompleix la funció social, és a dir, contemplant casos en els quals les facultats de gaudi i disposició d'un dret de propietat privada erosionen interessos de la col·lectivitat i, per tant, incompleixen la funció social; com de manera positiva, assenyalant allò que el propietari pot fer, és a dir, els seus deures i càrregues que limiten les seves facultats. Una de les fórmules positives per a dur a terme la concreció de la funció social, incidint sobre el dret de propietat, és la regulació de drets de tempteig i retracte com hem descrit²⁶.

Així mateix, a la LECO trobem una altra possible incidència en matèria civil. L'art. 45, amb el títol "*Convenis i servituds d'interès mediambiental*" assenjala que:

<<1. El Govern de les Illes Balears pot subscriure acords o convenis amb els titulars de drets sobre terrenys inclosos en espais naturals protegits per tal que aquests acceptin, a canvi d'una contraprestació econòmica o d'altre tipus, el desenvolupament de tasques i actuacions relacionades amb la gestió mediambiental que impliquin limitacions de les activitats, dels usos o dels aprofitaments que excedeixin del contingut del dret de propietat.

2. Els titulars poden cedir els seus drets de manera selectiva i les

24.- Coca Payeras, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*. Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

25.- *Ídem*.

26.- En altres tipus de propietat, com el patrimoni cultural, també s'ha previst aquesta tècnica, veure: Llodrà Grimalt, F., "La protecció jurídica de la cultura popular". *II Jornades d'estudis locals de Manacor*. Manacor, 2002, pàgs. 369-380.

limitacions poden afectar només una part de la finca.

3. Aquests acords o convenis poden consistir en la constitució d'una servitud que s'ha d'inscriure en el Registre de la Propietat.>>

Observem que aquest article preveu uns determinats acords els quals, segons el procediment que s'utilitzi per arribar-hi, poden apropar-nos a la idea de custòdia del territori, la qual suposa una sèria de relacions fiduciàries entre subjectes de dret privat o entre subjectes de dret privat i una entitat de dret públic, donant així forma a la institució de custòdia. De fet, en l'actualitat, l'articulació dels acords de custòdia del territori, provinents del dret americà (*conservation easement o land stewardship*), es relaciona, entre altres opcions, amb la figura del fideïcomís o amb figures que puguin ser un equivalent al *trust* del *commom law*.

2) EL COSTUM COM A SEGONA FONT DEL DRET CIVIL BALEAR

El costum és la segona font de l'ordenament jurídicocivil espanyol i també del Dret civil balear. Així el paràgraf 5è de l'EM del Projecte de Reforma diu:

“El costum és la segona font de l'ordenament civil balear, només aplicable per defecte de llei i que ha de ser al·legada i provada d'acord amb les regles del Codi civil. Això implica que, a Balears, hi ha dos tipus de costums, aquells que són font del dret perquè la seva vigència actual ha quedat provada i els anomenats “antics costums” que, arran de la promulgació de la Compilació de 1961, varen passar a formar part de la “tradició jurídica balear” amb una funció no només interpretadora sinó integradora de les normes”.

Probablement aquest paràgraf de l'EM del Projecte de Reforma pressuposa una informació que no necessàriament s'ha de conèixer, ja que amb l'expressió “això implica que”, el legislador vol trobar connexió entre les afirmacions que ell fa de que “el costum és la segona font del dret” i que “hi ha dos tipus de costums”, quan de la lectura del bocí transcrit (que és tota la informació que el legislador proporciona) no s'observa una connexió lògica entre ambdues informacions. És a dir, el plantejament hauria de ser a l'inrevés: El legislador primer ens ha d'explicar perquè hi ha dos tipus de costums i després ens podrà dir quin costum és el que és font del Dret.

Malgrat la deficient explicació de l'EM, intentarem exposar aquesta qüestió.

A) Els antics costums

La problemàtica a tractar en aquest punt ve donada per la redacció

dels dos següents preceptes de la CDCB de 1990. La DF 1^a de la CDCB assenyala (i ja ho deia la Compilació de 1961²⁷) que:

“Les normes del Dret Civil Especial Balear escrit o consuetudinari, principal o supletori, vigents a la promulgació d’aquesta Compilació, queden substituïdes per les que s’hi contenen”.

I l’art. 1 CDCB indica que el costum és la segona font del Dret civil balear, en defecte de llei.

Per tant, sembla que l’expressió “queden substituïdes” de la DF 1^a doni a entendre que s’ha produït una derogació de tot el dret consuetudinari no recollit en la Compilació, amb la conseqüència de que si el costum no està recollit a la Compilació no pot existir com a font del Dret perquè fou derogat.

Tanmateix això no és així. En primer lloc, perquè els antics costums (els anteriors a l’entrada en vigor de la Compilació de 1961) no foren derogats sinó substituïts²⁸ i ara són un element d’interpretació i integració del Dret civil balear ja que conformen la tradició jurídica balear²⁹. I, en segon lloc, perquè el costum, en la mesura en que sigui nou, és a dir, posterior a l’any 1961 (sempre que això sigui eventualment possible, ja que dubtem si hi ha prou temps per haver creat una *opinio iuris*); o anterior a 1961 però que s’ha seguit practicant i es pot provar, és font del dret.

B) El costum com a font del dret

En relació amb l’exposat anteriorment, el costum és segona font del Dret civil balear quan³⁰:

27.- “Las normas del Derecho Civil especial balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”.

28.- Sobre el sentit d’aquest terme, veure: Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, tom II, 1992, pàgs. 151-156; i Monserrat Quintana, A., “La aplicación de los principios generales en el Derecho civil balear”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàg. 446.

29.- Sobre el tema, veure: Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, tom II, 1992, pàgs. 133-137; i Ferrer Vanrell, M. P., a: AA:VV, *Lecciones de Derecho civil balear*. 3^a edic., Col·lecció materials didàctics, Universitat Illes Balears, 2004, pàgs. 73-74.

30.- Sobre el tema, veure: Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, tom II, 1992, pàgs. 133-137; i Ferrer Vanrell, M. P., a: AA:VV, *Lecciones de Derecho civil balear*. 3^a edic., Col·lecció materials didàctics, Universitat Illes Balears, 2004, pàgs. 73-74.

(1) La pròpia Compilació reconeix saber que hi ha costums en una determinada qüestió i els crida expressament, en defecte, normalment, de voluntat contractual. Per exemple ho veiem a l'art. 64 CDCB en relació amb la institució de la societat rural menorquina³¹.

(2) S'ha format des de l'entrada en vigor de la Compilació de 1961 moment en el qual foren substituïts els antics costums.

(3) Són antics costums que s'han seguit practicant i es pot provar la seva actual existència i vigència i la *opinio iuris*, qüestió de difícil prova³².

Un exemple d'aquest tercer supòsit el pot constituir alguns costums en matèria de contractes agraris a Mallorca. Per exemple, en relació amb el contracte d'amitges, la Disposició Final Segona de la Llei 49/2003, de 26 de novembre, *d'arrendaments rústics* (LAR) assenyala que la normativa d'arrendaments rústics es aplicable a tot el territori espanyol, sense perjudici de la normativa d'aplicació preferent que dictin les CCAA amb competència en matèria de Dret civil foral; i l'art. 29 LAR declara, en matèria de parceria, que les normes i els costums forals són d'aplicació preferent a la LAR. En definitiva, pel que fa a Mallorca, a la Compilació no hi ha referència expressa a costums agraris, ni regulació normativa, però, en el cas que existeixin costums agraris vigents i susceptibles de ser provats, aquests són d'aplicació preferent a la LAR. Per tant, els contractes agraris a Mallorca es regiran pel costum si es prova l'actual vigència (i, per suposat, si no són *contra legem*, com ho serien els contraris a un principi constitucional i contraris a lleis estatals d'aplicació directa que poden incidir, per exemple, en la protecció del treballador)³³.

Igualment, altres exemples d'aquest tercer supòsit de costum com a font del Dret civil balear podem trobar-los en matèria de drets reals no regulats

31.- Una referència a aquests costums es pot trobar a: Llodrà Grimalt, F., "La naturaleza jurídica de la Sociedad Rural menorquina según su tradición jurídica". *Estudis baleàrics*, núm. 68-69, 2000, pàgs. 111-124.

32.- En opinió de Masot Miquel, l'*opinio iuris* "como elemento interno, espiritual y psíquico, es de imposible prueba y en definitiva, según la moderna doctrina, no es sino una mera consecuencia de la repetición de actos, ya que si se reitera una conducta por la mayoría de miembros de una colectividad, evidentemente tal reiteración no puede obedecer sino a una conciencia de necesidad o validez jurídica" a: Rosselló Rossinyol de Zagrana i Masot Miquel, *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1992, pàgs. 70 ss.

33.- Sobre aquesta qüestió, cfr.: Llodrà Grimalt, F., "Lección 8: Los contratos agrarios en Mallorca y Menorca". A: AAVV, *Lecciones de Derecho civil balear*. UIB, Col·lecció Material Didàctics, 3^a edic., 2004, pàgs. 110-128; i Llodrà Grimalt, F., "Los contratos agrarios en Mallorca y Menorca". A: *Aspectos de la normativa agraria en la Unión Europea y en América Latina. Cuadernos de Derecho Agrario*, n.º 3, Gobierno de La Rioja, pàgs. 235-255.

a la Compilació (com pot ser el dret real de servitud de pas³⁴), en relació amb els quals es podria aplicar un costum contrari al CC i no recollit expressament a la Compilació, si el costum s’ha seguit practicant i es pot provar la seva actual vigència.

3) ELS PRINCIPIS GENERALS DEL DRET CIVIL BALEAR

Els principis generals del Dret civil propi es presenten com a tercera font del Dret. Així ho diu el paràgraf 5è de l’EM del Projecte de Reforma, que també indica les funcions que aquests compleixen:

“La tercera font, a falta de llei i sempre que el costum no sigui al·legat i provat, la constitueixen els principis generals propis que informen l’ordenament civil balear. La funció que atorga als principis generals l’abans esmentat paràgraf tercer de l’article 1 de la Compilació ha estat confusa, ja que es presenten només com a forma de condicionar l’aplicació supletòria del Codi civil. És l’anomenada funció negativa dels principis generals, que impedeixen l’entrada del Codi civil per via supletòria i condueixen a un buit normatiu definitiu, llevat que es procedeixi a l’aplicació del principi general que ha impedit la del dret supletori, i en tal cas aquest principi hauria de tenir la consideració de font del dret. La bona tècnica legislativa ens condueix a una rigorosa regulació dels principis generals que informen l’ordenament civil balear, pel fet que aquests concrets “principis propis” són la tercera font, i no altres principis generals que s’obtenen mitjançant l’aplicació supletòria del Codi civil, a falta de norma pròpia, perquè aquests principis informadors del dret civil estatal tenen entrada en el nostre ordenament civil per cobrir un buit normatiu existent i no com a font del dret propi”.

Igualment, en aquesta qüestió, hem de dir que l’EM del Projecte de Reforma dóna per suposades unes qüestions que potser no són tan evidents per la simple lectura de la Compilació actual, la qual assenyala en aquesta qüestió:

“Per manca de llei i costums del Dret balear, s’aplicarà supletòriament el Codi civil i d’altres lleis civils estatals, sempre que les

34.- Una justificació més extensa es pot trobar a: Llodrà Grimalt, F., “Notas para la regulación del derecho de servidumbre de paso en Mallorca”. VIII *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2006. I a: Llodrà Grimalt, F., “Sobre la conveniencia de regular el derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca”. A: *Principales novedades legislativas en el régimen jurídico de la actividad agraria. Cuadernos de Derecho Agrario*, n.º 4, Gobierno de La Rioja, pàgs. 217-252.

normes d'aquestes no s'oposin als principis del seu Ordenament jurídic”.

Vist això, ens aventurem a afirmar que la redacció del paràgraf transcrit de l'EM del Projecte de Reforma és poc clara i pretensiosa per part del legislador, qui vol manifestar una erudició en la matèria quan el que ha de fer és legislar de manera clara, que és la seva tasca.

Tanmateix, de nou volem intentar esbrinar què vol dir el legislador i, en aquest punt, creiem que la idea que l'EM del Projecte de Reforma vol manifestar ha estat exposada més clarament per la doctrina i, per tant, acudint als autors³⁵ podrem entendre les funcions dels principis generals del Dret.

Si utilitzem com a únic instrument de documentació el paràgraf transcrit de l'EM del Projecte de Reforma haurem de concloure que hi ha diferents principis generals del Dret i aquests poden tenir diverses funcions. És a dir, observem tres idees:

a) La funció negativa: Els principis generals són una forma de condicionar l'aplicació supletòria del Codi civil, o sigui, impedir l'entrada del Codi civil per via supletòria, de manera que, una vegada impedita aquesta aplicació, es produeix un buit normatiu definitiu. Segons afirma l'EM del Projecte de Reforma, a la Compilació actual, els principis generals del dret es presenten només amb aquesta funció (“Per manca de llei i costums del Dret balear, s'aplicarà supletòriament el Codi civil i d'altres lleis civils estatals, sempre que les normes d'aquestes no s'oposin als principis del seu Ordenament jurídic” –art. 1,3 CDCB).

b) Hi ha una funció de tercera font, tal com indica l'EM del Projecte de Reforma, apel·lant a la “bona tècnica legislativa”. Realment, l'EM no aclareix gaire aquest punt, i fent un esforç interpretatiu, sembla que l'expressió “llevat que es procedeixi a l'aplicació del principi general que ha impedit la

35.- Al respecte, es pot consultar: Badosa Coll, F., “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil”. *Iuris: Quaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pàgs. 11-36; Coca Payeras, M., “Lección 26: La sucesión por causa de muerte. Los principios sucesorios romanos”, a: AA.VV. *Lecciones de Derecho civil balear*. Col·lecció materials didàctics. UIB, tercera edició revisada, Palma, 2004, pàgs. 296 ss; Ferrer Vanrell, M.P., “Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, any 56, núm. 1918, 2002, pàgs. 1827-1830; Masot Miquel, M., “Una reflexió, al començament del segle XXI, sobre la vigència a Mallorca i Menorca dels principis successoris romans”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004, pàgs. 5-33; i Monserrat Quintana, A., “La aplicación de los principios generales en el Derecho civil balear”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 443-464.

del dret supletori” dóna a entendre que, en aquest cas, ha sorgit un principi general del dret propi. És a dir, una vegada impedita l’aplicació supletòria del Codi civil (perquè aquesta xoca amb un principi general propi –funció negativa dels principis generals), per tal de regular el buit normatiu produït s’ha d’aplicar el principi general del Dret civil balear que, exercint la seva funció negativa, ha impedit l’aplicació del Codi civil i altres lleis estatals.

c) Hi ha principis informadors del Dret civil estatal. Sembla que, amb l’EM del Projecte de Reforma, podem parlar d’uns altres principis generals en la mesura que hem d’analitzar la següent expressió:

“aquest concrets “principis propis” són la tercera font, i no altres principis generals que s’obtenen mitjançant l’aplicació supletòria del Codi civil, a falta de norma pròpia, perquè aquests principis informadors del dret civil estatal tenen entrada en el nostre ordenament civil per cobrir un buit normatiu existent i no com a font del dret propi”.

Observem doncs que l’EM no sols no explica clarament les funcions dels principis generals del Dret civil balear, malgrat apel·li a la bona tècnica legislativa, sinó que introdueix amb una expressió poc clara aquesta tercera idea: la presència d’uns principis generals del Dret civil estatal, dels quals diu que entren al Dret civil balear per cobrir un buit normatiu existent i no com a font del dret propi.

Certament, amb la simple explicació que fa l’EM, no es pot esbrinar el sentit d’aquesta expressió³⁶.

Sense necessitat d’haver de justificar el sentit d’expressions que no són nostres, podem intentar, per no caure en un absurd, veure quin és el significat d’aquesta idea, la qual, en la nostra opinió, respon a una confusió entre dues qüestions diferents:

(a) La funció integradora, o de tercera font del Dret, dels principis generals del Dret civil propi, la qual és l’objecte d’aquest epígraf del nostre treball.

36.- Malgrat que una idea similar sembla poder-se extreure de la següent afirmació: “no son fuente del derecho civil balear los principios generales, que no sean “propios”, sino que, como su nombre indica, son generales: por ej. los constitucionales. Esto implicaría que a falta de ley y costumbre y de principio general “propio” contrario al Código civil, se debería aplicar el Código civil, antes que acudir a un principio general no propio, porque éste, el principio general no propio se aplica, según el artículo 1 Código civil, a falta de ley y costumbre alegada y probada, es decir, de acuerdo con su jerarquía normativa”, veure: Ferrer Vanrell, M.P., “Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, any 56, núm. 1918, 2002, pàg. 1829.

(b) L'aplicació del Dret civil estatal, la qual cosa, és evident, que no fa referència a fonts de creació de Dret civil balear, ja que l'aplicació del Dret civil estatal (d'una norma del Codi civil, per exemple, i no necessàriament, com sembla que només accepta l'EM, d'un principi informador del Dret civil estatal) només pot produir-se perquè no hi ha regulació pròpia d'una qüestió, ni principi general propi aplicable al buit normatiu (en funció de font del Dret), de manera que s'aplica el Dret civil estatal, perquè tampoc no hi ha cap principi general propi en dita qüestió que pugui impedir l'aplicació del Dret civil estatal. Però, tot això s'ha d'analitzar en relació amb les regles d'aplicació del Dret civil propi, i no cal mesclar-ho, com fa l'EM del Projecte de Reforma, amb la justificació que els principis generals del Dret civil propi –que ja per definició no comprenen els principis generals del Dret civil estatal– són font del Dret civil balear.

En definitiva, la idea latent en aquest paràgraf de l'EM del Projecte de Reforma ha de ser forçosament la necessitat (potser innecessària) de justificar que els principis generals del Dret civil balear són els únics principis generals que constitueixen font del Dret civil balear. I això es pot dir d'una manera jurídicament més rigorosa, com ho posa de manifest:

(1) La doctrina, la qual, en interpretacions de l'actual art. 1 CDCB, ha posat de manifest la funció de font del Dret que compleixen els principis generals del Dret civil balear (a part de la funció informadora que tractarem més endavant), encara que amb diferents matisacions en la seva exposició, que no escau comentar. Ara només volem ressaltar, a títol d'exemple, l'opinió de Monserrat que diu que *“los principios generales propios son de aplicación cuando sean contrarios al derecho supletorio que se pretende aplicar, eso es tanto como decir que habrá que acudir con preferencia a los principios generales propios a la hora de buscar el derecho supletorio propio; lo que se refuerza al recordar que los principios han servido no sólo para interpretar, sino para integrar, que es lo mismo que colmar lagunas, es decir, lisa y llanamente, suplir”*³⁷. I l'opinió de Ferrer que diu que *“los principios generales del derecho tienen la función de fuente del derecho en tanto que cubren vacíos normativos, a falta de ley y costumbre, como nos aclara la STSJB de 3 de septiembre de 1998”*³⁸.

37.- Monserrat Quintana, A., “La aplicación de los principios generales en el Derecho civil balear”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 462-463.

38.- Ferrer Vanrell, M.P., “Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, any 56, núm. 1918, 2002, pàgs. 1828. L'autora reproduïx l'opinió de Badosa Coll (cfr. Ferrer, nota 28, pàg. 1827) plasmada en l'estudi: “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil”. *Iuris: Quaderns de política jurídica*, n.º 1, 1994, pàgs. 11-36.

(b) La bona tècnica legislativa utilitzada en altres ordenaments jurídicocivils propis, com el de Catalunya, on el Preàmbul de la Llei 29/2002, *primera Llei del Codi civil de Catalunya*, assenyala sense retòrica confosa que:

“La regulació reconeix als principis generals del dret la funció d’autointegració del dret civil de Catalunya, per evitar l’hetero-integració mitjançant l’aplicació del dret supletori (...) L’article 111-5 es refereix tant al caràcter preferent de les disposicions del dret civil de Catalunya, llevat dels supòsits en què siguin directament aplicables normes de caràcter general, com a la limitació a l’heterointegració mitjançant l’aplicació com a supletori del dret de l’Estat, la qual només és possible quan no sigui contrària al dret propi o als principis generals que l’informen.”

A més, l’exemple català és realment important en aquest punt perquè potser en això és ell tributari del nostre sistema. Anem a explicar-ho, per si de cas, el legislador balear ho vol tenir en compte.

La Llei 29/2002, *Primera llei del Codi civil de Catalunya*, que hem pres de referència, fou objecte de recurs d’inconstitucionalitat³⁹ (que finalment fou retirat⁴⁰) i de suspensió de la seva aplicació durant la tramitació del recurs. Tanmateix, el TC, en la interlocutòria de 29 d’octubre de 2003⁴¹, va concedir l’aixecament de la suspensió de certs articles d’aquesta Llei i va fer pronunciaments molt interessants, que escau reproduir en el marc d’aquest treball, per justificar l’afirmació que he fet anteriorment.

L’advocat de l’Estat en el recurs d’inconstitucionalitat contra la Llei catalana 29/2002 aporta, entre d’altres, aquests arguments que ens interessen (subratllem el més destacat):

“... al apartado primero del artículo 111-1, rubricado “Derecho civil de Cataluña”⁴², en conexión con el inciso segundo del artículo 111-5,

39.- Número 2099/2003. Veure: BOE, núm. 132, de 3-06-2003, pàg. 21285; DOGC, núm. 3899, de 5-06-2003, pàg. 11767. Admès a tràmit mitjançant providència de 20 de maig de 2003.

40.- El Tribunal Constitucional, mitjançant interlocutòria de 3 de novembre de 2004, va acordar tenir per desistit l’Advocat de l’Estat (BOE, núm. 279, de 19-11-2004, pàg. 38191; DOGC, núm. 4269, de 26-11-2004, pàg. 24064).

41.- BOE, núm. 276, de 18-11-2003, pàgs. 40562-40563; DOGC núm. 4021, de 1-12-2003, pàg. 23367.

42.- “1. El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d’aquest Codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil, els costums i els principis generals del dret propi. 2. El costum només regeix si no hi ha llei aplicable”.

“supletoriedad”⁴³, impide la aplicación de las disposiciones estatales de Derecho Civil en el territorio de Cataluña, tanto de forma directa, ya que las mismas no forman parte del Derecho civil de Cataluña (artículo 111-2⁴⁴), como supletoria, dado que la aplicación preferente de los principios generales propios permite cubrir cualquier tipo de laguna normativa sin necesidad de acudir a las normas estatales. Se dice que estos preceptos chocan frontalmente con la voluntad constitucional, plasmada en el artículo 149.1.8^a, de que los Derechos forales o especiales coexistan con un Derecho general, considerado común, que ha de ser aplicable en todo el territorio nacional en ausencia de especialidad foral o autonómica.

Dicha “unidad interna del Derecho civil español” es puesta en cuestión por el legislador autonómico catalán, que se ha decantado por una concepción cerrada del Derecho civil propio. Ello da lugar a que en las relaciones jurídicas privadas se apliquen los textos impugnados, con elusión del Código civil. Dicho de otro modo, se sujetan a una serie de normas de signo general que sustituyen a las que la Constitución quiso configurar como mínimo normativo común a todo el ordenamiento jurídico.”

Per la seva part, l’advocat de la Generalitat de Catalunya va fer front a aquest motiu d’inconstitucionalitat assenyalant que la regla establerta a l’art. 111-1 en relació amb l’art. 111-5:

“no representa una modificación sustancial respecto del contenido del artículo 1 y DF 4^a de la Compilación de 1984 y responde a la habilitación expresada por el artículo 149.1.8^a CE para determinar el sistema de fuentes del Derecho Civil propio de Cataluña, conforme al reconocimiento en este sentido expresado en la STC 236/2000 (FJ 5) [...]. El efecto de su aplicación no va más allá de ofrecer a los operadores jurídicos un ordenamiento civil propio de Cataluña lo más completo posible, evitando la heterointegración pero sin excluir al Código civil español que, además, resulta de directa aplicación en las

43.- “Les disposicions del dret civil de Catalunya s’apliquen amb preferència a qualsevol altres. El dret supletori només regeix en la mesura que no s’oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l’informen”.

44.- “1. En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s’ha d’interpretar i s’ha d’integrar d’acord amb els principis generals que l’informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana. 2. De manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s’han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Cassació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o altres lleis. L’una i l’altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació”.

materias constitucionalmente reservadas a la regulación estatal [...] en modo alguno desconocen la pertenencia a un ordenamiento jurídico superior, encabezado por la CE y el EA, ni la regla de supletoriedad del artículo 149.3 CE”.

Finalment, el TC, en el fonament jurídic 4t de la interlocutòria de 29 d'octubre de 2003, en relació amb la funció dels principis generals del Dret, per tal de justificar la seva decisió d'aixecar la suspensió de la Llei mentre es resolvia el recurs d'inconstitucionalitat, diu que la previsió de la regla de l'aplicació dels principis generals del Dret civil propi abans de recórrer al Codi civil és una regla prevista en Compilacions com per exemple a l'art. 1,3 de la Compilació balear:

“(...) idéntica previsión⁴⁵ figura en otras Compilaciones de los Derechos forales. Es el caso, destacadamente, de los arts. 1.3 del Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (...). Mediante estas normas se trata de garantizar la coherencia del ordenamiento propio, que pudiera quedar en entredicho en el caso de que rigieran normas abiertamente contradictorias, con evidente riesgo para la seguridad jurídica”.

Sabent això, el legislador balear no necessita acudir a farragoses explicacions justificadores, que esdevenen ara innecessàries, ja que, concloent amb el que hem exposat, és ara el TC qui ha dit que l'art. 1,3 CDCB diu que el dret supletori (el Codi civil) només regeix en la mesura que no s'oposa a les disposicions del dret civil balear o als principis generals que l'informen, per així garantir la coherència de l'ordenament jurídicocivil propi. Per tant, podem entendre que els principis generals del Dret civil balear han d'aplicar-se per autointegrar el sistema, com a font del dret, i obtenir una regulació normativa per la via de l'analogia *iuris*.

V. L'APLICACIÓ DEL DRET CIVIL PROPI

Sota aquest titular, el Projecte de Reforma proposa l'art. 2 que diu:

“1. El dret civil propi s'aplicarà interpretant i integrant les seves disposicions d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica balear continguda a les antigues lleis i els costums, la doctrina dels doctors i les decisions de la Reial Audiència.

45.- S'està referint a l'art. 111-5 de la Llei catalana 29/2002 que diu: “el dret supletori només regeix en la mesura que no s'oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l'informen”.

2. Les disposicions del dret civil balear són les normes d'aplicació preferent. Si no n'hi ha, s'aplicarà, com a dret supletori, el Codi civil, sempre que no sigui contrari als principis generals que informen el dret propi o el buit normatiu sigui volgut pel legislador autonòmic.

3. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i, si n'és el cas, del Tribunal Suprem, complementarà l'ordenament civil balear.

4. Les disposicions d'aquesta compilació constitueixen del dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis”.

Algunes qüestions que exposa aquest article les trobem, més o manco, en l'actual art. 1 quan diu:

“El Dret Civil de les Illes Balears regirà amb preferència al Codi civil i d'altres lleis estatals, d'acord amb l'establert a la Constitució i a l'Estatut d'Autonomia, sense perjudici de les normes de caràcter civil que, segons la mateixa Constitució, hi siguin d'aplicació directa i general.

El Dret Civil de Balears s'interpretarà i integrarà prenent en consideració els principis generals que l'informen, així com les lleis i els costums, la jurisprudència i la doctrina que encarnen la tradició jurídica de les illes”.

Al respecte d'aquests dos preceptes, volem observar que, malgrat que la redacció proposta pel Projecte de Reforma presenta major claredat expositiva, la regulació de la mateixa és també desordenada, ja que parla, per una part, d'aplicació i d'interpretació de les normes; per altra, d'integració; per altra, de fonts complementàries; i, per altra, de supletòrietat, i ho fa de manera desordenada, sense tenir en compte una exposició lògica d'aquests elements d'acord amb la Teoria general del Dret.

Per tal de fonamentar-ho, anem primer a analitzar els elements que regula el precepte; i després intentarem suggerir una redacció alternativa, amb la simple finalitat d'arrodonir aquest treball, i sense cap altra pretensió.

1) REGLES GENERALS SOBRE APLICACIÓ, INTERPRETACIÓ I INTEGRACIÓ DEL DRET CIVIL BALEAR (ART. 2.1 DEL PROJECTE DE REFORMA)

Recordem que l'art. 2.1 del Projecte de Reforma diu:

“1. El dret civil propi s'aplicarà interpretant i integrant les seves

disposicions d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica balear continguda a les antigues lleis i els costums, la doctrina dels doctors i les decisions de la Reial Audiència”.

Aquesta previsió està relacionada amb l'actual paràgraf 2n de l'art. 1 CDCB:

“El Dret Civil de Balears s'interpretarà i integrarà prenent en consideració els principis generals que l'informen, així com les lleis i els costums, la jurisprudència i la doctrina que encarnen la tradició jurídica de les illes”.

Ara bé, aquest parla només d'interpretar i integrar, mentre que el Projecte de Reforma es refereix a l'aplicació interpretant i integrant i això s'ha de matisar.

El procés d'aplicació del Dret suposa una sèrie d'activitats o operacions, la finalitat de les quals és posar en contacte la norma amb la realitat i donar a un supòsit de fet una conseqüència jurídica, amb tota la dificultat que aquesta operació, la qual no és merament mecànica, suposa. Així mateix, la regulació de les regles d'aplicació de les normes jurídiques és matèria reservada a l'Estat per l'art. 149.1.8 CE i, per tant, no té sentit entendre que el Projecte de Reforma vol preveure regles al respecte, la qual cosa fa que deixem a l'aire l'interrogant de si no seria millor que no s'introduís el terme “aplicar”.

De totes maneres, podem salvar la validesa d'aquest terme si el posem en connexió amb “interpretar” i integrar” i, sobretot, si entenem que el Projecte de Reforma no estableix regles d'aplicació del Dret, sinó que les pressuposa; de manera que, en l'únic que vol incidir el Projecte de Reforma és en el fet que “en l'aplicació”, la qual es realitzarà segons les regles del Codi civil (o altres que l'Estat fixi), hi ha dos elements rellevants a tenir en compte, els principis generals i la tradició jurídica, i són aquests, i no el procés d'aplicació en si –les tècniques aplicatives–, el que interessen al legislador. Probablement, per dir això és més encertada la dicció de la Llei catalana 29/2002, art. 111-2, rubricat acertadament “interpretació i integració” –i no com en el Projecte de Reforma balear “aplicació”– que diu:

“1. En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana”.

Dit això en relació amb el terme “aplicació”, anem a veure els altres dos termes emprats al precepte del Projecte de Reforma:

(1) Interpretació:

Que és la recerca del sentit o significat de la norma mitjançant texts o signes d'exteriorització. La interpretació és l'operació jurídica bàsica del procés d'aplicació i, per tant, formant part d'aquest, la seva regulació és competència exclusiva de l'Estat. Òbviament, el legislador balear ho ha de saber això i, per tant, sap que l'aplicador del Dret quan interpreti el Dret civil balear seguirà les pautes donades pel Codi civil (és a dir, els criteris hermenèutics de l'art. 3,1 del Codi civil). Per això, hem d'arribar a la conclusió que l'únic que vol el legislador balear és seguir recordant, per si de cas l'aplicador del dret ho desconeix, que el Dret civil balear s'ha d'interpretar "d'acord amb els principis generals que l'informen" i "prenent en consideració la tradició jurídica balear". De manera que, aquestes afirmacions no són més que un recordatori d'unes regles generals: Que els principis generals del Dret, a part de ser font del Dret quan escau, tenen el caràcter informador de tot l'ordenament jurídic, del qual s'extrauen; i que la interpretació de les normes en relació amb els antecedents històrics de les mateixes (art. 3,1 CC) és important per fixar el sentit actual d'institucions històriques. Això darrer ja ho afirmava amb tota claredat l'art. 2,2 CDCEB de 1961 ("Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear ...").

(2) Integració:

Que es produeix en un cas d'inexistència de llei o regulació d'una institució o en cas de manca de previsió per part d'una llei existent d'una qüestió controvertida. La integració obliga, per tant, a resoldre una llacuna legal per la força expansiva dels textos legals que regulen punts semblants (per la tècnica de l'analogia *legis* –art. 4 CC) o per la creació de criteris extralegals, com són els principis generals del Dret, ara bé, és sabut que en aquest cas estem davant la funció de tercera font del Dret dels principis generals i no en matèria d'aplicació. Amb tot això, hem de dir que quan la integració fa referència a l'aplicació de la norma (per exemple, l'aplicació analògica) és el legislador estatal el que ens dona les pautes a seguir. Per contra, si ens referim a l'obtenció de principis generals del Dret propi, estem en la funció de font del Dret, la qual no ha de ser tractada en aquest precepte, sinó a l'anterior que regulava aquesta qüestió, com ja hem analitzat. Per això, el que pensem que el legislador balear vol donar a entendre és que els principis generals propis informen l'ordenament juídicocivil balear en tot moment, la qual cosa procedeix recordar-la, encara que resulta òbvia si partim, i ho fem, de la consideració del Dret civil balear com un ordenament jurídic.

A) Aplicació interpretant i integrant "d'acord amb els principis generals que l'informen"

Pel que fa a aquesta expressió ("d'acord amb els principis generals que

l'informen”), ja hem dit que ens ha de resultar òbvia si acceptem, i així ho fem, que el Dret civil balear és un ordenament jurídic que s'autointegra segons els seus propis principis, per la funció de font del Dret que aquests compleixen, i alhora (igual que a l'ordenament jurídicocivil estatal) els principis generals del Dret informen sempre el propi ordenament jurídic. Per tant, aquesta darrera afirmació vol dir que els principis generals, no només entren en consideració quan han d'integrar llacunes legals (en funció de tercera font del Dret), sinó que, per saber el vertader abast, sentit o significat d'una norma dins l'ordenament jurídic, també s'ha d'acudir als principis generals del Dret que vertebrin i estructurin dit ordenament. Per això, són informadors de l'ordenament jurídic, perquè aquest descansa en un sistema de creences i conviccions del grup humà al que afecta⁴⁶.

En definitiva, el que volem deixar clar en aquest punt és que els principis generals sempre informen l'ordenament jurídic al qual pertanyen, de manera que ajuden en la funció interpretativa de les lleis i els costums, és a dir, de les altres fonts del Dret. Per tant, des d'aquesta funció, no s'ha de mantenir una connexió amb la integració com a tècnica per fer front a una llacuna legal, sinó que aquesta és l'altra funció dels principis generals del Dret, la qual no ha d'estar degradada a formar part d'un precepte recordatori de com s'ha de realitzar la interpretació de les normes del Dret civil balear. En conclusió, pensem que seria aconsellable desvincular la interpretació de la integració, i deixar clares les dues funcions diferenciades que compleixen els principis generals del Dret civil balear.

B) Aplicació “prenent en consideració la tradició jurídica balear”

En aquest punt, les expressions utilitzades en el Projecte de Reforma tornen a ser de difícil comprensió. Si recordem la dicció de l'art. 2,1 del Projecte de Reforma (“El dret civil propi s'aplicarà interpretant i integrant les seves disposicions d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica balear”) arribem a la conclusió que el significat del precepte, en relació amb la tradició jurídica, ha de ser que “el dret civil propi s'aplicarà prenent en consideració la tradició

46.- Cfr.: Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho civil*. Vol. I, Tecnos, 1992, pàg. 140 ss. Diu l'autor (pàg. 145): “La sustancia de los principios generales del Derecho consiste en que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización y convivencia”.

jurídica”, ja que:

- No podem referir el verb “prendre” –prenent– respecta a “integrar”, és a dir, no es pot entendre que també haguem d’integrar l’ordenament jurídic balear prenent en consideració la tradició jurídica, ja que els principis generals com a font del Dret civil balear autointegren el sistema alhora que limiten l’eventual al·legació indiscriminada de la tradició jurídica.

- El verb “prendre” està en gerundi, com interpretant i integrant, per tant, considerem que depèn del verb principal “aplicar”.

Així, podem entendre que la tradició jurídica s’ha de prendre en consideració en el procés d’aplicació, en concret, durant la interpretació; però només, en la interpretació d’una institució històrica, i en paral·lel a la previsió de l’art. 3,1 CC en relació amb els “antecedents històrics”, els quals, al Dret civil balear, vendrien donats per aquesta expressió: “tradició jurídica balear”, formada per o localitzada en antigues lleis i els costums, la doctrina dels doctors i les decisions de la Reial Audiència. Tradició jurídica que podem anar coneixent en virtut dels treballs que la doctrina jurídica balear (civilista i historiadora, principalment) ens ofereixi⁴⁷.

Acabem aquest apartat reproduint el que el paràgraf 6è de l’EM del Projecte de Reforma diu en relació amb la tradició jurídica, la qual cosa, d’acord amb l’opinió que hem exposat, creiem que mereixeria ser objecte de major reflexió per part del legislador:

“La primera regla que l’aplicador del dret ha de considerar és el sistema d’autointegració de les normes mitjançant la “tradició jurídica balear”, que és la doctrina de la iuris continuatio acollida per l’originària Compilació balear que no s’entén sense el recurs al dret històric, pel fet de ser senyal d’identitat del nostre poble. No només és un sistema obligat d’interpretació de les normes pròpies, sinó que el recurs a l’autointegració permet omplir buits normatius de les

47.- Com a exemple, entre altres, de treballs recopilatoris de la tradició jurídica balear, veure: Ferrer Vanrell, M.P., *Tradició jurídica mallorquina: Autors del segle XV al XVIII*. Col·lecció Materials, núm. 1. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1990; Llodrà Grimalt, F., *Sobre la sucesión intestada en Mallorca (antes y después de 1919)*. Col·lecció Materials, núm. 4, UIB, Palma, 1999; Planas Rosselló, A., *Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*. Col·legi d’advocats de les Illes Balears, Palma, 1996; Planas Rosselló, A., *La abogacía en el Reino de Mallorca. Siglos XIII-XVIII*. Leonard Muntaner, Palma, 2003; Zaforteza de Corral, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Col·lecció Materials, núm. 2. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992; Zaforteza de Corral, L. *et alter, Jurisprudència civil balear (1852-1998)*. Col·lecció Materials, núm. 3. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1999.

institucions insuficientment regulades o tan sols esmentades, com ja disposava l'article 2 del Projecte d'apèndix del 1949. Abans de declarar que existeix un buit normatiu i integrant-lo mitjançant un sistema extern d'aplicació supletòria d'un altre dret, el recurs a la "tradició jurídica balear" permet omplir-lo dins del propi sistema jurídic mitjançant el dret històric, contingut en les antigues lleis i els costums, en la doctrina dels doctors o opinio doctorum, i en les Decisions de l'antiga Reial Audiència".

Així, l'EM del Projecte de Reforma ens diu que "la primera regla que l'aplicador del dret ha de considerar és el sistema d'autointegració de les normes mitjançant la tradició jurídica balear", afirmació que ens sembla poc adient en un ordenament jurídic que vol desenvolupar-se. Per tant, com les regles d'aplicació del Dret ja hem dit que no són competència del legislador balear, el que creiem que el legislador balear hauria de tenir en compte és que:

- El recurs al dret històric és especialment important en el procés d'interpretació del Dret civil propi, quan es tracta d'una institució històrica, encara que com a criteri interpretatiu, no és nou, sinó que ja ve consagrat al Codi civil.

- El recurs al dret històric com a mecanisme d'autointegració del nostre ordenament jurídic, això vol dir, en cas de llacuna i exercici de l'analogia *iuris*, no ens sembla gens aconsellable. És a dir, mitjançant l'analogia *iuris* cerquem principis generals del Dret civil balear que autointegrin l'ordenament jurídic i així no es produeixi una llacuna; però no es pot simplement acudir al dret històric. Tot el contrari, és del nostre vigent ordenament jurídicocivil del qual hem d'abstreure els principis generals, els quals, certament, poden respondre a institucions històriques; però també pot ser que no sigui així, i no per això deixaran de ser principis generals i, en cap cas, s'hauria d'aplicar per autointegrar el nostre vigent ordenament jurídicocivil, simplement, dret històric, desconnectat del nostre temps⁴⁸.

Per exemple, això ho deixa ben palès el legislador català (i valdria la pena seguir aquest model més rigorós), quan al Preàmbul de la Llei 29/2002 diu que, *l'autointegració de l'ordenament jurídic propi mitjançant els principis generals propis, en funció de tercera font del Dret, limiten l'eventual*

48.- La qual cosa xoca a més amb l'art. 3,1 CC, en relació amb el criteri d'interpretació "la realitat social del temps en què s'ha d'aplicar", norma que és d'aplicació directa a tot l'Estat (art. 149.1.8ª CE).

alegació indiscriminada de la tradició jurídica; la qual cosa pensem que és també vàlida pel nostre ordenament jurídic⁴⁹.

2) APLICACIÓ PREFERENT DEL DRET CIVIL PROPI I DRET SUPLETORI (ART. 2.2 DEL PROJECTE DE REFORMA)

L'actual art. 1 del Títol Preliminar de la Compilació diu:

“El Dret Civil de les Illes Balears regirà amb preferència al Codi civil i d'altres lleis estatals, d'acord amb l'establert a la Constitució i a l'Estatut d'Autonomia, sense perjudici de les normes de caràcter civil que, segons la mateixa Constitució, hi siguin d'aplicació directa i general. (...)”

Per manca de llei i costum del Dret balear, s'aplicarà supletòriament el Codi civil i d'altres lleis estatals, sempre que les normes d'aquestes no s'oposin als principis del seu Ordenament jurídic”.

En relació amb aquestes qüestions, l'art. 2.2 del Projecte de Reforma estableix:

“Les disposicions del dret civil balear són les normes d'aplicació preferent. Si no n'hi ha, s'aplicarà, com a dret supletori, el Codi civil, sempre que no sigui contrari als principis generals que informen el dret propi o el buit normatiu sigui volgut pel legislador autonòmic”.

I la seva explicació la trobem en el paràgraf 7è de l'EM del Projecte de Reforma assenyala que:

“el recurs al dret supletori només ha d'actuar a falta de norma pròpia, perquè la crida al dret estatal implica una insuficiència temporal per inactivitat legislativa del legislador autonòmic (article 149.3 *in fine* de la Constitució), a diferència dels supòsits d'aplicació directa del dret civil estatal pel fet de ser normes de la seva competència exclusiva (article 149.1.8è, 2n inc., de la Constitució)”.

I en el paràgraf 8è diu:

“L'aplicació supletòria del dret estatal es subjecta a una doble exigència: que la norma aplicable no sigui contrària als principis

49.- Seguint a Coca Payeras (*Compilación del Derecho civil de Baleares. Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pàg. 12): “la historia no justifica ni legitima, en buena técnica legislativa y en buena teoría de Estado de Derecho, la existencia de instituciones. Lo que las justifica es su racionalidad y adaptación a la realidad económica y social del momento, y lo que las legitima es su origen democrático”.

generals que informen l'ordenament civil balear i que existeixi una autèntica llacuna i no un buit normatiu que el legislador autonòmic no vol omplir pel fet d'entendre'l contrari als principis informadors”.

Anem a veure quines pautes ens dóna l'EM del Projecte de Reforma i com ho concreta el legislador balear al text proposat.

En primer lloc, queda clar que el Dret civil balear és el Dret d'aplicació preferent al territori de les Illes Balears (combinant-ho amb el fet de tenir el veïnatge civil). Però, i en segon lloc, per fets històrics coneguts, també queda clar que el Dret civil balear no és un ordenament jurídic que contempli tots els supòsits que es poden donar, ara bé, tendeix a ser complet i, per això, els principis generals del Dret civil propi són font d'aquest Dret i és amb aquest fet que hem d'enllaçar l'aplicació del Dret civil estatal, respecte del qual podem distingir:

1) Quan el Dret civil estatal és Dret d'aplicació preferent (aplicació directa⁵⁰), cosa que succeeix, principalment, pel fet de tractar-se de matèries on el legislador balear no és competent. No hi ha dubte que no és competent en relació amb la legislació civil sobre matèries concretes enumerades a l'art. 149.1.8^a CE. Ara bé, amb relació a si és o no competent el legislador balear en totes les altres matèries no enumerades en aquest article, ens limitarem a remetre a la lectura d'aquest article i a la interpretació de la remissió que el mateix fa a les CCAA amb competència en Dret civil assumida pels seus Estatuts d'Autonomia com és la CAIB, l'Estatut de la qual diu a l'art. 10.23 EAIB:

“Conservació, modificació i desenvolupament del dret civil de la Comunitat Autònoma”.

I que, si s'aprova la reforma de l'Estatut d'Autonomia, pel que fa a aquesta qüestió es podrà alabar la bona tècnica del nostre legislador, ja que la competència exclusiva serà –art. 28.27 de l'aprovada Proposta de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears (BOPIB núm. 137, de 15 de juny de 2006)– en:

“Dret civil, inclosa la determinació del seu sistema de fonts, llevat de les regles relatives a l'aplicació i l'eficàcia de les normes jurídiques, les relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni, l'ordenació dels registres i dels instruments públics, les bases de les

50.- Cfr.: Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, tom II, 1992, pàgs. 158-160; i Ferrer Vanrell, M.P., “Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, any 56, núm. 1918, 2002, pàgs. 1831-1832.

obligacions contractuals, les normes per resoldre els conflictes de lleis i la determinació de les fonts del dret de competència estatal”.

2) Quan el Dret civil estatal és d'aplicació supletòria a falta de norma pròpia, per insuficiència normativa temporal⁵¹ deguda a la inactivitat legislativa del legislador autonòmic (article 149.3 *in fine* CE), que és la qüestió que ens interessa. En aquesta ocasió, i fruit de la preferència del Dret civil balear quan la CAIB és la competent, el Dret civil estatal només es pot aplicar si concorren dues circumstàncies:

(a) Existeix una llacuna no volguda pel legislador, amb la qual cosa volem posar de manifest, i així ho fa l'EM del Projecte de Reforma, que ha de ser un cas on existeixi una autèntica llacuna i no un buit normatiu que el legislador autonòmic no vulgui omplir, pel fet d'entendre que omplir-lo amb el Dret supletori és contrari als principis informadors. Serà el recurs als principis generals del Dret en funció informadora, i també com a font del Dret, allò que ens portarà a l'evidència que la “llacuna” és volguda pel legislador i que una determinada institució del Dret supletori és aliena als principis generals informadors del nostre ordenament jurídicocivil.

Com exemple de llacuna no volguda i, per tant, de cas on entra supletòriament el Codi civil espanyol, ens aventurarem a exposar el supòsit de manca de regulació en relació amb el dret real de servitud de pas⁵², per tant, direm que la constitució d'una servitud de pas a Mallorca s'ha de regir pel Codi civil espanyol.

Per altra part, com exemple de llacuna volguda i, per tant, cas on no es pot aplicar supletòriament el Dret civil estatal, podem citar el ja conegut exemple de la regla de l'art. 1320 CC, en relació amb la qual doctrina⁵³ i jurisprudència⁵⁴ han posat de manifest que es tracta d'una regla aliena al

51.- Cfr.: Ferrer Vanrell, M.P., “Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, any 56, núm. 1918, 2002, pàgs. 1835-1841.

52.- Cfr.: Llodrà Grimalt, F., “Notas para la regulación del derecho de servidumbre de paso en Mallorca”. VIII *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2006. I cfr.: Llodrà Grimalt, F., “Sobre la conveniencia de regular el derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca”. A: *Principales novedades legislativas en el régimen jurídico de la actividad agraria. Cuadernos de Derecho Agrario*, n.º 4, Gobierno de La Rioja, pàgs. 217-252.

53.- Cfr.: Ferrer Vanrell, M.P., “La problemática de la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 de TSJB)”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 665, 2001, pàgs. 1079-1136.

54.- Sentència de TSJIB de 3 de setembre de 1998 (Ponent: Il·lm. Sr. Rafael Perera Mezquida).

nostre ordenament jurídicocivil, que no es pot aplicar supletòriament, mentrestant el legislador balear no vulgui incloure-la.

Podem veure també com altre exemple de llacuna volguda, un supòsit no tan anomenat, com és el cas que s'intentés l'aplicació supletòria al Dret civil balear d'alguns articles del Codi civil espanyol modificats per la Llei 41/2003, de 18 de novembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, com podria ser l'art. 822 CC que diu:

“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”.

Article que fou modificat per la Llei 41/2003 per atendre a finalitats tan lloables com oferir:

“al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación”.

Aquest exemple podria donar lloc a una polèmica semblant a la de l'aplicació supletòria de l'art. 1320 CC, ja que, sota aquest es diu que s'amaga la finalitat de tutela de la família (a l'empara de l'article 39.1 CE: “Els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la família”); i, sota l'article relatiu a la llegítima –art. 822 CC–, trobem la tutela al discapacitat (a l'empara de l'article 9.2 CE: “Correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social” i de l'art. 49 CE: “Els poders públics duren a terme una política de previsió, tractament, rehabilitació i integració dels disminuïts físics, sensorials i psíquics, als quals es prestarà l'atenció especialitzada que requereixen, i els empararan especialment en la consecució dels drets que

aquest Títol atorga a tots els ciutadans”).

Ambdós supòsits són, segons el legislador civil estatal, situacions mereixedores d'especial protecció enfront als interessos individuals (especialment, al dret a la propietat privada i al dret a l'herència -article 33 CE: “1. Es reconeix el dret a la propietat privada i a l'herència. 2. La funció social d'aquests drets en delimitarà el contingut, d'acord amb les lleis”) i es pot plantejar, però això forma part d'un altre debat, si la regulació civil d'aquestes situacions per a uns ciutadans i per a altres no constitueix un supòsit de discriminació (article 14 CE: “Els espanyols són iguals davant la llei, sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social”), per raó d'una circumstància personal (el veïnatge civil en relació amb la residència habitual). Però parlar de desigualtat o de discriminació no es pot fer a la lleugera i només el Tribunal Constitucional es pot pronunciar al respecte. Hi ha vies per a sol·licitar, si escau, aquest pronunciament i deixem així apuntada aquesta qüestió.

(b) Juntament amb el fet que existeixi una vertadera llacuna no volguda pel legislador balear, la norma civil estatal aplicable supletòriament no pot ser contrària als principis generals que informen l'ordenament jurídicocivil balear, en connexió amb la funció negativa que hem dit que compleixen aquests principis. Per tant, i en relació amb el sistema d'autointegració que permeten els principis generals del Dret propi com a tercera font del Dret, només aplicarem el Dret civil estatal perquè hi ha una llacuna i no hem pogut autointegrar el nostre ordenament jurídicocivil d'acord amb un principi propi, suposadament perquè no el tenim. En definitiva, aquí es tracta d'una manca de legislació i d'una llacuna no volguda.

Com exemple de llacuna no volguda i, per tant, de cas on entra supletòriament el Codi civil espanyol, podem recordar el supòsit de manca de regulació en relació amb el dret real de servitud de pas, ja comentat; ja que, per ara, en aquest cas, el nostre ordenament jurídicocivil és insuficient.

3) FONTS COMPLEMENTÀRIES: LA JURISPRUDÈNCIA (ART. 2.3 DEL PROJECTE DE REFORMA)

Com a qüestió nova, pel fet que l'actual art. 1 CDCB no hi fa referència, l'art. 2.3 del Projecte de Reforma diu:

“La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i, si n'és el cas, del Tribunal Suprem, complementarà l'ordenament civil balear”.

I amb relació a aquesta norma, el paràgraf 9è de l'EM del Projecte de

Reforma exposa que:

“Com és sabut, la doctrina emanada dels tribunals en interpretar i aplicar les normes de l’ordenament té un valor complementari excepcional. En el precepte s’al·ludeix a la doctrina del Tribunal superior de Justícia, la sala Civil i Penal és l’òrgan judicial competent per conèixer dels recursos de cassació per infracció de les normes de dret civil propi, ex article 478.1, segon paràgraf, de la Llei d’enjudiciament civil. D’altra banda, es fa una referència necessària a la doctrina emanada del Tribunal Suprem, per haver estat aquest el competent amb caràcter exclusiu per conèixer dels recursos de cassació –també d’aquells en què pogués haver-hi una infracció de normes de dret civil propi– fins al 1985⁵⁵, any en què la Llei Orgànica del Poder Judicial va dotar de competències als tribunals superiors de justícia, prevists a l’article 152 de la Constitució i als articles 48 i 50 de la redacció primitiva de l’Estatut d’Autonomia per a les Illes Balears (Llei Orgànica 2/1983, de 25 de febrer)”.

Pel que fa a tota l’articulació i funció del TSJIB no escau en aquest treball aportar res⁵⁶. Simplement, però, des del vessant de les fonts del dret, hem de recordar que la funció de la jurisprudència civil ve establerta a l’art. 1 CC, en relació amb les fonts del Dret civil estatal, i té la funció de ser doctrina complementadora de l’ordenament jurídic, perquè té l’autoritat que li proporciona l’òrgan del qual emana. Per tant, sabem que la jurisprudència no és font del dret, però té la funció de complement (a manera de simple interpretació; d’interpretació integradora; i de labor de consagració i aplicació dels principis generals del dret) de l’ordenament jurídic; per la qual cosa, considerem que seria més adient, enlloc de, com diu l’EM del Projecte de Reforma, que la doctrina jurisprudencial “té un valor complementari excepcional”, dir que la jurisprudència té “una funció complementària de l’ordenament jurídic d’excepcional valor”. Expressió que ens sembla més rigorosa per dir el que ja sabem que és la jurisprudència.

Així mateix, saber els requisits per poder parlar de jurisprudència no és tampoc objectiu d’aquest treball.

Finalment, només cal destacar que la labor del TSJIB i la seva doctrina la podem conèixer més fàcilment gràcies a la secció de Jurisprudència de Dret civil balear que ens ofereix puntualment la *Revista Jurídica de les Illes*

55.- La consulta d’aquesta jurisprudència és accessible gràcies a l’obra: Zaforteza de Corral, L. *et alter*, *Jurisprudència civil balear (1852-1998)*. Col·lecció Materials, núm. 3. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1999.

56.- Ens podem il·lustrar sobre el tema a: Muñoz Jiménez, F.J., “El recurso de Casación civil en materia de Derecho privativo”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004, pàgs. 119-190.

Balears, a cura del Dr. Masot Miquel, des que es va crear la Revista l'any 2001.

4) COMPILACIÓ COM A DRET COMÚ (ART. 2.4 DEL PROJECTE DE REFORMA)

L'art. 2.4 del Projecte de Reforma acaba amb una novetosa declaració, també pel fet que no està prevista a l'actual article 1 CDCB i que diu:

“4. Les disposicions d'aquesta compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis”.

En relació amb la declaració de la Compilació com a dret comú, el paràgraf 1r de l'Exposició de Motius del Projecte de Reforma exposa que:

“Les normes (...) regulades en el títol preliminar (...) constitueixen el dret civil general propi de la comunitat autònoma, juntament amb les seves disposicions finals i transitòries”.

La idea d'un dret civil general la reitera el paràgraf 4t de l'EM (encara que de manera gramaticalment poc clara o incompleta) quan diu:

“S'inicia la reforma amb la mateixa denominació del títol preliminar, per la necessitat de deixar constància que el conjunt de disposicions generals que conté són d'aplicació a tot el territori de la Comunitat Autònoma”.

I el paràgraf 10è de l'EM que justifica l'article comentat exposant que:

“S'ha posat de relleu, en el paràgraf quart de l'article que es justifica, que la Compilació és el dret comú de Balears, incloent en el text articulat aquella referència de l'Exposició de Motius de la Compilació de 1990, amb la finalitat de destacar el seu caràcter supletori de les altres lleis”.

Per una altra part, hem de dir que aquesta idea de dret comú també va unida al fet de la peculiar estructura de la Compilació, dividida en llibres, un per a cada Illa (menys Formentera, que forma amb Eivissa, les Pitiüses), la qual cosa manifesta el paràgraf 2n de l'Exposició de Motius del Projecte de Reforma:

“L'estructura de la Compilació va ser conseqüència de l'Informe elaborat per la Comissió de Juristes d'Eivissa, que per evitar la influència a les Illes Pitiüses del dret mallorquí “so pretexto de una vigencia general de éste en todo el territorio de las Baleares”, acordà, per unanimitat, elevar-lo a la Comissió General de Codificació redactora de la Compilació de 1961. Aquesta, tot i haver pres per

base el Projecte d'apèndix del 1949⁵⁷, varià totalment la sistemàtica i l'estructura del projecte que, finalment, es va dividir en tres llibres –el Llibre primer per a Mallorca, el Llibre segon per a Menorca i el Llibre tercer per a Eivissa i Formentera–, que constitueixen el dret especial de cadascun dels territoris insulars”.

I el paràgraf 12è de l'EM que, en relació amb la previsió de l'art. 2bis (que no comentem en aquest treball), assenyala pel que fa a aquesta distribució territorial que:

“la vigència local exclusiva de cada llibre, circumscrita a cada territori insular, conformat pel Llibre primer que s'aplica a Mallorca; el Llibre segon aplicable a Menorca, i el Llibre tercer a Eivissa i Formentera per la qual cosa aquesta aplicació estarà determinada per les normes establertes al Codi civil”.

Anem doncs a aprofundir en aquestes qüestions.

A) L'estructura de la Compilació

En relació amb l'article 2.4 del Projecte de Reforma és adient, com a primera qüestió a comentar, referir-nos al tema de l'estructura de la Compilació de 1990, que està dividida en llibres per territoris.

La sistemàtica de dividir la Compilació en tres llibres, un per cada territori format per les distintes Illes, es deu a l'Informe de la Comissió de Juristes d'Eivissa⁵⁸. Aquesta estructura es va plantejar i incorporar a la Compilació de 1961 i es va mantenir a la Compilació de 1990.

Al respecte, es diu que la divisió de la Compilació en tres llibres planteja el tema que, si no és el mateix Dret, al manco formalment, l'aplicable a les diferents Illes, no es pugui parlar, per tant, de la unitat del Dret civil balear⁵⁹. Per això, en opinió de Coca⁶⁰, “*lo aconsejable hubiera sido crear un*

57.- Fa referència al Projecte d'Apèndix (de Dret civil balear) aprovat el 22 de febrer de 1949, per la Comissió de Juristes de Balears anomenada per l'Ordre de 10 de febrer de 1948.

58.- Podem conèixer tots aquests documents precompilatoris gràcies al treball de documentació: Zaforteza de Corral, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Col·lecció Materials, núm. 2. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992.

59.- Cfr.: Ferrer Vanrell, M.P., *El Informe sobre la Reforma de la Compilación de Dret Civil de Balears*. Col·lecció Materials, núm. 5. UIB, 2000, pàgs. 67-68, que diu que: “no se puede negar la existencia de algunas instituciones con sus propias características diferenciadoras, seguramente como consecuencia de la estructura territorial, pero que a esta peculiaridad, que por otra parte existe en otros territorios forales se le denomine “ordenamiento específico”, es difícil de admitir”.

Cfr. també: Llodrà Grimalt, F., “Turisme, urbanisme i família: Noves realitats del Dret civil balear al segle XXI”. *Actes de les II Jornades d'estudis locals de Capdepera* de 30 de novembre de 2002. Ajuntament de Capdepera, 2003, pàg. 98.

Libro tras el Título Preliminar de disposiciones generales a todas las islas, a las cinco, y así se ordene unitariamente lo que ya es común, y separadamente las especialidades de cada una de las islas”.

Sigui com sigui, l'estructura actual permet afirmar que el “Dret civil propi general”⁶¹ només està format pel títol preliminar i les disposicions finals i transitòries de la Compilació i per les lleis especials (no contingudes a la Compilació) que tinguin com a àmbit d'aplicació territorial tot el territori de la CA. Per tant, són també dret general la Llei 11/2001, *de parelles estables*, i la Llei 1/2006, *de voluntats anticipades*.

B) Dret civil propi general – Dret comú

En conseqüència amb el que acabem de dir sobre el fet que l'estructura actual de la Compilació permet afirmar que, “Dret civil propi general” només ho són el títol preliminar i les disposicions finals i transitòries de la Compilació i les lleis especials autonòmiques en matèria civil, hem de concloure que el concepte “Dret civil propi general” i el de “Dret comú” no fan referència al mateix.

Per una part, ja sabem què és el “Dret civil propi general” i, per l'altra, de l'art. 2.4 del Projecte de Reforma extraïem que la Compilació és també dret general en el sentit de comú; de manera que, al marge que el seu títol preliminar i disposicions finals i transitòries siguin aplicables a totes les Illes i, per això, siguin Dret civil propi general; tot el text de la Compilació és alhora Dret comú (cada llibre ho és respecte del seu territori, hem d'entendre). Així, la declaració de Dret comú de la Compilació suposa:

- Que seran qualificades d’“especials” les lleis situades al marge de la Compilació, com per exemple la Llei de Parelles Estables, i alhora aquesta especialitat les fa d'aplicació preferent, dins del seu àmbit, enfront a la Compilació.

- Que la declaració de “dret comú” vol recordar el paper del “*ius commune*” com a dret supletori en primer grau respecte dels drets propis dels diferents territoris europeus⁶². Així diu el paràgraf 10è de l'Exposició de Motius del Projecte de Reforma que:

60.- Coca Payeras, M., *Compilación del Derecho civil de Baleares. Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pàgs. 13-14.

61.- Preferim aquesta expressió a la de “Dret civil general propi” utilitzada a l'EM del Projecte de Reforma ja que, en aquest contexte, és la qualitat de “general” la que es predica del “Dret civil propi”.

62.- El “*ius commune*” romà-canònic té la seva base en la recepció del dret romà a

“la Compilació és el dret comú de Balears, incloent en el text articulat aquella referència de l'exposició de motius de la Compilació de 1990⁶³, amb la finalitat de destacar el seu caràcter supletori de les altres lleis”.

La idea de “dret comú” també està present en la Llei catalana 29/2002, a l'art. 111-4 (“*Caràcter de dret comú*. Les disposicions d'aquest Codi constitueixen el dret comú a Catalunya i s'apliquen supletòriament a les altres lleis”), que va ser també objecte del recurs d'inconstitucionalitat, del qual ja hem parlat, perquè aquesta idea permet (segons l'advocat de l'Estat):

<<(…) alterar de manera inconstitucional el àmbit territorial de vigència del Derecho común. La atribución de la condición de Derecho común a las disposiciones contenidas en el Código Civil de Cataluña no puede ampararse en la función de modificación y

l'Europa de l'Edat Mitjana. El dret romà proporciona el fonament històric al “ius commune”, un dret que amb la recepció va ser vigent en molt de territoris europeus. I també ho fou a les Illes Balears com es posa de manifest als antecedents legislatius de la nostra Compilació. Per exemple, Ripoll i Palou, en la seva *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*, assenyalen que: “el derecho romano tomó de tal suerte carta de naturaleza entre nosotros, que sólo á él se ha acudido en todo aquello que las propias franquezas no determinaban”.

I com també ha posat de manifest la doctrina en molts d'estudis d'institucions civils pròpies. Com a mostra, destacam: Ballester, P., “Las instituciones forales de Menorca”. *Revista de Menorca*, 1899; Ferrer Vanrell, M.P., *La difinitio en el Derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. Palma, 1992; Martínez Piñeiro, E., “Las legítimas en Mallorca en el proyecto de Ley sobre la compilación del derecho civil de Baleares”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 12, 1985, pàgs. 92-108; Masot Miquel, M., “El régimen económico matrimonial en la Compilación de Derecho civil especial de Baleares”. *Temis*, núm. 12, 1962; *El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*. Palma, Graf. Miramar, 1976; i “El règim de separació de béns: la institució estrella del dret civil balear”. *Estudis Baleàrics*, núm. 28, 1988, pàgs. 9-19. Pascual González, L., *La definición, institución de Derecho sucesorio contractual*. Palma de Mallorca, 1962; Salvà Riera, J., *El derecho de familia en Mallorca*. Palma de Mallorca. Felipe Guasp, 1918; Zaforteza de Corral, L., “Consideraciones acerca del derecho transitorio y de la sustitución fideicomisaria condicional en el Derecho Civil de las Islas Baleares”. *La Llei*, 1991-2, pàgs. 201-221; i *El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca*. Palma, 1992; Cardona Guasch, O., “La institució pitiüsa de l'acolliment en una quarta part dels milloraments”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004; Llodrà Grimalt, F., *Sobre la sucesión intestada en Mallorca (antes y después de 1919)*. Col·lecció Materials, núm. 4, UIB, Palma, 1999.

63.- Fa referència a la següent declaració: “Avui dia, després de l'entrada en vigor de la Constitució, els Drets Civils de les diferents regions o nacionalitats no suposen un Dret constituït per normes d'excepció enfront de les del Codi civil, sinó senzillament, un Dret diferent: són el Dret comú que té vigència prioritària a les respectives circumscripcions territorials”.

desarrollo del Derecho Civil foral o especial porque viene a producir consecuencias en todo el ordenamiento jurídico y sólo sería admisible si se partiera de una concepción del ordenamiento jurídico catalán como una totalidad autosuficiente, dotado de principios propios que no tengan conexión alguna con el ordenamiento jurídico estatal.

(...) la declaración del Derecho civil de Cataluña como Derecho común permite su aplicación supletoria en el territorio de la Comunidad Autónoma en defecto de norma especial aplicable, impidiendo con ello la aplicación del Código Civil. Sin embargo, “el Código civil contiene normas que pertenecen no ya al sistema global jurídico-civil, sino al ordenamiento jurídico español como un todo”, por lo que su contenido “incumbe no ya al sistema global jurídico civil, sino al sistema jurídico global a secas, comprensivo de todos los sectores del ordenamiento, incluso el derecho constitucional”».

Pel que fa a aquesta qüestió, l'advocat de la Generalitat, va assenyalar (la qual cosa és aplicable també amb referència al Dret civil balear) que:

<<En particular, lo dispuesto en el art. 111-4, en conexión con el art. 111-5, no representa una modificación sustancial respecto del contenido del artículo 1 y DF 4ª de la Compilación de 1984 y responde a la habilitación expresada por el artículo 149.1.8ª CE para determinar el sistema de fuentes del Derecho Civil propio de Cataluña [...] plenamente coherente con la tradición jurídica catalana [...] evitando la heterointegración pero sin excluir al Código civil español que, además, resulta de directa aplicación en las materias constitucionalmente reservadas a la regulación estatal. En términos equivalentes han de entenderse la declaración del carácter de Derecho común de Cataluña [...] que en modo alguno desconocen la pertenencia a un ordenamiento jurídico superior, encabezado por la CE y el EA, ni la regla de supletoriedad del artículo 149.3 CE>>.

Per acabar, resta exposar com es va pronunciar el TC, en l'aixecament de la suspensió de la Llei catalana 29/2002, en relació amb la declaració de Dret comú:

“Lo dispuesto en este precepto tiene como antecedente inmediato el art. 4.3 CC, donde se afirma que las disposiciones del Código “se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”, expresión casi idéntica a la utilizada por el legislador autonómico catalán.

Pues bien, la lectura del precepto legal impugnado no impone la aplicación expansiva que sugiere el Abogado del Estado, sino que la

aplicación supletoria a que se refiere dicha norma puede limitarse a las leyes civiles de la Comunidad Autónoma de Cataluña”.

5) REDACCIÓ ALTERNATIVA COM A PROPOSTA DE LEGE FERENDA

L'exposició seguida en aquest treball i les observacions fetes ens duen a concloure que allò assenyalat a l'art. 2 del Projecte de Reforma podria ser assolit més fàcilment, per l'operador jurídic, si el legislador adoptés una redacció i exposició que seguís l'esquema de la seqüència aplicativa de la norma, com, per exemple, segons la nostra opinió, ho fa la següent redacció (que oferim com a proposta *de lege ferenda*).

<<Article 1: Les fonts del Dret civil de les Illes Balears:

Les fonts del Dret civil propi de les Illes Balears són, per aquest ordre: les normes autonòmiques en matèria de Dret civil, el costum i els principis generals del Dret civil propi>>.

<<Article 2. Regles generals del Dret civil de les Illes Balears:

1. Les disposicions del Dret civil balear són les normes d'aplicació preferent.
2. Les disposicions d'aquesta Compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis.
3. La integració de l'ordenament jurídicocivil balear es farà d'acord amb els principis generals del Dret que l'informen.
4. En l'aplicació del Dret civil propi, aquest ha de ser interpretat d'acord amb els principis generals que l'informen i, si es tracta de la interpretació d'una institució històrica, s'ha de prendre en consideració la tradició jurídica balear, continguda a les antigues lleis i els costums, la doctrina dels doctors i les decisions de la Reial Audiència.
5. Per manca de norma de Dret civil propi, s'aplicarà, com a dret supletori, el Dret civil espanyol, sempre que la seva aplicació no sigui contrària als principis generals que informen el Dret civil propi i que el buit normatiu no sigui volgut pel legislador balear.
6. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i, si n'és el cas, del Tribunal Suprem, complementarà l'ordenament civil balear>>.

Concloem assenyalant que, com a recolzament a favor de la redacció alternativa que proposem, es pot tenir en compte el fet que el paràgraf 6è

de l'EM del Projecte de Reforma, per tal de justificar l'art. 2 del Projecte de Reforma (en relació amb el qual hem proposat l'exposada redacció alternativa), no segueix l'esquema del mateix, sinó un més proper a la redacció que hem proposat, ja que l'EM parteix d'una premissa clara i deixa palès que, és a partir d'aquesta que es formulen les regles que l'aplicador del dret ha de tenir en compte, perquè diu:

“L'article 2 determina l'aplicació preferent del dret civil balear en el seu àmbit territorial de vigència i alhora resol els múltiples problemes que presenta la seva aplicació, derivats de la pròpia insuficiència mentre el legislador autonòmic no en procedeixi al “desenvolupament” total”.

Si ara tornem a llegir l'art. 2 del Projecte de Reforma es podrà entendre millor el que volem explicar, ja que pensem que no és lògic, vista l'explicació de l'EM del Projecte de Reforma, l'esquema que després segueix el mencionat art. 2.

VI. REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES: LA DOCTRINA

Sabem que la doctrina dels autors no constitueix una font del Dret, però també sabem que aquesta pot ser un element de gran importància a efectes de la interpretació de les lleis i que hauria de ser un element de feina que el legislador hauria de tenir en compte per elaborar un text legal o reformar-lo. Per tant, parlant de fonts, no podem acabar aquest treball sense fer una referència als autors que han investigat el Dret civil balear, en relació amb aquest tema.

Però, a la llista bibliogràfica següent, hem tingut en compte només els treballs consultats per tal de realitzar aquest treball, siguin o no sobre Dret civil balear, per tant, la llista no té cap pretensió d'exhaustivitat, la qual, tractant-se del Dret civil balear, seria una tasca difícil per la dispersió de fonts on es contenen les opinions doctrinals.

Aurioles Martín, A., *Introducción al Derecho Turístico*. 2^a edició, Tecnos, 2005.

Badosa Coll, F. (coord.), *Compendi de dret civil català*. Marcial Pons, 1999.

Badosa Coll, F., “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil”. *Iuris: Quaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pàgs. 11-36.

Ballester, P., “Las instituciones forales de Menorca”. *Revista de Menorca*, 1899.

Barral Viñals, I., “Los indeterminados límites del Derecho autonómico civil”. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*. Tom I, Cívitas, 2003, pàgs. 244-250.

Cardona Guasch, O., “La institució pitiüsa de l’acolliment en una quarta part dels milloraments”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004.

Clar Garau, R., “Artículo 1”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tom XXXI, vol. 1º i 2. Dirigits per Manuel Albaladejo i Silvia Díaz Alabart. Edersa, Madrid, 1980 i 1981, 1ª edic. Tom XXXI, vol. 1º, 2000, 2ª edic.

Clar Garau, R., “Engranaje de Constitución, Estatut, Código civil y Derecho foral”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 175 ss.

Coca Payeras, M., “¿Nueva Compilación del Derecho civil de Baleares o modificación de la vigente?”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 12, Palma, 1985.

Coca Payeras, M., “Aproximación a un concepto técnico del Ordenamiento civil”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1983, núm. 5.

Coca Payeras, M., “Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear. (En torno a los artículos 6 y 7 EA)”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma, 1985.

Coca Payeras, M., “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC. 88, 156 y 226 de 1993)”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, pàgs. 163-170.

Coca Payeras, M., “El despliegue del artículo 149.1.8ª de la Constitución en el ámbito jurídico balear”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pàgs. 35-54.

Coca Payeras, M., “Lección 26: La sucesión por causa de muerte. Los principios sucesorios romanos”, a: AA.VV. *Lecciones de Derecho civil balear*. Col·lecció materials didàctics. UIB, tercera edició revisada, Palma, 2004, pàgs. 296 ss.

Coca Payeras, M., “Sobre el origen y el desarrollo del concepto de doctrina legal”. *Revista Jurídica de Catalunya*, 1980, pàg. 611.

Coca Payeras, M., “Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981.

Coca Payeras, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*. Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

De Castro, F., “Fuentes del Derecho e interpretación”. *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pàg. 235.

Díez-Picazo, L. / Gullón A., *Sistema de Derecho civil*. Vol. I, Tecnos, 1992.

Ferrer Vanrell, M.P., “El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio”. *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 2, 2004, pàgs. 33-68.

Ferrer Vanrell, M.P., “La problemática de la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 de TSJB)”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 665, 2001, pàgs. 1079-1136.

Ferrer Vanrell, M.P., “Las fuentes del derecho civil balear: artículo 1 de la CDCB”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1918, 2002.

Ferrer Vanrell, M.P., a: AA:VV, *Lecciones de Derecho civil balear*. 3ª edic., Col·lecció materials didàctics, Universitat Illes Balears, 2004.

Ferrer Vanrell, M.P., *El Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears*. Col·lecció Materials, núm. 5. UIB, 2000.

Ferrer Vanrell, M.P., *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*. Palma, 1992.

Ferrer Vanrell, M.P., *Tradició jurídica mallorquina: Autors del segle XV al XVIII*. Col·lecció Materials, núm. 1. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1990.

Llodrà Grimalt, F., “Conservació de la biodiversitat i funció social de la propietat privada. Aproximació al Projecte de Llei de conservació de la biodiversitat de les Illes Balears”. *Congrés Espais naturals protegits: el paper de la propietat privada*. INESE, Palma, octubre 2004, pàgs. 95-101.

Llodrà Grimalt, F., “El patrimoni hereditari sotmès a distribució a la Compilació balear com a patrimoni fiduciari”. *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*. Coord. per Sergio Nasarre Aznar i Martín Garrido Melero. Monogràfics La notaria, 2006, pàgs. 267-282.

Llodrà Grimalt, F., “La naturaleza jurídica de la Sociedad Rural menorquina según su tradición jurídica”. *Estudis baleàrics*, núm. 68-69, 2000, pàgs. 111-124.

Llodrà Grimalt, F., “La protecció jurídica de la cultura popular”. *II Jornada d'estudis locals de Manacor*. Manacor, 2002, pàgs. 369-380.

Llodrà Grimalt, F., “Lección 8: Los contratos agrarios en Mallorca y Menorca”, a: AAVV, *Lecciones de Derecho civil balear*. UIB, Col·lecció Material Didàctics, 3ª edic., 2004, pàgs. 110-128.

Llodrà Grimalt, F., “Los contratos agrarios en Mallorca y Menorca”. A: *Aspectos de la normativa agraria en la Unión Europea y en América Latina. Cuadernos de Derecho Agrario*, n.º 3, Gobierno de La Rioja, pàgs. 235-255.

Llodrà Grimalt, F., “Notas para la regulación del derecho de servidumbre de paso en Mallorca”. VIII *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2006, pàgs. 115-149.

Llodrà Grimalt, F., “Sobre la conveniencia de regular el derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca”. A: *Principales novedades legislativas en el régimen jurídico de la actividad agraria. Cuadernos de Derecho Agrario*, n.º 4, Gobierno de La Rioja, pàgs. 217-252.

Llodrà Grimalt, F., “The Binding Preliminary Contract in European Private Law”. A: Gianmaria Ajani/Martin Ebers (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*. Nomos, Baden-Baden, 2005, pàgs. 199-217.

Llodrà Grimalt, F., “Turisme, urbanisme i família: Noves realitats del Dret civil balear al segle XXI”. II *Jornada d'Estudis locals de Capdepera*, 2002, pàgs. 95-106.

Llodrà Grimalt, F., “Un impulso al Derecho civil balear: Los contornos del Derecho civil balear ‘posible’. (Un estudio a propósito de la normativa autonómica en materia de Derecho de Consumo y del Turismo)”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004.

Llodrà Grimalt, F., *Sobre la sucesión intestada en Mallorca (antes y después de 1919)*. Col·lecció Materials, núm. 4, UIB, Palma, 1999.

Llodrà Grimalt, F., “El Derecho civil propio de la Isla de Mallorca”. *Narria, esutios de artes y costumbres populares*. Núm. 113-114-115-116, 2006, pàg. 36.

Martín Casals, M., “El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret privat europeu”. *Revista jurídica de Catalunya*, 2002-3, pàgs. 657 ss.

Martínez Piñeiro, E., “Las legítimas en Mallorca en el proyecto de Ley sobre la compilación del derecho civil de Baleares”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 12, 1985, pàgs. 92-108.

Masot Miquel, M., “Compilación del Derecho Civil especial de Baleares”. *Temis* 12, 1962, pàgs. 213-223.

Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares*, tom II, 1992.

Masot Miquel, M., “El Código Civil y su aplicación en el Derecho Civil balear”, a: *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 2, 1990, pàgs. 1299-1332.

Masot Miquel, M., “El règim de separació de béns: la institució estrella del dret civil balear”. *Estudis Baleàrics*, núm. 28, 1988, pàgs. 9-19.

Masot Miquel, M., “El régimen económico matrimonial en la Compilación de Derecho civil especial de Baleares”. *Temis*, 12, 1962.

Masot Miquel, M., “Una reflexió, al començament del segle XXI, sobre la vigència a Mallorca i Menorca dels principis successoris romans”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004, pàgs. 5-33.

Masot Miquel, M., *El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*. Palma, Graf. Miramar, 1976.

Montserrat Quintana, A., “La aplicación de los principios generales en el Derecho civil balear”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 443-464.

Munar Bernat, P.A., “Algunas reflexiones sobre la mediación familiar”. *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*, Govern de les Illes Balears, 2006, pàgs. 465 ss.

Munar Bernat, P.A., “La protección del menor en las Islas Baleares”. *Revista jurídica de les Illes Balears*, núm. 1, 2003, pàgs. 157-180.

Muñoz Jiménez, F.J., “El recurso de Casación civil en materia de Derecho privativo”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, VII, 2004, pàgs. 119-190.

Pascual González, L. / Masot Miquel, M., *Derecho Civil de Mallorca. El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación*. Ed. Embat y José J. Olañeta, Palma, 1979.

Pascual González, L., *Derecho Civil de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1951.

Pascual González, L., *La definición, institución de Derecho sucesorio contractual*. Palma de Mallorca, 1962.

Planas Rosselló, A., *La abogacía en el Reino de Mallorca. Siglos XIII-XVIII*. Leonard Muntaner, Palma, 2003.

Planas Rosselló, A., *Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*. Col·legi d'advocats de les Illes Balears, Palma, 1996.

Rosselló Rossinyol de Zgranada, R. / Masot Miquel, M., *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1992.

Salvà Riera, J., *El derecho de familia en Mallorca*. Palma de Mallorca. Felipe Guasp, 1918.

Torres Lana, J.A., “Panorama del Derecho Civil de las Islas Baleares”. *Derechos civiles de España* coord. per Julián Martínez-Simancas Sánchez / Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, vol. 8, 2000, pàgs. 4717-4760.

Tur Faúndez, M.N., “El documento de instrucciones previas o testamento vital: régimen jurídico”. *Aranzadi civil*, núm. 2, 2004, pàgs. 1955-1984.

Verdera Izquierdo, B., “Los arrendamientos urbanos para uso distinto del de vivienda”. *El Consultor Inmobiliario*, núm. 6, octubre de 2000, pàgs. 36-60.

Zaforteza de Corral, L. *et alter*, *Jurisprudència civil balear (1852-1998)*. Col·lecció Materials, núm. 3. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1999.

Zaforteza de Corral, L., “Consideraciones acerca del derecho transitorio y de la sustitución fideicomisaria condicional en el Derecho Civil de las Islas Baleares”. *La Llei*, 1991-2, pàgs. 201-221.

Zaforteza de Corral, L., *El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca*. Palma, 1992.

Zaforteza de Corral, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Col·lecció Materials, núm. 2. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REGLAMENTOS Y LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

**DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES
PRONUNCIADO EL 27 DE MARZO DE 2007,
POR EL ILMO. SR. D. PEDRO ANTONIO AGUILÓ MONJO**

I N D I C E

I - INTRODUCCIÓN.

II - BREVE RESEÑA DE LA POTESTAD REGLAMENATRIA.

- 1.- Su funcionamiento y órganos que la ostentan.
- 2.- Su distinción con el acto administrativo y otras figuras afines.
- 3.- Inaplicación e impugnación de los reglamentos ilegales.

**III - LOS ANTECEDENTES DEL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS
POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.**

- 1.- Los anteriores a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
- 2.- La situación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.
- 3.- Los antecedentes inmediatos de la regulación actual.

IV - LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO.

- 1.- El mantenimiento del recurso directo y del denominado recurso indirecto.
- 2.- El planteamiento general de la cuestión de ilegalidad y el sistema

de recursos contra sentencias resolutorias de recursos indirectos contra reglamentos.

- 3.- La insuficiente regulación de las particularidades procesales que exige la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley 29/1998.

V - LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD.

1.- Naturaleza jurídica.

2.- Presupuestos que obligan al planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

A.- Que se haya formulado recurso contencioso-administrativo contra un acto de aplicación de una disposición general fundado en que esta última no es conforme a derecho.

B.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto no sea competente para conocer, también, del recurso directo contra la disposición general aplicada y considerada ilegal.

C.- Que en el recurso indirecto haya recaído sentencia estimatoria firme.

3.- Requisitos subjetivos.

4.- Requisitos objetivos.

5.- Procedimiento.

A.- Planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

B.- Trámite de admisión.

C.- Tramitación.

D.- Sentencia.

E.- Recurso contra la sentencia.

F.- Publicación.

G.- Condena en costas.

6.- Cuestión de ilegalidad y extensión de efectos de las sentencias.

VI - CONCLUSIONES.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REGLAMENTOS Y LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD¹

I INTRODUCCIÓN

Enfrentado a la elección del tema de mi discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, como académico de número, he optado por una cuestión directamente relacionada con lo que fue núcleo de mi vocación y ha sido actividad fundamental de mi dedicación profesional durante más de treinta años: la defensa en juicio de la Administración Pública.

La extensión del tema elegido, para no convertirlo en inabarcable, exige efectuar las siguientes precisiones y delimitaciones previas:

- No pretendemos referirnos a todos los controles a que se somete el ejercicio de la potestad reglamentarla. No lo haremos, por ejemplo, al control previo del Consejo de Estado o de los respectivos Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas mediante dictamen preceptivo emitido al final del procedimiento de elaboración.
- Tampoco centraremos nuestro examen en el deber de inaplicar los reglamentos que sean contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa que el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a todos los órdenes jurisdiccionales. De todos ellos, sólo la jurisdicción contencioso-administrativa puede no sólo inaplicar sino también anular los reglamentos ilegales.

1.- Es obligado reconocer la magistral contestación a la lectura del presente discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, realizada por el Académico, Ilmo. Sr. Tomás Mir de la Fuente. Sus observaciones y sugerencias obligan a profundizar en la apuntada utilidad de la cuestión de ilegalidad en todo supuesto de inaplicación de reglamentos por cualquier órgano y orden jurisdiccional.

- Exceden también de nuestro objetivo los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional para determinar a quien corresponde la titularidad de la potestad reglamentaria ejercitada y discutida.
- Concretamos el análisis en el control de la potestad reglamentaria efectuado por la jurisdicción contencioso-administrativa y, aún más, en el que se encauza, no a través del recurso directo (artículo 25.1 de la Ley 29/1998), que puede interponerse dentro del plazo general de dos meses desde su publicación a través del procedimiento ordinario o en el plazo de diez días a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998), sino mediante el denominado recurso indirecto (artículo 26.1 de la Ley 29/1998), que supone la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de los reglamentos, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho, y que abre la puerta a la cuestión de ilegalidad que regula el artículo 27 de la Ley 29/1998 y desarrollan, como procedimiento especial, los artículos 123 a 126 de la misma Ley.

II

BREVE RESEÑA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

1.- Su fundamento y órganos que la ostentan.

La potestad reglamentaria constituye el poder atribuido a la Administración de dictar normas que se incorporan al ordenamiento jurídico. Se rompe con ello el monopolio normativo del poder legislativo que se expresa a través de la Ley.

Las dificultades históricas de asentamiento de la potestad reglamentaria nacen de su difícil articulación con el paradigma, que alcanzó niveles de dogma, de la división de poderes. Según este último, la producción normativa correspondía al Parlamento mientras que al Gobierno y a la Administración sólo le incumbía la aplicación de aquélla. La situación evolucionó de modo distinto en los denominados sistemas francés y anglosajón. En el primero, a partir del principio “monárquico”, que se contraponen al “democrático”, se ha llegado a la formulación de un poder reglamentario general del Gobierno. En el segundo, que pretende, aunque sea formalmente, un mayor apego al principio de división de poderes, la potestad normativa (reglamentaria) del Poder Ejecutivo se ha construido mediante la técnica de la legislación delegada. Pero en uno y otro sistema existe unanimidad acerca de la absoluta necesidad de una potestad normativa de la Administración como técnica indispensable para el

gobierno de las complejas sociedades actuales.

Sin necesidad de extensas argumentaciones resulta patente que, en España, el fundamento de la potestad reglamentaria, como poder general de la Administración (sistema francés), deriva directamente de la Constitución de 1978 y, en concreto, de su artículo 97 según el cual el Gobierno “Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Dicho precepto remarca ya la nota esencial al Reglamento de su subordinación a la Ley, que, por otra parte, ratifican tanto el artículo 9.3 C.E., al garantizar el principio de jerarquía normativa, como el artículo 103.1, también de la Carta Magna, al establecer que la Administración pública actúa, tanto al dictar actos como al aprobar reglamentos, “con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho”.

Dos precisiones deben añadirse a lo hasta ahora expuesto: la primera supone que, al organizarse territorialmente el Estado en municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan (artículo 137 C.E.), gozando todos ellos de autonomía (artículo 140, 141 y 143 C.E.), todas las Administraciones territoriales disponen de potestad reglamentaria²; y la segunda resalta que, contrariamente a lo que ocurre con los actos administrativos, no todos los órganos de la Administración están investidos de la potestad reglamentaria. Habrá pues que analizarlo sintéticamente en relación a la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales:

- Administración del Estado.

El artículo 97 de la Constitución únicamente atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno que la ostenta, por lo tanto, con carácter general y sin necesidad de habilitación específica. Pero es indiscutible que la legislación ordinaria también la reconoce a los Ministros, si bien precisada de habilitación mediante Leyes específicas, caso a caso³, y al Presidente del Gobierno en materias organizativas relativas a la estructura del Gobierno⁴.

2.- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Ramón: Curso de derecho administrativo, tomo I, décima ed., pág. 190 a 192.

Se refieren, también, a la potestad reglamentaria de determinados órganos constitucionales (como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial) de las Universidades y de las denominadas Administraciones Independientes (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, entre otras, y el caso singular del Banco de España). Y añadimos que habría que sumar también la potestad reglamentaria que pudiera desarrollar la Administración Institucional o las llamadas Administraciones independientes en virtud de expresa habilitación legal. Pero es ésta una cuestión que excede del presente trabajo.

- Administración de las Comunidades Autónomas.

Como es sabido, la norma de cabecera de las Comunidades Autónomas es el Estatuto de Autonomía, que el artículo 147.1 C.E. califica como “norma institucional básica” y que forma parte, según la doctrina del Tribunal Constitucional, del denominado “bloque de la constitucionalidad”. Pues bien, todos los Estatutos de Autonomía atribuyen, con carácter general, la potestad reglamentaria a su respectivo Gobierno.

Para las Illes Balears, el Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero⁵, establece, en la redacción derivada de la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, que el Gobierno tiene la potestad reglamentaria (artículos 33, 48 y 49.3). Es claro el paralelismo de dichas normas con el artículo 97 C.E., como lo es, también, el de la regulación relativa a los titulares de la potestad reglamentaria que, para las Illes Balears, se contiene en el artículo 38 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears, que establece las siguientes reglas:

- Ratifica la atribución de la potestad reglamentaria, como poder general, al Gobierno.
- Admite la de los Consejeros, con carácter general, para regular la organización y el funcionamiento de los servicios de la Conselleria y, de modo específico, en las materias propias de su Departamento,

3.- Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril de 1997.

Así resulta del artículo 12.2.a) (LOFAGE) que enumera entre las facultades del Ministro la de “ejercer la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica”. Además, la propia LOFAGE les reconoce la potestad reglamentaria organizativa interna de su propio Ministerio (vide, por ejemplo, los artículos 10.2, 12.1, 12.2.b) y d)...)

4.- Así resulta del artículo 2.1.1 de la LOFAGE que reconoce al Presidente del Gobierno competencia propia para crear, modificar y suprimir los Departamentos Ministeriales y las Secretarías de Estado, mediante Real Decreto. Y así lo confirma el artículo 23.3 de la Ley de 23 de noviembre de 1997, LGO, cuando se refiere a los Reglamentos que aprueba mediante Real Decreto el Presidente del Gobierno.

5.- En el momento de la publicación del discurso de ingreso ya ha entrado en vigor la ley Orgánica 1/2007, de 27 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en cuyo artículo 70 se atribuyen directamente a los Consejos Insulares determinadas materias (2º), como competencias propias. Además, el artículo 721 establece que “En las competencias que son atribuidas como propias a los consejos insulares, éstos ejercen la potestad reglamentaria”. Se trata, sin duda, de un tema de enorme trascendencia que excede los limitados márgenes del presente discurso. Resta añadir que en relación a tales materias el gobierno de las Illes Balears, en virtud del artículo 58.3, podrá únicamente establecer los principios generales (una especie de reglamento de bases), garantizando el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejos insulares.

cuando lo autorice (caso a caso) una Ley o un Decreto del Gobierno⁶.

- La atribuye al Presidente de la Comunidad Autónoma sólo en los casos siguientes: para la creación y extinción de Consellerías, incluida la modificación de su denominación o de sus competencias; para establecer el régimen de suplencias de los Consellers y de la Secretaría del Consejo de Gobierno; y para cualquier otro supuesto previsto en una norma con rango de ley.

- Administración Local.

El artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en la redacción derivada de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, ha reestructurado las potestades de que gozan las entidades locales, incluyendo la potestad reglamentaria, junto a la de autoorganización, en el epígrafe a) del apartado 1. La atribución de dicha potestad normativa descansa en la distinción entre entes locales necesarios, con expreso reconocimiento constitucional (Municipios, Provincias e Islas), y contingentes, sean inframunicipales (como las entidades locales menores) o supramunicipales (como las comarcas, las áreas metropolitanas o las mancomunidades de municipios). Las primeras tienen reconocida la potestad reglamentaria directamente por la Ley 7/1985, de 2 de abril (artículo 4.1.a). Para las segundas, hay que distinguir entre las entidades locales infra o supramunicipales cuyo reconocimiento de potestad reglamentaria deriva de las “leyes” (cualesquiera y no sólo la de Régimen Local) de las Comunidades Autónomas (artículo 4.2 de la Ley 7/1985) y las mancomunidades de municipios que la reciben de los Estatutos por los que se rijan y, en defecto de previsión estatutaria, la ostentan “siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades” (artículo 4.3 de la Ley 7/1985).

En cuanto al órgano titular de la potestad reglamentaria, tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, hay que distinguir entre los municipios que cabría denominar “de régimen común” en los que

6.- Llama la atención que, contrariamente a lo que ocurre en la regulación estatal, la habilitación específica atributiva de potestad reglamentaria a los consejeros pueda provenir de un Decreto del Gobierno y no sólo de la Ley. Aunque, ciertamente, la Orden del Conseller desarrollará y completará, normalmente, el Decreto del Gobierno habilitante, podría pensarse que se produce un cierto traslado del ejercicio de la competencia reglamentaria que podría vulnerar la taxativa (“En ningún caso...” prohibición de delegación de competencias para “la adopción de disposiciones de carácter general”, contenida en el art. 13.2.b). A nuestro juicio no hay tal, ya que es la propia Ley (art. 38.2.b) de la Ley Balear 4/2001) la que efectúa la atribución originaria de la potestad reglamentaria en los términos expuestos.

corresponde al Pleno “la aprobación del Reglamento Orgánico y de las ordenanzas” (artículo 22.1.d), sin posibilidad de delegación (artículo 22.4) y los municipios de gran población⁷ (artículos 121 a 138 que constituyen el nuevo Título X de la Ley 7/1985, tras la Ley 57/2003), en los que hay que diferenciar, por un lado, los reglamentos de naturaleza orgánica destinados a regular las materias contenidas en el artículo 123.1.c) (el Pleno, el Consejo Social de la ciudad, la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, el órgano de resolución de reclamaciones económico-administrativas, los órganos complementarios, la división en distritos y los niveles esenciales de organización municipal en grandes áreas de gobierno y los procedimientos de participación ciudadana), para los que se exige aprobación del Pleno mediante el quórum reforzado de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación (artículo 132), siendo indelegable (artículo 123.3 “a contrario sensu”); y, por otro, las ordenanzas y reglamentos (no orgánicos) municipales, cuya aprobación corresponde al pleno (artículo 123.1.d), por mayoría simple (artículo 123.2), pero para los que admite, separándose aparentemente de la prohibición contenida en el artículo 13.2.b) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común, la posibilidad de delegación en las Comisiones integrantes del Pleno, con respeto a su proporcionalidad (artículos 123.3, en relación al 122.3, párrafo segundo y 4 de la Ley 7/1985)⁸.

2.- Su distinción con el acto administrativo y otras figuras afines.

Tradicionalmente se ha considerado que el Reglamento se distinguía de los actos administrativos en sentido estricto⁹ por la nota de la generalidad¹⁰, sin embargo hoy podría hablarse de unanimidad doctrinal acerca de que el

7.- Comprende, según el art. 121 de la Ley 7/1985, necesariamente, los municipios de más de 250.000 habitantes y las capitales de provincia que superen los 175.000 habitantes y, si así lo acuerdan las Asambleas Legislativas autonómicas, a instancias de los respectivos Ayuntamientos, los municipios que sean capitales de provincia y no alcancen el techo poblacional citado, las capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y los municipios que superen los 75.000 habitantes y presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

8.- La aludida separación del art. 13.2.b) de la Ley 30/1992 resulta particularmente atenuada si se tiene en cuenta que la “delegación” se produce a favor de las Comisiones integrantes del Pleno, que constituyen una forma de autoorganización de este último, de modo que, más que de delegación en un órgano “distinto”, cabría hablar de aprobación por el propio Pleno mediante una Comisión integrante del mismo.

9.- Aunque la mayoría de la doctrina (en particular toda la denominada escuela de García de Enterría) sostiene la diferencia sustancial entre reglamento y acto administrativo, existen autores (por ejemplo, Entrena Cuesta, Garrido Falla y Boquera Oliver) que estiman que el

dato esencial que caracteriza a las disposiciones reglamentarias, frente a los actos administrativos, consiste en la vocación de aquéllas para incorporarse al ordenamiento jurídico, de modo que su aplicación no agota su eficacia futura sino que la refuerza.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1995 (Aranz. 6701/1995) estima que el contenido del reglamento se caracteriza, frente al acto administrativo, por que:

“El acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de «generalidad» y «carácter abstracto» que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general («Tu, legem patere quem ipse fecisti»), como reconoce el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administración del Estado de 26 de julio de 1957 –hoy, el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, a cuyo tenor, «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas», –hoy, se refiere a que «...tengan igual o superior rango (en vez de grado) a éstas»¹¹.

Corolario ineludible de lo expuesto será que la forma adoptada (decreto

reglamento no es más que un acto administrativo general y normativo frente a los singulares y aplicativos de la norma, lo que trasciende a sus consecuencias en caso de ilegalidad: siempre nulidad de pleno derecho (art. 62.2 y 102.2 de la Ley 30/1992) de los reglamentos ilegales, para los primeros; y posible anulabilidad, en particular para determinados vicios del procedimiento de elaboración, para los segundos..

10.- El artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se refiere todavía a “... las disposiciones generales de rango inferior a la Ley...”. Idéntica expresión utiliza también el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985 de 1 de julio, una vez superada la redacción inicial que se refería (a nuestro juicio con mayor propiedad) a “disposiciones reglamentarias”.

11.- En el mismo sentido, y siempre destacando la nota de integración en el ordenamiento jurídico como propia de los Reglamentos, pueden citarse, entre otras, las sentencias del

o resolución, por ejemplo) no sea decisiva para concluir si estamos en presencia o no de una disposición reglamentaria. Contrariamente, habrá que atender a su contenido para analizar si se integra en el ordenamiento jurídico, innovándolo, o si, en cambio, supone sólo aplicación al caso de dicho ordenamiento.¹²

A este respecto conviene precisar que existen actos administrativos que tienen por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas (vide el artículo 59.6.a) de la Ley 30/1992) y que siempre tendrán esta naturaleza los “actos” que aprueban las bases y la convocatoria de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, particularmente en materia de contratación o de personal¹³. Todos ellos constituyen aplicación del ordenamiento jurídico, sin vocación de incorporación al mismo con

Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1975 (Aranz. 3615), 17 de enero de 1977 (Aranz. 148), 25 de febrero de 1980 (Aranz. 1055), 20 de mayo de 1981 (Aranz. 2109), 22 de octubre de 1984 (Aranz. 5138) y 21 de marzo de 1986 (Aranz. 2321). Esta última enseña que “... el acto administrativo se caracteriza porque su cumplimiento agota el acto, y, por el contrario, la norma con su cumplimiento no se agota, y, por otro lado el acto administrativo, bien tenga contenido particular o general –referido a una pluralidad indeterminada de sujetos– es un acto ordenado, y el acto norma, al estar imbuido de un carácter ordinamental se integra en el Ordenamiento...” y añade que “...las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran con mayor o menor rango en el ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada”.

12.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Illes Balears nº 46, de 25 de enero de 2005, con pleno acierto, a nuestro juicio, determina que el Decreto del Gobierno Balear que fija, dentro del marco legal, el número de domingos y festivos en que podrán permanecer abiertos los establecimientos comerciales de las Illes Balears, tiene un contenido normativo, que se integra en el ordenamiento jurídico, aunque su vigencia temporal se limite a un año; mientras que la Orden del Conseller de Comercio, Industria y Energía, que concreta cuáles sean dichos domingos y festivos, dentro del número prefijado, constituye simple acto administrativo de aplicación del ordenamiento. La consecuencia que extrae es la de que el primero debe someterse al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, incluyendo el dictamen preceptivo del Consell Consultiu, mientras que el segundo no.

13.- La aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones Públicas tiene, en cambio, naturaleza normativa puesto que los datos que contienen se incorporan al ordenamiento jurídico con vocación de permanencia. Así lo reconoce expresamente, por ejemplo, la sentencia del TS de 1 de octubre de 2001 (Aranz. 8257/2001) y las múltiples anteriores que en la misma se citan. No obstante, en otras sentencias del TS, como las de 8 de enero de 2002 (Aranz. 2047/2002) y de 3 de marzo de 1995 (Aranz. 2305/1995), se matiza que “... el Tribunal Supremo ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puesto de trabajo... dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, al tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos...”

estabilidad y permanencia. En cambio, en materia de subvenciones, tanto la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre¹⁴, como la legislación autonómica balear contenida, hoy, en el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre¹⁵, articulan un sistema en virtud del cual las bases tienen auténtica naturaleza normativa y las respectivas convocatorias constituyen actos de aplicación.

Tampoco resulta decisivo que se haya sometido o no al procedimiento de elaboración de disposiciones generales¹⁶. Ciertamente, la utilización de dicho procedimiento es expresión de que el Gobierno (o el Ministro o Consejero) pretende ejercer la potestad reglamentaria y aprobar una disposición de carácter general, pero no es menos cierto, aunque excepcional, que, en virtud de los criterios expuestos, lo aprobado puede no tener contenido normativo innovador del ordenamiento jurídico. Mayor relevancia para nuestro estudio debe atribuirse a la existencia de auténticas normas de carácter reglamentario que no se someten, en cambio, al procedimiento general de elaboración de disposiciones generales. Nos estamos refiriendo a las múltiples manifestaciones de la potestad de planeamiento que no se limitan a la aplicación del ordenamiento sino que se incorporan a éste como último escalón concretizador, tras la ley y, en su caso, el reglamento. Y es claro que dichos instrumentos de planeamiento se tramitan y aprueban mediante procedimiento específico distinto del de elaboración de disposiciones generales, pero lo es también que su contenido puede ser propiamente normativo. Así puede ocurrir con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales o los Planes Rectores de Uso y Gestión en materia medioambiental y de espacios naturales protegidos, o con los variados instrumentos de ordenación territorial (Planes Territoriales Insulares o Planes Directores Sectoriales, por ejemplo) y, singularmente, con los distintos tipos de planes urbanísticos. El examen de la jurisprudencia del

14.- El artículo 9.2 de la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece que “Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, se han de aprobar las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos que establece esta Ley”.

15.- El Decreto-Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre ha refundido las anteriores Leyes 5/2002, de 21 de junio, de Subvenciones y 6/2004, de 23 de diciembre, de modificación de la anterior para adaptación a la normativa básica estatal contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre. En el artículo 10.1 de la Ley 5/2002 y, hoy, en el artículo 12.1 del Decreto-Legislativo 2/2005, se dispone que “No es pot iniciar el procediment de concessió de subvencions sense que el conseller competent n’hagi establert prèviament per ordre, en ús de la potestad reglamentària, les bases reguladores corresponents...”

16.- Regulado para la Administración del Estado en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y para la de las Illes Balears en los arts. 42 a 47 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.

Tribunal Supremo evidencia que los recursos indirectos contra reglamentos y las cuestiones de ilegalidad que han tenido por objeto planes urbanísticos resultan muy numerosos.

En el ámbito de las Administraciones locales, ya hemos anticipado que el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la aprobación de ordenanzas y reglamentos, corresponde al Pleno. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado sistemáticamente que los bandos de los Alcaldes puedan ser expresión de la potestad reglamentaria. Así resulta, por ejemplo, de la sentencia del TS de 23 de octubre de 2002 (La ley, de 25 de noviembre de 2002, nº 8003), o, de la más reciente, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), de 6 de junio de 2005 –La ley, nº 2125/2005–. La primera de ellas señala que:

“... los bandos tienen por objeto determinar cuestiones de tono menor y carácter instrumental, como pueden ser las relativas a la fijación de los lugares en los que se llevarán a cabo determinadas actuaciones o prestaciones o las meramente complementarias, acordadas para la mera ejecución de la normativa fijada por las ordenanzas propiamente dichas, u otras disposiciones de rango superior. O también, que a través de los mismos pueden adoptarse las medidas necesarias urgentes para prevenir o paliar daños provenientes de las catástrofes o infortunios e incluso a plasmar los acuerdos que una habilitación legal explícita permita que puedan materializarse a través de este tipo de resolución. Ahora bien, lo que no es admisible es un bando como el analizado en autos, que no se limita a refundir o instrumentar la ejecución de normas reglamentarias, sino a regular auténticamente, con vocación de permanencia, la circulación, carga, descarga y estacionamiento de vehículos pesados y de mercancías en el término municipal estableciendo prohibiciones, tipificando infracciones y previendo la imposición de sanciones por su incumplimiento. Por tanto, reúne las condiciones de generalidad, estabilidad y fijación de derechos y obligaciones para los administrados que son características de las normas reglamentarias, por lo que su aprobación era competencia exclusiva del pleno del Ayuntamiento...”¹⁷

Para cerrar el breve recorrido encaminado a distinguir el reglamento de distintas figuras afines, debemos referirnos a las Instrucciones y Ordenes de Servicio que regula el artículo 21 de la Ley 30/1992, así como el artículo, también 21, de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la

17.- La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo abiertamente, con matización del principio de reserva de ley en materia sancionadora (art. 25 C.E.), la participación de las ordenanzas y reglamentos locales en la delimitación de infracciones y fijación de sanciones –vide, por todas, la sentencia TS de 29 de septiembre de 2003–. Dicha solución ha encontrado eco definitivo en las leyes 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido y 27/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local.

Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que, junto a las anteriores, alude también a las Circulares. La Ley balear, en los apartados 2, 3 y 4 del artículo citado, define cada uno de los conceptos, estableciendo sus diferencias¹⁸. En principio, las Instrucciones, Circulares y Ordenes de Servicio no constituyen una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria sino de la jerarquía administrativa. Sin embargo, a veces, bajo la forma de aquéllas, y, en particular, de las dos primeras, se esconden auténticas normas jurídicas emanadas de la Administración, lo que las configura como verdaderos reglamentos. En este sentido cabe citar la sentencia del T.C. de 5 de octubre de 1992 que reconoce naturaleza reglamentaria a las Circulares del Banco de España o, entre otras, la sentencia del T.S, de 27 de noviembre de 1989 (Aranz. 8327/1989) que confirma que, a pesar de su denominación, una Circular del Instituto Nacional de la Salud, por su contenido, “... entra de lleno en campos que requerirían su regulación mediante norma del rango adecuado...”, ratificando, en definitiva, su naturaleza reglamentaria.

3.- Inaplicación e impugnación de los reglamentos ilegales.

El control de la posible ilegalidad de los reglamentos puede realizarse por dos vías: de modo difuso, mediante la inaplicación y de manera directa, a través de la impugnación y anulación.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece, con particular rotundidad, que “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”. Dicha regla trae causa del artículo 7.1 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 que ya estableció, para los Jueces y Tribunales de cualquier orden, la obligación de inaplicar los reglamentos ilegales, y, además, resulta coherente con el artículo 117.1 de la Constitución según el cual están “... sometidos únicamente al imperio de la ley”. La técnica de la

18.- En concreto, el apartado 2 del artículo 21 de la Ley balear 3/2003, señala que “Tenen la consideració d'instruccions aquelles regles internes adreçades a establir pautes o criteris d'actuació, per les quals s'han de regir, en general, els òrgans i les unitats administratives dependent, o aquells que les han d'aplicar per raó de la matèria o les tasques que desenvolupen”; el apartado 3 dispone que “Són circulars aquelles pautes d'actuació interna dictades pels òrgans superiors o directius i encaminades a recordar l'aplicació de determinades disposicions legals o a unificar criteris d'interpretació d'aquestes, amb la finalitat d'aplicar-ne en l'àmbit de l'actuació administrativa una interpretació homogènia”; y el apartado 4 añade que “Les ordres de servei són mandats específics dictats per qualsevol òrgan de l'Administració que s'adrecen a un òrgan jeràrquicament inferior per a un supòsit determinat”.

inaplicación por todos los órdenes jurisdiccionales¹⁹ constituye lo que se ha denominado control difuso de la legalidad de los reglamentos. Es obvio que a las jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa les está vedado el enjuiciamiento, con la consiguiente posibilidad anulatoria, de la legalidad de los reglamentos.

La impugnación de los reglamentos y la posible anulación de los mismos sólo puede residenciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así resulta del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de los artículos 1.1 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al incluir en su ámbito las pretensiones que se deduzcan en relación “...con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.”

Dos cuestiones despiertan nuestro interés en las relaciones entre la inaplicación por todos los órdenes jurisdiccionales de los reglamentos ilegales y la impugnación y posible anulación de los mismos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- a) La primera consiste en advertir que, por regla general, cuando en un sistema judicial se superpone al control difuso (inaplicación) un control directo (impugnación y posible anulación), aquél tiende a desaparecer o a supeditarse al segundo.

A este respecto cabe anotar que en los países que han pasado de un control difuso de la constitucionalidad de las leyes a un enjuiciamiento de las mismas por un Tribunal Constitucional, el control difuso desaparece. Ciertamente se podría aducir, para el mantenimiento del control difuso de la legalidad de los reglamentos, que el artículo 117.1º C.E. somete únicamente a los Jueces y Tribunales “... al imperio de la Ley”. Pero inmediatamente habría que anotar que la propia Constitución prevé, en su artículo 153.c) que “El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

19.- La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia de 28 de diciembre de 1992 (Aranz. 10368) se plantea, aunque descarta, la inaplicación del artículo 4.d) del R.D. 2104/1984 por pretendida vulneración del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, y la de 23 de septiembre de 1999 (Aranz. 7487) inaplica el R.D. 1647/1997, de 31 de octubre, por no ajustarse al principio de jerarquía normativa.

De igual modo, por ejemplo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 de marzo de 1996 (Aranz. 2241) analiza y confirma un supuesto en el que el Tribunal “a quo” ha inaplicado el R.D. de 29 de agosto de 1986 por contradecir el art. 3 de la Ley de 16 de Diciembre de 1954; y la de 10 de mayo de 1999 (Aranz. 2886) inaplica el art. 16 del Reglamento Hipotecario por estimar que vulnera el art. 369 del Código Civil y los arts. 3 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

(...) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias”. Y que el control de los reglamentos de las demás Administraciones Públicas, aunque no esté constitucionalizado, deriva de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4), que forma parte del denominado “bloque de la constitucionalidad”, por aplicación del artículo 122.1º C.E.

- b)** La segunda pone en relación el juicio impugnatorio efectuado por la jurisdicción contencioso administrativa sobre los reglamentos ilegales y la posibilidad de inaplicación por los demás órdenes jurisdiccionales. Es obvio que la anulación de un reglamento (total o parcialmente) por la jurisdicción contencioso-administrativa, sea en recurso directo o indirecto o mediante cuestión de ilegalidad, supone su expulsión del ordenamiento jurídico y elimina la posibilidad de inaplicación por los demás órdenes jurisdiccionales. A nuestro juicio el mismo efecto debe producirse si la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es favorable a la legalidad del reglamento enjuiciado, ya que dicho control, efectuado por la jurisdicción competente para enjuiciar y anular, se impone (en tanto exista coincidencia material en el ámbito de juicio) a la obligación de inaplicación dirigida a las demás jurisdicciones. Y ello por la sencilla razón de que dicha obligación sólo alcanza a los reglamentos “ilegales” (por contradecir la Constitución, la ley o el principio de jerarquía normativa), pero no a los que, total o parcialmente, han sido declarados legales²⁰.

Resta añadir que el control de las disposiciones reglamentarias atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa se proyecta sobre todas ellas, sin la exigencia, que sí se produce para la actuación administrativa, de que esté “sujeta al Derecho Administrativo” (vide, artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Ello es así, porque las disposiciones reglamentarias, cualquiera sea su contenido (civil, mercantil, social, penal, etc.), siempre están sujetas al Derecho Administrativo, pues es únicamente tal rama del Derecho la que se ocupa del procedimiento y la competencia para su

20.- A nuestro juicio, el sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales mejoraría si la cuestión de ilegalidad que regulan los artículos 27 y 123 a 126 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se impusiera en todos los casos en que cualquier orden jurisdiccional, en aplicación del art. 6 L.O.P.J., inaplique un reglamento por considerarlo ilegal. Es claro que se produciría un incremento importante de la carga de trabajo de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero lo es también que aumentaría la seguridad jurídica y que se evitarían los efectos perjudiciales y perturbadores que fundamentaron la introducción de la cuestión de ilegalidad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Al menos, la cuestión de ilegalidad debería desvincularse del recurso indirecto contra reglamentos e imponerse siempre que la jurisdicción contencioso-administrativa, por cualquiera causa, inaplique un reglamento por considerarlo ilegal.

elaboración. Por ello, el control jurisdiccional (impugnación) de las disposiciones reglamentarias, con independencia de la materia que regulen, corresponderá siempre al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (vide, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1991 –Aranz. 4961–).

III

LOS ANTECEDENTES DEL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1.- Los anteriores a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Hemos destacado ya que la primera manifestación del control de los reglamentos se contuvo, mediante la técnica de la inaplicación dirigida a todos los órdenes jurisdiccionales, en el artículo 7.1 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial, de 1870. Esta regla pasó a la primera regulación propiamente dicha de una jurisdicción especial dedicada al control de la actuación administrativa, cual fue la Ley de 13 de septiembre de 1888 y así se mantuvo en las sucesivas Leyes de modificación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894, de 5 de abril de 1904 y de 8 de febrero de 1952. Ninguna de ellas superó la técnica de la mera inaplicación de reglamentos ilegales, ni llegó a establecer la posibilidad de su enjuiciamiento directo, como objeto del proceso, con el consiguiente efecto de control anulatorio.²¹

Desde el artículo 3 de la Ley de 22 de junio de 1894, como supuesto de inaplicación, se contenía un claro precedente de lo que hoy denominamos –impropiamente, como veremos– “recurso indirecto contra reglamentos”, al establecer que “el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una Ley cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la Ley en la cual se originaron dichos derechos”.

La jurisprudencia, de manera unánime²², resaltó que las disposiciones

21.- El problema del control de las normas reglamentarias se remonta al origen mismo de lo contencioso-administrativo, tal y como recuerda detalladamente Francisco Caamaño (1994) “El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias”, Madrid, CEC, págs. 48-61.

22.- Por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1900, 10 de enero y 23 de octubre de 1901 y 16 de abril de 1907.

de carácter general no eran recurribles en vía contencioso-administrativa mientras no hubieran sido concretamente aplicadas al recurrente por otra resolución de la Administración de las que causen estado. La imposibilidad de control directo de los reglamentos, que caracteriza la etapa que examinamos, derivaba del criterio de la época acerca de la división de poderes y, especialmente, de la exclusión del ámbito de la discrecionalidad —de la que era claro ejemplo el ejercicio de la potestad reglamentaria— del control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, rígidamente revisora de los actos reglados.

2.- La situación en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

La principal novedad de la Ley de 17 de diciembre de 1956, entre las muchas que incluyó, fue sin duda la admisión de recurso directo contra las disposiciones generales. El apartado IV.3 de su importante Exposición de Motivos lo expresó en los siguientes términos:

“Así, la Ley admite expresamente la impugnación directa de las disposiciones generales que infringieren otras de superior jerarquía. Bien entendido que el no ejercicio de la facultad de impugnación directa no obstará el recurso frente a los actos que se dictaren en aplicación de las disposiciones, fundado en que éstas no son conformes a Derecho; sin que sea exigible, al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual declarar formalmente recurridas las normas que aplique.

Realmente carecía de sentido excluir de la impugnación jurisdiccional las disposiciones que dictare la Administración en cualquiera de sus grados. Pues si, en la mayoría de los casos, el recurso indirecto previsto en la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo constituye garantía suficiente de los derechos e intereses de las personas afectadas, al hacer posible la impugnación de los actos en que se individualice la disposición general, no lo es, en cambio, para salvaguardar el principio de jerarquía de fuentes, básico en la organización del Estado...”.

En coherencia con lo expuesto, el artículo 39 de la Ley Jurisdiccional de 1956 contempló, por un lado, el recurso directo contra las disposiciones generales²³ y, por otro, reiteró la posibilidad, ya contemplada en Leyes

23.- El artículo 39.1 dispuso que “Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente (y publicadas, añadimos nosotros) en vía administrativa”; y el apartado 3 del propio artículo previó que “... serán asimismo impugnables, en todo caso, las disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual”.

anteriores, de impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las disposiciones generales, fundada en que las mismas no eran conformes a Derecho.²⁴

La regulación se completaba con la supeditación del recurso directo al plazo general de impugnación de dos meses desde la publicación de la disposición general y con el establecimiento de una legitimación específica que el artículo 28.1.b) atribuía a las "... Entidades (que) ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos...".

En el recurso directo el objeto del proceso y la pretensión es la anulación del reglamento. En el denominado recurso indirecto, en cambio, el objeto del proceso y la pretensión es sólo la anulación del acto aplicativo. La ilegalidad de la disposición general se reconduce al ámbito de los "motivos" alegados para la anulación del acto, de manera que, al no poder alcanzar, en ningún caso, la anulación de la disposición general, era necesario concluir que, en cuanto a esta última, estábamos ante un supuesto de mera inaplicación al caso del reglamento considerado ilegal. Y ello era así, aún en el supuesto de que el órgano jurisdiccional que conociera del asunto, sea en instancia o en vía de recurso, fuera también competente para conocer de la anulación del reglamento. Sin duda se estimó que el objeto del proceso y la pretensión (sólo el acto aplicativo) constituían límites infranqueables de la jurisdicción ("Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas...", dice el artículo 33.1 de la vigente Ley 29/1998 y decía el artículo 43.1 de la Ley de 1956).

Las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1996 y 1 de febrero de 1999, con cita, entre otras muchas, de las de 11 de febrero y 6 y 27 de marzo de 1995 resumieron la jurisprudencia sobre la cuestión afirmando que:

"Como tantas y tantas veces ha repetido esta Sala, la sentencia de 14 de noviembre de 1987 ... no anuló el Real Decreto 2950/1979, porque no podía anularlo. Dicha sentencia recayó en un recurso de apelación... contra sentencia de la Audiencia Nacional, que anuló unas liquidaciones dictadas en aplicación de dicho Real Decreto, por entender que tal disposición era nula por falta de dictamen del Consejo de Estado; la sentencia de la Audiencia

24.- Decía el art. 39.2 que "También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho"; y añadía el apartado 4 del mismo artículo que "La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2".

nacional no anuló el Real Decreto porque no tenía competencia para anularlo. Y esta Sala tampoco lo anuló, porque lo que se interpuso en primera instancia fue un recurso indirecto, al amparo del artículo 39, párrafos 2 y 4, de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en ese recurso indirecto, es evidente que no se podía anular un Real Decreto”.

En la doctrina, en cambio, se produjeron posiciones encontradas. Eduardo García de Enterría defendió en todo momento que “la anulación general de los Reglamentos ilegales con ocasión de la anulación de uno de sus actos aplicativos es, en resolución, una facultad judicial no sólo justificada, sino debida, en servicio de los valores superiores del ordenamiento que son la justicia, la libertad y la igualdad. Los tres postulan, más el de la tutela judicial plenaria, cumulativamente, la misma solución positiva”²⁵. En particular, si el órgano jurisdiccional que conoce la cuestión resulta competente para conocer de la anulación del Reglamento aplicado por el acto impugnado. No obstante, Jesús González Pérez llama la atención acerca de que dicha anulación “... podría suponer una contravención del principio de tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto se produciría sin las más elementales garantías de defensa respecto de todos aquéllos cuyos intereses e incluso derechos pudieran resultar afectados por la declaración de nulidad de la disposición reglamentaria, al no haber tenido la oportunidad de personarse en el proceso y defender la disposición impugnada, aunque hubieran tenido ocasión de tener conocimiento del anuncio de interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que en el anuncio constará únicamente el acto concreto de aplicación, sin referencia alguna a la disposición general aplicada. No puede, por tanto, sin más –sin estructurar un adecuado sistema de garantías en cuanto a emplazamiento y anuncio de la impugnación– ampliarse las potestades del Tribunal.”²⁶

La situación descrita, derivada de la Ley de 1956, resultaba insatisfactoria para colmar la necesidad de control judicial de los

25.- Es la conclusión de su trabajo “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación” (Civitas, Revista Española de derecho Administrativo, nº 66, abril-junio, 1990, pág. 279 a 291), elaborado con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional nos. 32/1990, de 26 de febrero y 61/1990, de 29 de marzo, que no sólo otorgan el amparo solicitado sino que anulan, respectivamente, el art. 3.1.a) del R.D. 1256/1986, de 13 de junio, y el art. 12 de la Orden de 20 de enero de 1981. Reitera con ello lo que ya sostuvo en su libro “Legislación delegada, potestad reglamentaria con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 24 y ss. y lo que siempre ha mantenido en las sucesivas ediciones de su Curso de Derecho Administrativo (en colaboración con Tomás Ramón Fernández).

26.- Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 1994, pág. 556.

reglamentos ilegales. En cuanto al recurso directo, por la brevedad del plazo establecido para su impugnación (dos meses) y por la limitación de la legitimación activa para ejercerlo (si bien una pronta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya suprimió dicha limitación, exigiendo únicamente la legitimación general basada en ostentar un derecho o interés legítimo –STC 60/1982–); y en cuanto al denominado recurso indirecto, porque no se alcanzaba, en ningún caso, la anulación del reglamento que podía ser, reiteradamente, aplicado de nuevo (a pesar de la consideración de su ilegalidad por parte de un órgano jurisdiccional competente o no para anularlo), con la posibilidad evidente de dar lugar a sentencias contradictorias y grave riesgo para el principio de seguridad jurídica.

Con lo expuesto, se perfilan ya cuales debían ser las líneas para una adecuada solución de la problemática planteada. En primer lugar, parecía adecuada la incorporación a la Ley Jurisdiccional de la regla consistente en que el órgano jurisdiccional que estime un recurso indirecto deberá acordar, también, la anulación del reglamento ilegal, siempre que dicho órgano ostente competencia para ello. Y ello tanto si conoce en primera o única instancia o en vía de recurso. Esta última afirmación nos conduce a que debería arbitrarse un régimen de recursos, en los supuestos de recursos indirectos, que permitieran residenciar el conocimiento de aquéllos ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso directo contra la norma cuestionada.

Pero, aún en el caso de que se cumpliera íntegramente lo anterior, podría producirse que los recursos pertinentes, para hacer llegar el caso ante el órgano jurisdiccional competente para la anulación del reglamento, no llegaran a interponerse. Para tal supuesto, y con carácter claramente residual, sería necesario articular el modo de hacer llegar el conocimiento de dicho asunto a aquél órgano, lo que podría realizarse con posterioridad a la firmeza de la sentencia que estima el recurso indirecto (sin efecto sobre lo fallado, como ocurre en el recurso en interés de ley) o con anterioridad a la misma (con efecto suspensivo de dictar sentencia, de modo análogo a lo que sucede en caso de cuestión de inconstitucionalidad).

3.- Los antecedentes inmediatos de la regulación actual.

Tras sucesivos intentos de nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, largamente esperada, se alcanzó el anteproyecto de 1995, preparado por una Comisión presidida por el profesor Jesús Leguina Villa que articulaba la denominada cuestión de ilegalidad como un incidente prejudicial y suspensivo del procedimiento.²⁷ La similitud

27.- En concreto, el art. 26.1 del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Ad

con la cuestión de inconstitucionalidad era evidente. El informe del Consejo General del Poder Judicial discrepaba de la solución alcanzada, por cuanto no le parecía justificado el efecto dilatorio del proceso que se produciría, además de apuntar la posible contradicción con el artículo 39.4 de la Ley Jurisdiccional de 1956, si se otorgaba carácter vinculante al pronunciamiento derivado de la cuestión de ilegalidad, amén de que podría suscitar problemas de coherencia y compatibilidad con el mandato del artículo 6 de la L.O.P.J.. Las conclusiones del Seminario de La Magdalena señalaban que "... la cuestión de ilegalidad prevista en el Proyecto de 1995 es una innovación que plantea muchos problemas y alarga innecesariamente los procesos. En el supuesto del recurso indirecto contra reglamentos sería preferible que la ley se limitara a precisar que el Tribunal sentenciador, si tiene competencia para ello, declarase la nulidad del precepto reglamentario controvertido previo emplazamiento de la Administración autora de la disposición"²⁸. En cualquier caso, el Proyecto de Ley de 1995 caducó por efecto de la disolución de las Cortes Generales.

El posterior Proyecto de Ley de 1997 abandonó la configuración de la cuestión de ilegalidad, como suspensiva del proceso y previa a la sentencia y optó por introducir la regla de que, si el tribunal sentenciador, en cualquier grado, era, también, competente para conocer el recurso directo, debía, además del acto, anular, también, la norma reglamentaria controvertida (y el Tribunal Supremo, en todo caso). Además, reguló la cuestión de ilegalidad como procedimiento especial a tramitar, ante el órgano jurisdiccional competente para anular el reglamento, con posterioridad a la firmeza de la sentencia que anulaba el acto impugnado, por considerar ilegal la norma en que se fundaba, que ya no podría ver alterado su contenido, ni siquiera por la eventual discrepancia acerca de la legalidad del reglamento, manifestada por la sentencia que resuelve el procedimiento especial en que la cuestión de ilegalidad consiste. Conviene, por último, anotar que durante la tramitación del Proyecto de Ley de 1997, el grupo parlamentario de Izquierda Unida (enmienda nº 110) pretendió sin éxito que se volviera a la configuración de la cuestión de ilegalidad prevista en el Proyecto de Ley de 1995 .

ministrativa de 1995, establecía que "Cuando un Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo considere, de oficio o a instancia de parte, que el contenido de una disposición general aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contrario al ordenamiento jurídico y carezca de competencia para conocer el recurso directo contra la misma, planteará la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para el conocimiento de este recurso en los términos establecidos en esta Ley".

28.- Seminario de La Magdalena, dirigido por los profesores, García de Enterría, Ramón Fernández, Martín Rebollo y Bocanegra Sierra, y cuyas conclusiones fueron publicadas en "Actualidad Jurídica" Aranzadi, año VI, nº 68, de 7 de noviembre de 1996.

Así fue como se llegó a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se publicó en el BOE del día siguiente y que incorporaba la cuestión de ilegalidad en los términos sumariamente expuestos.

IV LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO

La Exposición de Motivos, consciente de las disfunciones que la normativa anterior producía, señala, en su epígrafe V, que:

“La nueva Ley asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior. Ahora bien, al mismo tiempo procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas.

Este criterio se plasma, entre otras muchas reglas de detalle, en el tratamiento procesal que se da al denominado recurso indirecto.

(...) La solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esta decisión de efectos “erga omnes”. De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la ley introduce la cuestión de ilegalidad.

(...) La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez...”

1.- El mantenimiento del recurso directo y del denominado recurso indirecto.

La regulación normativa refleja lo expuesto anteriormente acerca de los recursos directo e indirecto de las disposiciones generales, y en tal sentido,

el artículo 26 de la Ley 29/1998 dispone que “Además de la impugnación directa²⁹ de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho”³⁰ y añade que “La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior”.

Dos precisiones parecen oportunas: la primera la hemos anticipado ya y consiste en lo inapropiado de la denominación “recurso indirecto contra reglamentos”, ya que el objeto del proceso y la pretensión se limitan al acto aplicativo impugnado, de modo que el reglamento no se “recurre”, ni siquiera de manera indirecta; la segunda, de mayor enjundia, se refiere a la relación entre la impugnación directa y la denominada indirecta y a la aplicación del principio de cosa juzgada. A nuestro juicio, el artículo 26.2 contiene básicamente, una regla de legitimación (“...no impiden la impugnación...”)³¹, pero no pretende constituir una excepción al principio

29.- Por lo que se refiere a la vía administrativa previa, el artículo 107.3, apartado 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece con rotundidad que “Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”.

30.- En la vía administrativa previa, con evidente similitud con el denominado recurso indirecto, el artículo 107.3, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el denominado recurso “per saltum” según el cual “Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición”. Son varias las cuestiones que dicha regla plantea: la primera deriva de la interpretación sistemática del artículo 107, en su conjunto, y permite concluir que resulta aplicable en los recursos de alzada y potestativo de reposición; la segunda conlleva que su aplicación debe entenderse limitada al ámbito de una misma Administración, ya que de otro modo podría verse comprometido el principio de “autonomía respectiva” (vide art. 137 C.E.) acerca de la decisión a adoptar por la Administración que ha dictado el acto impugnado. Conviene recordar que lo impugnado es el acto y que frente a la disposición general no cabe recurso administrativo; y la tercera supone, en concordancia con lo expuesto, que el criterio favorable a la ilegalidad del reglamento, por parte de quien lo ha dictado, debe suponer la anulación del acto, por inaplicación del reglamento, y la modificación o derogación de la norma o precepto por parte de quien lo dictó, pero no la anulación del reglamento, que ni fue impugnado ni puede serlo en vía administrativa.

31.- La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2002 (Aranz. 9380/2002) sienta, en la interpretación del art. 26.2 de la Ley 29/1998 la siguiente doctrina:

“1.- No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso directo contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto).

general de cosa juzgada, de modo que quepa inaplicar, en el denominado recurso indirecto, un precepto o una disposición considerado legal mediante sentencia firme que resuelve un recurso directo contra el mismo o separarse, al resolver el procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad, de la sentencia firme que lo consideró legal en un previo recurso directo contra el mismo.³²

Teniendo en cuenta el principio de cosa juzgada, José María Boquera Oliver³³ sostiene que:

“a) cuando existe una sentencia firme que ha declarado legal a una disposición, ésta no puede inaplicarse por ilegal al impugnarse un acto concreto que se acomoda a ella;

b) cuando una sentencia ha declarado ilegal una disposición por una habitualmente llamado vicio de forma, ésta desaparece y tampoco es posible inaplicarla, pues el Juez debe declarar que no existe;

c) cuando una sentencia sólo ha declarado legales unos preceptos de la disposición, los restantes pueden inaplicarse si los Jueces o Tribunales los consideran ilegales. A éste único supuesto se refiere únicamente el artículo 26.2 de la L.J.C.A.”.

A nuestro juicio, las conclusiones anteriores de inaplicación no sólo resultan aplicables a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa al conocer de los denominados recursos indirectos, sino a todos los órdenes jurisdiccionales en situación de inaplicación de reglamentos considerados ilegales, por la vía del artículo 6 de la L.O.P.J. Dicha

2.- Por esa razón no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición...

3.- El argumento del Ayuntamiento recurrente de que la posibilidad de la impugnación indirecta sólo la tienen las terceras personas que no hubieran utilizado previamente el recurso directo contra la disposición general o la misma persona pero sólo por motivos de impugnación diferentes, carece de todo apoyo normativo y jurisprudencial, significa una restricción de la legitimación no amparada por norma alguna y su aceptación sería tanto como dar al traste con una norma tradicional del contencioso-administrativo español que, en cuanto carente de apoyo legal, violaría el derecho a la tutela judicial efectiva...”

32.- Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 27 de octubre de 2004 (Aranz. 6567 y 8167/2004), resolviendo cuestiones de ilegalidad, han sostenido que procede reconsiderar, en base al art. 26.2 de la Ley 29/1998, la legalidad de una norma previamente confirmada en sentencia firme dimanante de recurso directo cuando en el nuevo cuestionamiento de la norma reglamentaria se planteen criterios y argumentos distintos de los que se tuvieron en cuenta en el enjuiciamiento anterior.

33.- “La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los Reglamentos”, publicado en la Revista de Administración Pública, nº 149 (Mayo-Agosto 1999), págs. 23 a 36.

conclusión podría ser matizada por la entrada en juego del principio formulado en el artículo 3.1 del Código Civil, que obliga a interpretar las normas jurídicas en relación con “... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

2.- El planteamiento general de la cuestión de ilegalidad y el sistema de recursos contra sentencias resolutorias de recursos indirectos contra reglamentos.

Para salir al paso de la situación insatisfactoria e, incluso, directamente contraria al principio constitucional de seguridad jurídica, que derivaba de la pervivencia en el ordenamiento jurídico de la disposición reglamentaria considerada ilegal por el o los órganos jurisdiccionales que conocieron de un recurso indirecto (fueran o no competentes para el enjuiciamiento directo de la misma), la Ley 29/1998, en armonía con su Exposición de Motivos, ha establecido, en el artículo 27, lo siguiente:

“1.- Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2.- Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3.- Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.”

A pesar del orden de los apartados del artículo 27, las reglas esenciales se contienen en los apartados segundo y tercero (en particular, el segundo) que desbloquean, en aras del principio superior de legalidad del ordenamiento jurídico, la aplicación estricta de las reglas derivadas del objeto y la pretensión del proceso (principio de congruencia), en el apartado segundo y de la distribución de competencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (principio de competencia), en el apartado tercero.

En efecto, si en un Juez³⁴ o Tribunal concurre la competencia para conocer del recurso indirecto, es decir contra el acto administrativo de

34.- En apariencia la referencia a los Jueces unipersonales puede, en principio, parecer

aplicación, con la competencia para conocer del recurso directo frente a la norma reglamentaria aplicada, se producirá una ampliación “ex lege” del objeto del proceso y de la pretensión, que no será ya, tan sólo, la anulación del acto, sino que alcanzará, también, a declarar la validez o nulidad de la disposición general aplicada. En otros términos, la legalidad o no del reglamento que sirve de fundamento para la invalidez del acto administrativo de aplicación conforme, se transforma de mero “motivo” en auténtico “objeto” del proceso para posibilitar su anulación, y, en consecuencia, el “denominado” recurso indirecto se convierte en un “auténtico” recurso indirecto contra reglamentos. Por otra parte, la posibilidad de que dicha concurrencia se produzca o no, ha generado en la doctrina³⁵ la distinción entre “recurso indirecto incompleto” (en el que, por no producirse la coincidencia, debe limitarse a la anulación del acto) y “recurso indirecto completo” (en el que, por existir la concurrencia, deberá, además de anular el acto, declarar la nulidad o validez del reglamento). Conviene no olvidar, no obstante, que al recurrente lo que le importa (su interés directo o legítimo) es la anulación del acto impugnado, aunque para lograrlo tenga que alegar (motivo) la ilegalidad de la disposición general impugnada.

Si ello es así, en el denominado “recurso indirecto completo”, caracterizado por un hecho externo al demandante, cual es el ámbito de la competencia del órgano jurisdiccional actuante, para salvar el principio de congruencia de la sentencia, será necesario suponer, implícitamente, que el objeto del proceso y la pretensión alcanza también a la anulación de la disposición general aplicada por el acto que es objeto de directa impugnación.

Pero, además, el apartado 3 del artículo 27 se separa, también, de las reglas de distribución de competencia, al establecer que el Tribunal Supremo “...anulará cualquier disposición general...” cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de

superflua, por cuanto la competencia que la Ley 29/1998 les atribuye se circunscribe a los actos administrativos [vide art. 8.1º y 2º y art. 9.a) y b)] lo que haría imposible la concurrencia de competencia para conocer, también, de recurso directo contra reglamentos. No obstante, el apartado 3 del art. 8 otorga a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo competencia para conocer de los recursos que se deduzcan frente a “disposiciones” y actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas y el apartado c) del art. 9 hace lo propio en relación a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y a las “disposiciones” emanadas de los organismos públicos con personalidad y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional. Sólo en tanto los Juzgados sean competentes para conocer directamente de recursos deducidos contra disposiciones cobrará sentido la referencia al juez contenida en el artículo 27.2.

35.- Por ejemplo, Manuel Rebollo Puig, “Recursos contra Reglamentos y Cuestión de Ilegalidad”, publicado en Justicia Administrativa, 1999, pág. 32 a 34.

aquella norma. Y ello aunque la competencia para conocer del recurso directo contra la misma no le correspondiese (por tratarse, por ejemplo, de una orden ministerial o de un decreto autonómico de cuyo recurso directo conocen, respectivamente, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia).

Conviene añadir que la concurrencia o coincidencia expuesta puede producirse en instancia o en vía de recursos, de modo que una amplia regulación de estos últimos, que lograra residenciar el conocimiento del recurso indirecto ante el órgano jurisdiccional competente para conocer el recurso directo contra la norma aplicada, serviría para lograr el objetivo de depuración del ordenamiento jurídico con carácter “erga omnes”, con la mejora, respecto del sistema instaurado mediante la cuestión de ilegalidad, de que la decisión definitiva acerca de la legalidad de la norma alcanzaría también al acto controvertido en el recurso indirecto. Así ha ocurrido con la regulación del recurso de apelación, al establecer el artículo 81.2.d) que “Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes: (...) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales”. Pues bien, si se trata de actos de las Administraciones locales o autonómicas que aplican normas emanadas de una u otra, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia conocerá siempre, sea en única instancia o en grado de apelación, de modo que, por aplicación del artículo 27.2, nunca será necesario plantear la cuestión de ilegalidad. Análoga situación se produce en relación a las sentencias de los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo apelables ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. Cabría sostener que sólo las sentencias de los Juzgados que resuelven recursos indirectos relativos a reglamentos estatales (acerca de los que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia carecen de competencia para conocer del recurso directo) o las de los Juzgados Centrales que resuelven recursos indirectos contra Reales Decretos (acerca de los que las Salas de la Audiencia Nacional carecen igualmente de competencia) pueden dar lugar al planteamiento de cuestión de ilegalidad, al no producirse la concurrencia que conduce a la aplicación del artículo 27.2. A salvo, claro está, de que la posibilidad de interponer recurso de apelación no sea aprovechada por las partes.

La cuestión aparece más confusa en relación al recurso de casación, a partir de la redacción del artículo 86.3 de la Ley 29/1998 según el cual “Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”.

Las dificultades interpretativas se concentran en los términos “en todo caso” y “declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter

general”.

En el primer caso, a partir, especialmente, del auto del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001 (Aranz. 7872/2001), se establece que:

“Así, en primer lugar, la previsión del apartado 1 del artículo 86 LJCA, limita la posibilidad de ser recurridas en casación sólo a las sentencia dictadas «en única instancia» y, como veremos, prevalece sobre lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto, que se refiere a la posibilidad de recurrir «en todo caso» en casación las sentencia que resuelvan recursos contra disposiciones de carácter general. En otras palabras, la expresión «en todo caso», contenida en el apartado 3, no enerva lo dispuesto en el apartado 1... sino que sólo se sobrepone a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 86”.

Para el Tribunal Supremo la exclusión del recurso de casación de las sentencias dictadas en segunda instancia (por prevalencia del artículo 86.1 sobre la expresión “en todo caso” del artículo 86.3), constituye doctrina constante y consolidada, según la cual el recurso de casación:

“...sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, limitación igualmente aplicable en el supuesto del artículo 86.3 LJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la LJCA”³⁶

En el segundo caso, la expresión que “declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general” parece conducir inexorablemente a que el fallo incorpore una declaración con efectos generales sobre la validez de la norma reglamentaria cuestionada. Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incluye dentro del ámbito del recurso de casación las sentencias dictadas en recursos directos (vide, por ejemplo, el auto del TS de 21 de octubre de 2004 –Aranz. 5299/2004–) o en recursos indirectos en los que, por ser el Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional competente respecto del recurso directo contra la norma cuestionada, las sentencias, en aplicación del artículo 27.2 de la Ley 29/1998, hayan declarado expresamente su nulidad o conformidad a Derecho (vide, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 2003), siempre que, en uno y otro caso se hayan dictado en única instancia –vide artículo 86.1, de la Ley 29/1998–, o contra sentencias dictadas resolviendo cuestión de ilegalidad, supuesto en el que, como veremos, se trata de un

36.- Véanse, por ejemplo, los autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 (Aranz. 10.618/2000), 19 de febrero de 2001 (Aranz. 2480/2001) y 26 de marzo de 2001 (Aranz. 4352/2001).

nuevo proceso en instancia cuya sentencia declara nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general –artículos 86.1 y 3, de la Ley 29/1998– (vide la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 –Aranz. 4036/2004–).

Algún sector de la doctrina ha criticado la restrictiva interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 86.3 de la Ley 29/1998, por considerar que la ampliación del recurso de casación, unida a la regla, ya conocida, del artículo 27.3, permitiría resolver en definitiva sobre la legalidad del Reglamento, en los supuestos del denominado recurso indirecto, con efectos directos sobre la cuestión (impugnación del acto de aplicación) debatida en el proceso. En tal caso, la cuestión de ilegalidad vería reducido su ámbito a cláusula residual, de cierre del sistema, para aquellos supuestos en que las partes no hubieran hecho uso de la vía de recursos judiciales puestos a su disposición.

En este sentido, Germán Fernández Farreres³⁷ sostiene que “... una interpretación amplia y extensiva de la referida expresión del artículo 86.3 LJCA, no equiparándola a sentencias en las que la declaración de nulidad o la conformidad a Derecho de las normas reglamentarias se haga necesariamente en su parte dispositiva, guardaría coherencia con la propia expresión del artículo 123.1 de la L.J.C.A., que al regular cuando y cómo habrá de plantearse la cuestión de ilegalidad afirma que «la cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda». Y es evidente que esa «declaración de ilegalidad» tampoco se habrá incorporado al fallo de la sentencia, porque, obviamente, de ser así, no habría ya necesidad de acudir a la cuestión de ilegalidad”.

En análogo sentido, Matilde Carlón Ruiz³⁸ concluye que “... todos estos argumentos invitarían «de lege ferenda», a reconsiderar la formulación del artículo 86.3 LJCA para, sin dejar margen alguno a interpretaciones restrictivas, permitir residenciar ante el Tribunal Supremo las dudas de legalidad de todas las normas reglamentarias cuando el Tribunal «a quo» que haya conocido previamente de las mismas no sea competente para dotar de efectos generales a su valoración sobre su legalidad. Propuesta que es perfectamente compatible con la incorporación de una cláusula restrictiva, como la tradicionalmente asumida por la jurisprudencia, conforme a la cual sólo podría revisarse en casación el argumento relativo a la ilegalidad de la norma reglamentaria.

37.- “Impugnación de Reglamentos y cuestión de ilegalidad en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Tribunales de Justicia, nº 1, 1999, Madrid.

38.- “Casación y cuestión de ilegalidad”, publicado en la Revista de Administración Pública, nº 168, Madrid, septiembre-diciembre de 2005, págs. 131 a 163.

Frente a la doble virtualidad del recurso de casación, que resolverá definitivamente respecto de la norma, con efectos generales, con la consecuencia que de ello se desprende para el caso concreto, la naturaleza de la cuestión de ilegalidad –derivada de una sentencia firme y, por ello, sin capacidad de modificar lo decidido en el proceso a quo– impone limitarla a un mero mecanismo de cierre del sistema; imprescindible a falta de reacción de las partes para abrir la vía de recurso, pero nunca preferible a ésta...”

A lo expuesto por la doctrina citada, cabría añadir que la solución ampliatoria del recurso de casación en los supuestos del denominado recurso indirecto contra reglamentos era la que se contenía en la anterior regulación del artículo 93.3 de la Ley de 1956, en la redacción derivada de la Ley 10/1992, de 30 de abril, aprobada para introducir el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según la cual cabía contra “... las sentencias que se dicten en virtud del recurso interpuesto al amparo de los párrafos dos y cuatro del artículo 39 de esta Ley...”, incluyendo, pues, expresamente las sentencias dictadas en recursos indirectos. No cabe desconocer, sin embargo, que el Tribunal Supremo mantuvo una interpretación restrictiva para atajar la corruptela de plantear recursos supuestamente indirectos con la única finalidad de forzar la posibilidad de recurso de casación³⁹ y sostuvo, por la misma razón, que sólo el argumento de la pretendida ilegalidad de la norma reglamentaria tenía acceso a la casación.⁴⁰ Y aún cabe añadir que dicha jurisprudencia restrictiva se mantiene incólume para interpretar el alcance del recurso de apelación que, en todo caso, cabe interponer contra las sentencias de los Juzgados o del Juzgado Central que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales (sentencias TS, por ejemplo, de 20 de diciembre de 1996 y de 26 de diciembre de 1998).

Con tales antecedentes la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza también una interpretación extensiva del actual artículo 86.3 como supuesto continuador del anterior artículo 93.3 y, entre otros muchos, en el

39.- La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1999 (Aranz. 3594/1999) establece que “... la mera cita o referencia genérica o circunstancial a una disposición reglamentaria a lo largo de la fundamentación jurídica que sirve de soporte a las pretensiones ejercitadas, no puede integrar el supuesto contemplado en el artículo 39.2 y 4 de la LJCA, pues éste requiere que la impugnación indirecta de la disposición general en cuestión se halle suficiente y específicamente planteada, con la debida precisión y puntualización justificativa, y constituya la base esencial de la pretensión articulada en la instancia y fundamento exclusivo del recurso de casación...”

40.- La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1996 (Aranz. 4185/1996) afirma que “...teniendo en cuenta que la admisión del correspondiente recurso de casación se ampara en el artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción, ello significa, lógicamente, que el conocimiento de la Sala queda limitado al análisis de la disposición impugnada indirectamente...”

auto de 13 de enero de 2005, sienta la siguiente doctrina, reiterada y constante:

“... la diferencia entre la redacción del artículo 86.3 de la nueva Ley de esta Jurisdicción y la de su precedente —el citado artículo 93.3 de la Ley anterior— no es de matiz sino que, por el contrario, su modificación es exponente de un importante cambio en el régimen jurídico de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Así como antes las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación cuando contenían una impugnación indirecta de una disposición general (artículo 93.3 de la Ley anterior), ahora lo son únicamente cuando la sentencia, sea de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada —artículo 86.3 de la vigente ley, aplicable también, por supuesto, a los recursos directos—, declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla (artículo 27.2 de la Ley de 1998), sin perjuicio de que si no lo fuera, y la sentencia es estimatoria por haber considerado ilegal el contenido de la disposición general aplicada, el Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, la Audiencia Nacional, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate (artículo 27.1)”.

Finalmente, el Tribunal Supremo, de manera constante y reiterada, sostiene que de no acogerse la interpretación restrictiva del artículo 86.3 de la Ley de 1998, quedaría: “... sin contenido —por aplicación del artículo 27.3 de la LJCA— la cuestión de ilegalidad regulada en los artículos 27.1 y 123 y siguientes de la misma Ley, pues todas las impugnaciones de disposiciones generales llegarían a conocimiento de este Tribunal en vía de recurso”⁴¹. Olvida, sin embargo, su virtualidad residual para todos los casos en que no se haga uso del régimen de recursos.

Una vez determinado el alcance de las reglas contenidas en el artículo 27.2 y 3 de la Ley de 1998, resta añadir que si el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto contra reglamentos no tiene competencia, a la vez, para conocer del recurso directo contra los mismos, salvo que se trate del Tribunal Supremo, deberá plantear cuestión de ilegalidad, una vez que hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal “el contenido” de la disposición general aplicada. Al análisis de dicha cuestión de ilegalidad nos dedicaremos más adelante.

41.- Matilde Carlón Ruiz, en la obra citada, pág. 150, anota una exhaustiva jurisprudencia al respecto, citando, en su resumen y entre otros, los autos del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 (dos), Aranz. 24836 y 37408; de 10 de marzo de 2005 (dos), Aranz. 112795 y 133500; y de 28 de marzo de 2005 (cuatro), Aranz. 112564, 121120, 121133 y 121142.

3.- La insuficiente regulación de las particularidades procesales que exige la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley 29/1998.

La Exposición de Motivos en su apartado IV, relativo a las partes, recuerda que debe atribuirse el carácter de parte demandada "... en caso de impugnación indirecta de una disposición general, a la Administración autora de la misma, aunque no lo sea de la actuación directamente recurrida. Esta previsión viene a dar cauce procesal al interés de cada Administración en defender en todo caso la legalidad de las normas que aprueba y constituye una de las especialidades de los recursos que versan sobre la conformidad a derecho de disposiciones generales..."

En coherente desarrollo de lo expuesto, el artículo 21.3 de la Ley 29/1998 establece que:

"Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida."

Sabemos también que el artículo 81.2.d) de la Ley 29/1998 afirma que las sentencias que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales son siempre susceptibles de recurso de apelación y que, en cambio, no se ha mantenido idéntica regla para el recurso de casación.

Hasta aquí las escasas referencias que el legislador ha considerado necesario introducir, relativas, todas ellas, en general, a cualquier impugnación indirecta de disposiciones generales.

El legislador parece haber olvidado, no obstante, que la regla del artículo 27.2 y 3 supone una modulación de enorme importancia, consistente, en caso de recurso indirecto, en declarar, además, la validez o nulidad de la disposición general, si el Juez o Tribunal ostenta competencia para conocer del recurso directo contra la misma, o, en todo caso, si se trata del Tribunal Supremo, que exigía la regulación de las correspondientes particularidades procedimentales, aunque no tuvieran relevancia suficiente para constituir, como ocurre, según veremos, con la cuestión de ilegalidad, un procedimiento especial.

Dichas particularidades deberían referirse, al menos, a las reglas que facilitarían la personación, como demandados, de la Administración autora de la disposición general y de todos aquellos que pudieran haber obtenido efectos favorables por la entrada en vigor de aquélla. Particularmente necesaria si dichos efectos se generan sin necesidad de acto administrativo de aplicación, ya que, si éstos se hubieran producido y adquirido firmeza, no

se verían afectados por la hipotética anulación posterior de la disposición general.⁴² De igual modo, para facilitar la personación de terceros interesados, sería conveniente que se acordara la publicación del recurso, que de modo indirecto puede conllevar la anulación de una norma, en el mismo periódico en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.⁴³ También convendría aclarar si resulta aplicable la regla del artículo 33.3 de la Ley 29/1998 que permite extender el enjuiciamiento, por razones de conexión o consecuencia, a preceptos de la misma disposición, distintos de los que han sido aplicados por el acto impugnado, en particular atendiendo a que dicha norma limita expresamente su ámbito a los casos de impugnación directa⁴⁴. Lo mismo ocurre con el precepto que otorga preferencia para votación y fallo de los recursos directos contra disposiciones generales⁴⁵. La solución, en todos estos casos, a nuestro juicio, debe ser afirmativa, por identidad de razón y consiguiente aplicación analógica.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de julio de 2000 (Aranz. 7273/2000), al estimar que debe situarse, por la vía del artículo 27.3, en idéntica posición a la que tendría para resolver una cuestión de ilegalidad, de manera que extiende el conocimiento anulatorio no sólo a la norma reglamentaria aplicada sino a otra, posterior al acto impugnado, que había reproducido idéntica redacción (lo que le permite salvar la literalidad del artículo 33.3, al sostener que de modo sustancial, aunque no formal, se trata de la “misma disposición”). Razona para ello que “la «ratio legis» que inspira el apartado 3, del artículo 33 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, es evitar que declarado nulo un precepto reglamentario y expulsado, por tanto, del ordenamiento jurídico, puedan subsistir preceptos relacionados o conexos, que lógicamente, son también nulos, de manera que razones fundamentalmente sistemáticas obligan a extender la depuración de la disposición reglamentaria, también a dichos preceptos, porque el

42.- Así resulta del artículo 73 de la Ley 29/1998, según el cual “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectaran por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

43.- Así se establece para la cuestión de ilegalidad en el artículo 124.2 de la Ley 29/1998.

44.- El artículo 33.3 establece que “Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos”.

45.- La falta de regulación es más notoria si se advierte que el artículo 126.2, comprendido en el capítulo relativo al procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad, incorpora, mediante remisión, la aplicación de lo establecido para el recurso directo en los “...artículos 33.3, 66, 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73...”.

principio constitucional de seguridad jurídica exige eliminar del ordenamiento jurídico las disposiciones reglamentarias que contradicen las leyes”. Y aún añade que “Resultaría absurdo, que una vez establecida por la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, la cuestión de ilegalidad, y ordenado al Tribunal Supremo, que elimine con ocasión de los recursos de casación, de naturaleza indirecta, las disposiciones ilegales aplicadas, que pudiera dejar incólumes preceptos idénticos, con igual vicio de ilegalidad, en razón de que han sido reproducidos, por disposiciones reglamentarias posteriores, porque ello iría contra la esencia misma del principio constitucional de seguridad jurídica”

Menor importancia tiene la falta de previsión de la posible incorporación, mediante providencia para mejor proveer, del expediente de elaboración de la disposición general ya que tal posibilidad está, en todo caso, a disposición del Juez o Tribunal, en aplicación de lo establecido en el artículo 61.2, en relación al artículo 64.4, de la Ley Jurisdiccional.

V LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

Llegados a este punto sabemos ya que la finalidad perseguida por la cuestión de ilegalidad, como novedad introducida por la Ley 29/1998, es la de evitar que la estimación de un recurso indirecto no permita obtener, de manera adicional, la declaración de nulidad de la norma reglamentaria, lo que se producirá cuando el órgano jurisdiccional no sea competente para conocer del recurso directo y la sentencia estimatoria dictada adquiera firmeza, por no haber recurso alguno contra la misma o por no haberse interpuesto el que resultaba pertinente. Para ello, el artículo 27.1 de la Ley 29/1998, con carácter residual y supeditado a la preferente aplicación, si resulta posible, de las reglas de los apartados 2 y 3 del mismo artículo, establece que:

“Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.”

1.- Naturaleza jurídica.

La cuestión de ilegalidad⁴⁶ es un proceso que “deben” iniciar los Jueces o

46.- José María Boquera Oliver, en la obra ya citada, resalta que se trata de una denominación insuficiente porque todas las que se plantean ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo son cuestiones de ilegalidad.

Tribunales que al juzgar un acto de aplicación del reglamento estimen la demanda por apreciar la ilegalidad de este último, sin que puedan declarar su nulidad por ser incompetentes para ello.

El planteamiento de dicho proceso deberá efectuarse ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra dicho reglamento y se tramitará mediante el procedimiento especial que la Ley 29/1998 regula bajo el capítulo II, del título V, que comprende los artículos 123 a 126. Se trata, en definitiva de un proceso de impugnación de disposiciones generales iniciado por Jueces o Tribunales de lo contencioso-administrativo que las han inaplicado por considerarlas ilegales. Su alcance es análogo al del recurso directo contra reglamentos (vide, para confirmarlo, lo establecido en el artículo 126.2 de la Ley 29/1998)⁴⁷, con una doble particularidad:

a) que se interpone cuando ya han transcurrido los dos meses desde la publicación de la disposición general que para el recurso directo establece el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional⁴⁸; y b) que la “legitimación” viene restringida el Juez o Tribunal que ha dictado sentencia firme estimatoria de un recurso indirecto y que, además, no ostenta competencia para la anulación del reglamento.

La doctrina ha buscado similitudes para conectar la cuestión de ilegalidad con otras figuras afines. Como ya hemos anticipado, la regulación finalmente aprobada en 1998 se separó del modelo que siguió el proyecto de 1995, que se inspiraba en la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución y en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y articulaba la cuestión de ilegalidad como incidente prejudicial, suspensivo del procedimiento y previo a la sentencia. Por el contrario, la regulación vigente la configura como posterior a la firmeza de la sentencia estimatoria de un recurso indirecto y sin que

47.- “Se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra disposiciones generales en los artículos 33.3, 66, 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73. Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión”.

48.- A nuestro juicio, si dentro del plazo de dos meses desde la publicación de un reglamento se interpone un inequívoco recurso indirecto contra un acto de aplicación y el órgano jurisdiccional competente para conocer del acto no lo es para anular el reglamento deberá entender formulado, también, recurso directo y plantear la correspondiente cuestión de competencia, con aplicación de lo establecido en el artículo 7 de la Ley Jurisdiccional. En realidad, lo correcto, si se está en plazo, sería plantear un doble proceso mediante recurso indirecto contra el acto y directo contra el reglamento ante el respectivo órgano jurisdiccional competente. Pero no debe olvidarse que el artículo 26.2 de la Ley Jurisdiccional establece que la falta de impugnación directa no impide la impugnación de los actos de aplicación que son conformes con el reglamento, con el único fundamento de la ilegalidad de este último.

su resultado pueda afectar a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que la planteó. Los dos caracteres descritos acercan la cuestión de ilegalidad a la regulación del recurso de casación en interés de ley, del que lo separa su configuración como proceso de instancia⁴⁹, mediante procedimiento especial, y no como recurso de casación. Con todo, la mayor parte de la doctrina⁵⁰ sostiene que la regulación de la cuestión de ilegalidad contenida en la Ley de 1998 se asemeja a la cuestión interna de inconstitucionalidad que contempla el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/1979, de 3 de octubre, por cuanto no estamos ante una solución basada en la prejudicialidad sino ante dos sentencias sucesivas que pueden tener contenido dispar acerca de la legalidad del reglamento aplicado. En el caso del artículo 55.2 de la L.O.T.C. se produce una sentencia de amparo y otra de inconstitucionalidad, mientras que en la cuestión de ilegalidad recae una sentencia sobre el acto de aplicación y otra sobre el reglamento aplicado. Ciertamente, resulta divergente la motivación de ambas soluciones, ya que la autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad nace de la falta de legitimación del particular para impugnar la ley de cuya ilegalidad deriva el reconocimiento del amparo, mientras que, en el caso de la cuestión de ilegalidad, el problema deriva de la falta de competencia del órgano jurisdiccional que conoce sobre la validez del acto para pronunciarse con efectos “erga omnes” sobre la validez de la norma aplicada. La conclusión expuesta choca, no obstante, con la pervivencia (a nuestro juicio improcedente) en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 de la referencia a que “la regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica...”, aunque añade que “... las analogías terminan aquí”. (apartado V, relativo al objeto del recurso).

2.- Presupuestos que obligan el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

Rescapitulando lo expuesto hasta el momento, conviene recordar que el nacimiento de la “obligación” de plantear cuestión de ilegalidad exige que se

49.- Por ello, las sentencias que resuelven la cuestión de ilegalidad son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por cuanto habrán sido dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 86.1) y, además, declaran nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general (art. 86.3).

50.- Véase, por ejemplo, Joaquín Tornos Mas en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa”, dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid 1999, pág. 538 y 539.

haya interpuesto un denominado recurso indirecto (artículo 26.1 de la Ley 29/1998), que el órgano jurisdiccional competente para conocer del acto directamente impugnado no lo sea también para conocer, sea en instancia o en vía de recurso, del recurso directo contra la disposición general aplicada (artículo 27.2 de la Ley 29/1998), y que en el recurso indirecto hubiera recaído sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada.

A.- Que se haya formulado recurso contencioso-administrativo contra un acto de aplicación de una disposición general fundado en que esta última no es conforme a derecho.

Son varias las cuestiones que dicho requisito suscita:

- a) La primera cuestión a plantear es la de su estricta vinculación a la existencia de un previo recurso indirecto contra reglamentos. La finalidad de la cuestión de ilegalidad, directamente conectada a evitar situaciones de inseguridad jurídica, permite plantear, aunque sea “*lege ferenda*”, la conveniencia de su utilización en todo caso de inaplicación de reglamentos por la jurisdicción contencioso-administrativa, e, incluso, porqué no, por las demás jurisdicciones.
- b) La segunda cuestión a plantear es la de si sólo cabe cuando se impugna un “acto” de aplicación o si, pese a la literalidad, resulta también aplicable cuando se impugna una norma que constituye desarrollo de otra y la impugnación se funda en la ilegalidad de esta última. Es claro que, en este caso, no existe recurso indirecto previo ya que lo que se interpone es recurso directo contra la norma de desarrollo, sin necesidad de recurso indirecto contra la norma reglamentaria superior.

La Jurisprudencia en materia urbanística acepta la posibilidad de impugnación indirecta de la aprobación de un Plan de desarrollo (por ejemplo, un Plan Parcial) fundada, no en su intrínseca disconformidad con el planeamiento general superior, sino en la ilegalidad de este último. Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de disposición general que la doctrina mayoritaria atribuye a los instrumentos de planeamiento urbanístico, habría que concluir que resulta posible el recurso indirecto, no contra “acto” de aplicación en sentido estricto, sino contra “norma” urbanística de desarrollo del planeamiento superior⁵¹. Ciertamente, puede haber coadyuvado a dicha solución que los instrumentos de planeamiento tienen

51.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 650/2004, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª (JUR 2005/19507) lo da por

naturaleza normativa, de disposición general, pero se aprueban mediante procedimiento específico que culmina en un acto administrado. Pero ello no es obstáculo, a nuestro juicio, para que se de prioridad a la finalidad que la cuestión de ilegalidad persigue que no es otra que la de “... evitar situaciones de inseguridad jurídica que puedan producirse como consecuencia del control difuso de las disposiciones reglamentarias –por la vía de su inaplicación–...” (vide, auto del T.S. de 24 de abril de 2000), y, en consecuencia, si se impugna directamente una norma de desarrollo (por ejemplo, una Orden Ministerial) fundada en la ilegalidad de una norma superior (por ejemplo, un Real Decreto), se anule aquélla por infracción del principio de jerarquía normativa (dada su evidente mayor vinculación a la Ley que al Real Decreto que desarrolla), pero, al mismo tiempo, si concurren los demás requisitos, se plantee la cuestión de ilegalidad para depurar y expulsar del ordenamiento jurídico la norma reglamentaria superior desarrollada por la inferior, aunque es claro que, en puridad, no ha existido un previo recurso indirecto. Se trata, de nuevo, de plantear la posibilidad, “lege ferenda”, de desvincular la cuestión de ilegalidad del recurso indirecto.

- c) La tercera cuestión a examinar es la de que debe tratarse de acto “de aplicación” de la norma. Significativa a este respecto resulta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección única), de 14 de febrero de 2003 (JUR 2003/122455), cuando afirma que “... la parte recurrente trata de plantear la cuestión desde la perspectiva del control indirecto del planeamiento municipal, esto es, se acude a la figura del recurso indirecto recogido en el artículo 26.1 de la Ley de la Jurisdicción, sin embargo es insostenible mantener esta vía, dado que un permiso de investigación no es un acto de aplicación del instrumento normativo en que el Plan consiste. Cuestión diferente será la que, en su caso, pudiera plantearse respecto de otra serie de actos necesarios para la puesta en funcionamiento de la actividad extractiva, tal como la licencia de obras, de actividad o de apertura, en su caso”.
- d) Por último, conviene añadir que debe tratarse del acto de aplicación de una “disposición general”. No podrán, por lo tanto, ser objeto de recurso indirecto instrumentos no normativos, como pueden ser las instrucciones u órdenes de servicio o los bandos municipales, o actos administrativos de carácter general o destinados a una pluralidad indeterminada de interesados, como pueden ser, por ejemplo, las bases de un concurso en materia de contratación o de una oposición

relativa al ingreso en la función pública⁵². Ello es así porque sólo frente a las disposiciones generales considera el legislador que la no impugnación directa por quien está legitimado para ello no supone su consentimiento (vide, artículo 26.2 de la Ley Jurisdiccional). En cambio, frente a los actos administrativos, la no impugnación en plazo los transforma en consentidos y firmes, de modo que el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional contempla la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de actos confirmatorios de otros consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

B.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto no sea competente para conocer, también, del recurso directo contra la disposición general aplicada y considerada ilegal.

Hemos dejado ya expuesto que las reglas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley Jurisdiccional resultan de aplicación preferente a la cuestión de ilegalidad, de modo que la anulación del reglamento, sin necesidad de cuestión de ilegalidad, podrá producirse si el Juez⁵³ o Tribunal competente para conocer del recurso indirecto lo es también para el directo o si quien conoce del mismo, en cualquier grado, es el Tribunal Supremo.

Según ello, no nacerá la obligación de plantear cuestión de ilegalidad, frente a actos impugnados por considerar ilegales las disposiciones generales autonómicas o locales que aplican, sino en el caso de ser competentes, en primera instancia, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no haberse interpuesto el recurso de apelación que, en todo caso, en tal supuesto, posibilita el artículo 81.2.d) de la Ley Jurisdiccional. En los demás casos, los Tribunales Superiores de Justicia podrán anular el reglamento, en instancia o en grado de apelación, por aplicación preferente de la regla del artículo 27.2, tantos veces citado. En cambio, si la disposición general indirectamente impugnada era estatal, la falta de coincidencia en el órgano jurisdiccional para conocer del recurso indirecto y del directo podrá

supuesto cuando, tras afirmar que “... Las Normas Subsidiarias tienen naturaleza jurídica de disposición general, por lo que sólo cabe su impugnación indirecta en relación con los actos que se produzcan en su aplicación...”, añade que “... hemos de completarlo, en relación con las conclusiones de la jurisprudencia, que incluso podría articularse la impugnación indirecta en relación con instrumentos de inferior rango que surjan en desarrollo de las disposiciones del planeamiento general, siendo a título paradigmático el de Plan Parcial que desarrolla previsiones del Plan General o de las Normas Subsidiarias...”

52.- La sentencia del TSJ de las Illes Balears n° 1026/2005, de 1 de diciembre frente a la impugnación indirecta de una Instrucción interna, sostiene que no resulta procedente porque dicha Instrucción no sirvió de fundamento al acto impugnado pero implícitamente alude a que tampoco sería procedente, salvo que dicha Instrucción tuviera auténtica naturaleza normativa.

53.- Véase la anterior nota 28.

provenir de que no quepa recurso de casación según la literalidad de la regla del artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional antes analizada (que ha supuesto la eliminación de la previsión de la normativa anterior según la cual procedía siempre la casación en caso de recurso indirecto contra reglamentos) o de que no se haya interpuesto el recurso de apelación o de casación, respectivamente previsto. En tales casos, si se trata de disposiciones generales del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno, del Consejo General del Poder Judicial, del Congreso de Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, la cuestión de ilegalidad deberá plantearse ante el Tribunal Supremo; en los demás supuestos relativos a disposiciones generales estatales, ante la Audiencia Nacional.

C.- Que en el recurso indirecto haya recaído sentencia estimatoria firme.

El artículo 27.1 concreta, como presupuesto de la obligación de plantear cuestión de ilegalidad, que se hubiere "... dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada".

El análisis de dicha norma comporta las siguientes consideraciones:

- a) Debe tratarse de sentencia "firme", es decir aquélla contra la que no cabe recurso, bien porque no era susceptible del mismo o porque transcurrieron los plazos previstos para interponerlo.
- b) Dicha sentencia firme debe ser, además, "estimatoria" del recurso indirecto. A este respecto, resulta significativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 30 de noviembre de 2000, cuando afirma que:

"No resulta legalmente posible, sin embargo, que la Sala proceda a anular dicha disposición, ya que de los artículos 21.3, 27 y 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se deduce la regla inequívoca de que no cabe tal posibilidad sino cuando se trate de un recurso indirecto contra la disposición general y la sentencia es estimatoria; no, como aquí sucede, cuando el recurrente precisamente pretende la aplicación de la disposición general que refutamos ilegal y la ilegalidad sirve no para estimar, sino para desestimar el recurso. Dicho de otro modo, no cabe legalmente desestimar el recurso y a la vez anular la disposición general o plantear la cuestión de ilegalidad".

- c) Dicha sentencia firme estimatoria debe serlo, además "por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada".

La cuestión enunciada en el presente epígrafe adquiere mayor relevancia por referirse a la procedencia o no de la impugnación indirecta

fundada en motivos formales o procedimentales de ilegalidad del reglamento aplicado. Si se interpreta literalmente la expresión “por considerar ilegal el contenido” del artículo 27.1, habría que concluir que la Ley 29/1998 ha confirmado la posición consagrada por la jurisprudencia⁵⁴ contraria a que puedan alegarse vicios de procedimiento para fundamentar el recurso indirecto.

El problema trae causa de la polémica doctrinal acerca de la naturaleza del reglamento y sus causas de invalidez. La mayor parte (García de Enterría, Ramón Fernández, González Pérez, entre otros muchos) sostiene que el reglamento es exclusivamente una fuente de Derecho y no una clase de acto administrativo, de modo que toda infracción de sus límites, como expresamente confirma el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conduce a su nulidad de pleno derecho. Otro sector doctrinal (Garrido Falla, Entrena Cuesta, Boquera Oliver, por ejemplo) afirma que el reglamento es una especie del género acto administrativo que, en cuanto a los requisitos de competencia y procedimiento, dependiendo de la entidad de la infracción, puede ser nulo de pleno derecho o anulable, sin perjuicio de reconocer que, en cuanto a su contenido, la infracción de los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley producen siempre su nulidad de pleno derecho. Los primeros estiman que los vicios de forma en que puede haber incurrido el reglamento pueden ser alegados, también, mediante el denominado recurso indirecto⁵⁵; los segundos, en cambio, con el apoyo de la jurisprudencia ya citada, consideran que en el recurso indirecto (en el que no cabe olvidar que se impugna un acto de aplicación) sólo cabe alegar la ilegalidad sustantiva, de contenido, del reglamento aplicado.

54.- Tras unos primeros pronunciamientos que estimaban la impugnación indirecta del reglamento por omisión del dictamen del Consejo de Estado (vide, por ejemplo, la sentencia TS de 28 de enero de 1964), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido, con reiteración la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar el reglamento (sentencias, por ejemplo, de 7 de junio de 1988 –Aranz. 4601–; 27 de marzo de 1991 –Aranz. 5647–; 18 de junio de 1992 –Aranz. 5920–; 11 de mayo de 1993 –Aranz. 3612–; y 17 de noviembre de 1993 –Aranz. 8220–).

55.- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su Curso de Derecho Administrativo, Décima Edición, año 2000, Tomo I, pág. 220, sostienen que: “Sería un error pensar –como alguna vez se ha sostenido– que el vicio de forma en los Reglamentos no podría ser hecho valer más que a través del que luego llamaremos recurso contencioso-administrativo directo, que tiene un plazo de caducidad de dos meses; si así fuese, podría hablarse de que este vicio determina sólo una mera anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho, pero sobre no existir base alguna para intentar justificar una limitación de los medios impugnatorios tan sumamente grave (limitación que, como es obvio, va derechamente contra la cláusula general que admite en todo recurso contencioso la invocación de «cualquier infracción del ordenamiento jurídico», art. 70.2 L.J.”.

Por nuestra parte consideramos que los vicios de forma o de procedimiento, en tanto que previstos en norma con rango de ley (vide el artículo 24 de la Ley 50/1997, en el caso del Estado y los artículos 42 a 47 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, para las Illes Balears), constituyen, en todo caso, infracción del principio de jerarquía normativa reconducible a la categoría de nulidad de pleno derecho, alegable, por lo tanto, en cualquier momento, aunque sea a través de la impugnación indirecta de reglamentos.

A favor de la anterior conclusión, pese a la literalidad del artículo 27.1 de la Ley 29/1998, cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 125.3 en cuanto establece que “El plazo para dictar sentencia quedará interrumpido si, para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada...”. Es claro que tal previsión resultaría inútil si el recurso indirecto y la cuestión de ilegalidad sólo pudieran fundarse en la ilegalidad del “contenido” del reglamento aplicado, de modo que la incorporación del procedimiento de elaboración al seno de la cuestión de ilegalidad permite pensar que el legislador contempla la posibilidad de que en su tramitación se planteen vicios procedimentales de la norma impugnada.

3.- Requisitos subjetivos.

Del artículo 27.1 se desprende que la cuestión de ilegalidad “deberá plantearla el Juez o Tribunal que hubiere dictado la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, siempre que no fuera, también, competente para conocer del recurso directo o, en todo caso, el Tribunal Supremo, ya que en estos dos últimos supuestos, sin plantear cuestión de ilegalidad, deberán resolver acerca de la validez o nulidad del reglamento aplicado . Y deberán plantearla, según el mismo artículo, ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general aplicada (órgano jurisdiccional competente para conocer de la cuestión de ilegalidad). Conviene advertir que, obviamente, el cumplimiento de dicho deber no convierte al Juez o Tribunal en parte procesal, por cuanto no actúa ningún interés propio y directo ni articula pretensión. Contrariamente, se limita, como veremos, cumpliendo obligaciones “ex lege”, a plantear cuestión de ilegalidad mediante auto, a remitir copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo y a ordenar la publicación en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada. Confirma lo expuesto, el artículo 123.2 cuando determina que en el auto de planteamiento “... se acordará emplazar a las partes...”

Sabemos, por otra parte, que el artículo 21.3 de la Ley Jurisdiccional prevé, en caso de recurso indirecto, que “... se considerará también parte

demandada a la Administración autora de la misma (disposición general), aunque no proceda de ella la actuación recurrida”. Por lo tanto, la Administración autora de la disposición general será ya parte demandada en el recurso indirecto contra un acto de aplicación de la misma.

Además, el citado artículo 123.2 de la Ley Jurisdiccional prevé que “En este auto se emplazará a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión”. Con ello se asegura el emplazamiento de la Administración autora de la disposición general ya demandada en el recurso indirecto (que pasará de ser codemandada mediata e indirecta a ser demandada principal), así como también el de las demás partes personadas en este último, es decir, el demandante afectado por el acto de aplicación (que asumirá posición demandante) y la Administración autora de este último (que se transformará de demandada principal en codemandada mediata e indirecta). Es fácil no obstante suponer que estos dos últimos pueden mantener escaso interés en el resultado de la cuestión de ilegalidad, por cuanto la sentencia que la resuelva no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la que estimó el recurso indirecto.

La regulación expuesta, sucintamente, da lugar a las siguientes consideraciones jurídicas:

- a) El planteamiento de la cuestión de ilegalidad se atribuye, en exclusiva, al Juez o Tribunal que dictó la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto, a quien se le impone como un deber inexcusable (“deberá plantear...”, dice el artículo 27.1). La ley no prevé sin embargo ningún remedio para hacer efectivo el incumplimiento del deber de plantear cuestión de ilegalidad.
- b) Contrariamente, las partes en el proceso de recurso indirecto y, en concreto, aquélla que hubiere obtenido sentencia estimatoria del mismo, no ostentan legitimación alguna para plantear la cuestión de ilegalidad. Podrán formular recordatorios, pero la ley no les reserva propiamente una iniciativa o derecho a la incoación del proceso que formalmente deba ser atendido por el órgano jurisdiccional a quien se impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad. Menos aún podrán plantearla, sin legitimación para hacerlo, ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la misma.
- c) Debe considerarse la posibilidad de que a través de los medios de publicidad idóneos puedan personarse en el proceso que la cuestión de ilegalidad supone todos los que tengan interés legítimo en el mantenimiento o nulidad de la disposición general cuestionada y, en particular, aquéllos que ostenten una posición favorable derivada

directamente de la norma sin necesidad de acto administrativo de aplicación. Esta, y no otra, es, a nuestro entender, la finalidad de lo establecido en el artículo 124.2 de la Ley 29/1998, según el cual “El planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada”.

- d) Al tratarse de un proceso depurativo del ordenamiento jurídico, y por similitud a lo establecido en el caso de recurso de casación en interés de ley, debería haberse contemplado la intervención, en defensa de la legalidad, del Ministerio Fiscal. Así lo aconsejó el dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997 al señalar que “...sin perjuicio del necesario emplazamiento de las partes, sería oportuna también la participación en este procedimiento especial del Ministerio Fiscal, en cumplimiento de su función constitucional de defensa de la legalidad”. En cambio, la Ley 29/1998 no lo ha previsto al articular (artículos 123 a 126) el procedimiento especial en que la cuestión de ilegalidad consiste.

4.- Requisitos objetivos.

El segundo párrafo del artículo 123.1 de la Ley 29/1998 establece que “La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para estimar la demanda”.

En primer lugar, como hemos reiteradamente expuesto, la sentencia estimatoria del recurso indirecto no ha “declarado” la ilegalidad de precepto alguno, ya que, si así hubiera ocurrido, sería innecesaria la cuestión de ilegalidad. En realidad, dicha sentencia ha “considerado” la ilegalidad de la norma como motivo para fundamentar la anulación del acto de aplicación. Esta expresión, por otra parte, es la utilizada, con mayor corrección, por el artículo 27.1 al referirse a “considerar” ilegal el contenido de la disposición general aplicada.

Por otra parte, la literalidad del artículo 123.1, en cuanto parece circunscribir el objeto del proceso “exclusivamente”, según expresa, al precepto o preceptos “declarados” ilegales, no impide, por virtud de la remisión que el artículo 126.2 realiza al artículo 33.3 de la Ley Jurisdiccional, que el Tribunal, por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos, estime necesario extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición. En tal caso deberá conceder a las partes personadas, mediante providencia, plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas acerca de la extensión del objeto del proceso.

5.- Procedimiento.

La Ley 29/1998 regula, en sus artículos 123 a 126, un procedimiento especial dentro del proceso contencioso-administrativo que, como hemos visto, se incoa de oficio por el Juez o Tribunal que haya dictado sentencia firme estimatoria de un recurso indirecto, sin tener competencia para conocer del recurso directo contra la norma reglamentaria cuestionada. A dicho procedimiento se le otorga, con carácter general, la misma preferencia de resolución que el artículo 66 de la Ley 29/1998 atribuye a los recursos directos contra disposiciones generales (vide al efecto, la remisión que el artículo 126.2 efectúa al artículo 66). Pero, además, se prevé, en el artículo 126.4, otro criterio adicional de preferencia específica para su tramitación y resolución “Cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial transcendencia para el desarrollo de otros procedimientos...”. Se trata, obviamente, de evitar que la “consideración” acerca de la ilegalidad de la disposición general efectuada por quien no resulta competente para su enjuiciamiento y control jurisdiccional pueda extenderse a otros procedimientos cuando ya está planteada la cuestión de ilegalidad. Los casos de extensión de efectos de la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto, sea por la vía del artículo 110, sea por la de los artículos 37.2 y 111, constituyen supuestos en los que debería, sin duda, aplicarse la referida preferencia reforzada.

A.- Planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

El planteamiento de la cuestión de ilegalidad se realiza mediante auto en el plazo de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia estimatoria del recurso indirecto. Contra dicho auto no cabe recurso alguno, y en el mismo se acordará emplazar a las partes para que en el plazo de quince días puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión (artículo 123).

El Juez o Tribunal que haya planteado la cuestión remitirá urgentemente, junto con el certificado del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo (que, obviamente, será el del acto administrativo de aplicación impugnado). Además, el planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada (artículo 124).

Según lo expuesto, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad conlleva la remisión urgente del testimonio de los autos y del expediente administrativo, el emplazamiento de las partes en el recurso indirecto, que, en aplicación del artículo 21.3 de la Ley Jurisdiccional, incluye, como codemandada, a la Administración autora de la disposición general cuestionada (que se convertirá en demandada principal en el nuevo proceso en que consiste la cuestión de ilegalidad) y la publicación de dicho

planteamiento (que debería facilitar la comparecencia de terceros interesados en el mantenimiento o anulación de la disposición general).

Sólo cabe añadir que al legislador no le preocupa el contenido del auto de planteamiento de cuestión de ilegalidad, ni siquiera para exigir la debida motivación de las razones que le han llevado a considerar la ilegalidad de la norma reglamentaria. Sin duda, ello es así porque aquéllas estarán lógicamente reflejadas en la sentencia estimatoria del recurso indirecto. No obstante, a nuestro juicio el auto debería contener, como mínimo, un resumen motivado de las razones que han llevado a considerar la ilegalidad de la disposición general.

B.- Trámite de admisión.

Planteada la cuestión de ilegalidad, la normativa reguladora del procedimiento especial establece, en el artículo 125.2, un trámite de admisión al disponer que "... podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando faltaren las condiciones procesales". La redacción actual proviene de una enmienda que, inicialmente, se refería a "condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada" de la que se suprimió el último inciso durante la tramitación en el Senado. La eliminación merece, a nuestro juicio, elogio puesto que "si fuere notoriamente infundada" es requisito sustantivo que conlleva la conformidad a derecho de la norma cuestionada. Y, en tal caso, la finalidad de la cuestión de ilegalidad (la depuración del ordenamiento jurídico y el principio de seguridad jurídica) exige, no que se inadmita a trámite, sino que se confirme, con eficacia "erga omnes", la plena validez de la norma reglamentaria.

Con todo, la redacción vigente plantea la cuestión del alcance que debe atribuirse a la expresión "condiciones procesales". Es claro que en el trámite de admisión sólo cabrá analizar la falta de condiciones procesales de la cuestión de ilegalidad que, a nuestro juicio, comprende, por analogía con el artículo 51 de la Ley 29/1998 para el procedimiento ordinario: la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal; la falta de legitimación del recurrente; haber caducado el plazo de interposición, es decir que no se plantee mediante auto dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia (aunque parece desproporcionado que, en tal caso, no se alcance la finalidad superior –depuración del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica– que la cuestión de ilegalidad persigue); y haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación, que, en el presente caso, se reconduce a la falta de alguno de los presupuestos que obligan a plantearla (que no se trate de verdadera

disposición general o no esté ya vigente; que el Juez o Tribunal que la plantea sea competente para conocer del recurso directo o que no haya recaído sentencia firme estimatoria del recurso de alzada)⁵⁶.

Por último, en cuanto al trámite de admisión, puede, en principio, parecer procedente que pueda adoptarse “sin audiencia de las partes”, por tratarse de proceso iniciado de oficio por un órgano jurisdiccional, de manera que no se vulnera ningún derecho a la tutela judicial del actor. No obstante, sería más adecuado que se diera, al menos, audiencia a la Administración autora de la norma, a la que asiste interés legítimo acerca de que el Tribunal competente declare su plena validez.

C.- Tramitación.

El único trámite preceptivo que se prevé es el de alegaciones de las partes que se personen, a formular en el plazo de quince días desde el emplazamiento acordado en el auto de planteamiento y ceñidas a la validez o nulidad del precepto o preceptos cuestionados. Dicho escrito de personación y alegaciones podrá acompañarse, según prevé el artículo 125.1 de la documentación que se estime oportuna, y transcurrido dicho plazo de personación y alegaciones de las partes “... se declarará concluso el procedimiento” (artículo 125.2). Para obtener, la máxima celeridad en la tramitación, el artículo 123.2 prevé taxativamente que “Transcurrido este plazo, no se admitirá la personación”.

Con carácter potestativo, en cambio, el artículo 125.3 dispone que si, para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba de oficio, quedará interrumpido el plazo para dictar sentencia. En tal caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 125.3, deberá ponerse de manifiesto a las partes para que puedan formular alegaciones al respecto en el breve plazo común de tres días. De igual modo, si el Tribunal pretende, por conexión o consecuencia, extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición (artículo 33.3), o considera que deben tratarse motivos relevantes para el fallo distintos de los alegados (artículo 65.2), otorgará a

56.- El auto del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2000, señala que:

“El artículo 125.2 de la vigente Ley de esta Jurisdicción apodera a este Tribunal para rechazar, en trámite de admisión, y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando falten las condiciones procesales en su planteamiento,...

La ausencia de las «condiciones procesales» a que se refiere el artículo 125.2, que impide que la cuestión de ilegalidad rebase el trámite de admisión son todas las que formal o materialmente condicionan el correcto planteamiento de la misma, incluso aquellas cuya concurrencia es necesaria para que pueda dictarse una sentencia de fondo estimatoria o desestimatoria de la cuestión planteada...”

las partes, mediante providencia, trámite de alegaciones al respecto por plazo común de diez días.

D.- Sentencia.

La sentencia ha de dictarse en el plazo de diez días (artículo 125.2) siguientes a la declaración de tener por concluso el procedimiento, que se produce una vez terminado el plazo para personación y alegaciones, salvo que el Tribunal, mediante providencia para mejor proveer hubiera reclamado el expediente de elaboración de la disposición general, ya que en tal caso se interrumpe el plazo para dictar sentencia.

Los pronunciamientos posibles de la sentencia, según el artículo 126.1, pueden consistir en: **a)** declarar inadmisibile la cuestión de ilegalidad cuando “faltare algún requisito procesal insubsanable”. La Ley 29/1998 no determina cuáles sean éstos. A nuestro juicio, por analogía con el artículo 68.1.a), en relación al artículo 69, serán los generales previstos para el procedimiento ordinario adaptándolos a las peculiaridades de este procedimiento especial, si bien no debe dejar de señalarse que la mayor parte de los mismos podrán, –deberán–, detectarse y resolverse en el trámite de admisión “cuando faltaren las condiciones procesales”, a que se refiere el artículo 125.2 y al que nos hemos referido anteriormente; **b)** desestimar total o parcialmente la cuestión de ilegalidad, lo que supone considerar que la norma o normas son ajustadas a derecho, separándose en consecuencia del criterio del Juez o Tribunal que conoció del recurso indirecto y planteó la cuestión de ilegalidad. Pero, como hemos anticipado y ratifica el artículo 126.5 “la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no afecta a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella”, lo que corrobora que se trata de un proceso de instancia que no supone impugnación o recurso contra la sentencia del recurso indirecto sino que, contrariamente, exige como presupuesto que esta última sea firme; **c)** estimar total o parcialmente la cuestión de ilegalidad, lo que comportará la declaración de nulidad de las referidas normas total o parcialmente, según resulta del artículo 71.1.a) al que se remite el 126.2. Conviene añadir la posibilidad de extensión, por razones de conexión o consecuencia, a otros preceptos de la misma disposición, que deriva de la remisión al artículo 33.3 que efectúa el artículo 126.2 y la aplicación, también, por idéntica remisión al artículo 71.2, de la regla que impide al Tribunal “determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen”.⁵⁷

57.- En cambio, el artículo 85 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, había establecido que “Los fallos que dictaren las

Párrafo aparte merece la remisión que el tantas veces citado artículo 126.2 realiza al artículo 73 según el cual “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiere la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”. La norma transcrita merece los siguientes comentarios:

- Constituye cuestión distinta la derogación de una norma que, a salvo la retroactividad, produce, por regla general, efectos “ex nunc”; y su anulación que supone nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/1992) y por lo tanto, en principio, tiene una eficacia “ex tunc”.
- El principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.) limita la eficacia “ex tunc” de la anulación de una norma cuando pretende proyectarse sobre actos administrativos de aplicación de la misma que hayan adquirido firmeza antes de que la anulación alcanzara efectos generales.
- Dicha regla se reflejó en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958⁵⁸, pero no en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, a pesar de lo cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo extendió también su alcance al ámbito jurisdiccional.
- En la actualidad, en cambio, dicha regla se contiene en el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio y ha desaparecido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. La razón es clara y deriva del artículo 107.3 de la Ley 30/1992, según el cual “Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”, de modo que la anulación de disposiciones generales en vía administrativa ya no resulta posible.
- Mayor importancia tiene que el citado artículo 73, para hacer

Salas de lo Contencioso-administrativo en materia de Ordenanzas Fiscales, si anularen el acto objeto de recurso, deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados.

58.- El párrafo primero del artículo 120 de la L.P.A. de 1958 establecía que “La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”.

efectivo el principio de retroactividad de la norma más favorable en materia sancionadora (vide artículo 128.2 de la Ley 30/1992), deje a salvo “... el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”. Además, dicho precepto, y la remisión que al mismo efectúa el artículo 126.2, plantea la posible contradicción con la regla del artículo 126.5 (no afectación de la situación concreta derivada de la sentencia firme del recurso indirecto). Ciertamente, la posibilidad de conflicto será inusual ya que la anulación del precepto, vía cuestión de ilegalidad, será coincidente con la consideración de ilegalidad que produjo la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto. No obstante, dicho conflicto podrá producirse en los casos en que la anulación derivada de la cuestión de ilegalidad sea más amplia que lo considerado al resolver el recurso indirecto, en general en casos en que, por aplicación del artículo 33.3, se produzca la extensión a otros preceptos, por razones de conexión o consecuencia. Pero si se da el supuesto del inciso final del artículo 73, no cabrá al mismo tiempo aplicar la remisión del artículo 126.2 y la literalidad del artículo 126.5. La doctrina estima que la contradicción puede salvarse mediante una interpretación que los compagine, afirmando que “... si damos al apartado 5 el valor de regla general, semejante al primer inciso del artículo 73, pero sin perjuicio de la excepción contemplada en el segundo inciso del propio artículo 73, resultan aplicables ambos preceptos de manera coordinada y no contradictoria”⁵⁹. En cualquier caso resulta patente que la regla de no afectación de la situación jurídica concreta derivada de la sentencia firme cede si la anulación del precepto, en la sentencia que pone fin a la cuestión de ilegalidad, conlleva la exclusión o la reducción de una sanción no ejecutada completamente, por el mayor alcance de la regla constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables.

E.- Recurso contra la sentencia.

Si la sentencia declara nula (por ser estimatoria) o conforme a Derecho (por ser desestimatoria) la disposición general, cabrá en todo caso recurso de casación por aplicación de la regla contenida en el artículo 86.3, que “...podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia...” (artículo 89.3 de la Ley 29/1998).

59.- Pascual Sala Sánchez, Juan Antonio Xiol Rios y Rafael Fernández Montalvo, en los Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, en lo relativo al artículo 126 (pág. 1017 a 1021, Tomo VIII).

Dicha posibilidad pone de manifiesto que el argumento de la dilación del proceso que se achacaba a la construcción de la cuestión de ilegalidad como análoga a la cuestión de inconstitucionalidad puede resultar, en parte, discutible si se tiene en cuenta que el proceso del recurso indirecto se cierra, ciertamente, con mayor rapidez, pero, en cambio, se dilata la solución final acerca de la adecuación a Derecho de la disposición general que puede dar lugar hasta a cuatro instancias. Así ocurrirá si se formula recurso indirecto contra un acto de aplicación de una Orden Ministerial que sea competencia inicial del Juzgado (1), y frente al que quepa recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (2). La sentencia firme estimatoria de este último pondrá fin al proceso al acto, pero si el Tribunal Superior de Justicia no ostenta competencia para el recurso directo contra la Orden Ministerial, como en efecto ocurre, deberá plantear cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional(3), cuya sentencia que declare nula o conforme a Derecho la disposición general dará lugar a recurso de casación ante el Tribunal Supremo.(4).

Finalmente, cuando la sentencia sea firme, el artículo 126.3 impone que se comunique al Juez o Tribunal que planteó la cuestión de ilegalidad.

F.- *Publicación.*

También en este extremo, como en otros muchos de los ya examinados, la analogía y paralelismo entre la cuestión de ilegalidad y el recurso directo contra reglamentos produce, como consecuencia, que la insuficiente regulación del procedimiento especial (artículos 123 a 126 de la Ley 29/1998) se complete con una amplia remisión, efectuada por el artículo 126.2, a las reglas generales, y a las particulares de los efectos de la sentencia, relativas al recurso directo contra reglamentos. Entre las primeras debemos ahora referirnos al artículo 72.2 según el cual será necesaria la publicación del fallo, con inclusión de los preceptos anulados, en el mismo periódico oficial en que se hubiera publicado la disposición general afectada por el contenido anulatorio de la sentencia firme que resuelve la cuestión de ilegalidad.

Además, en relación a la cuestión de ilegalidad se va más allá, ya que el inciso final del artículo 126.2 exige que “Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión”. A nuestro juicio, dicha regulación merece elogio porque la cuestión de ilegalidad se vincula a la depuración del ordenamiento jurídico y a las exigencias del principio de seguridad jurídica. Conviene no olvidar que existe una sentencia firme estimatoria de un recurso indirecto fundada en que un Juez o Tribunal ha considerado que la norma aplicada era ilegal y contraria al ordenamiento jurídico. Este hecho diferencial, con respecto al recurso directo contra reglamentos, justifica plenamente la publicación, también, de las sentencias

firmes desestimatorias de la cuestión de ilegalidad. Publicación que, aunque no se precisa, deberá realizarse en el mismo periódico oficial en que se publicó la disposición cuestionada.

G.- *Condena en costas.*

Nada dice la Ley 29/1998 sobre la condena en costas en el procedimiento especial relativo a la cuestión de ilegalidad. Habrá que estar, por lo tanto, a las reglas generales del artículo 139 de la Ley 29/1998. En cuanto a la primera o única instancia es evidente que la regla de la mala fe o temeridad (artículo 139.1) no puede atribuirse al Juzgado o Tribunal a quien sólo se impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad sin ser parte, siendo también muy improbable que pueda imputarse a la Administración autora de la disposición general o del acto de aplicación que ostentarán la posición de partes demandadas. Esta última porque en definitiva resolvió de acuerdo con lo establecido en la disposición general; y la primera por ser improbable la temeridad o mala fe en la aprobación de una disposición general. Si, en virtud del artículo 86.3 (sentencia de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia que declare nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general), estuviéramos en vía de recurso de casación, se impone el criterio del vencimiento (artículo 139.2) salvo que, razonándolo debidamente, se aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen la no imposición de costas.

6.- Cuestión de ilegalidad y extensión de efectos de las sentencias.

Para cerrar el análisis de la cuestión de ilegalidad resulta necesario examinar su alcance en los supuestos en que se plantee la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria firme del recurso indirecto a favor de otras personas, sea por la vía del artículo 110⁶⁰ de la Ley 29/1998, que la permite y regula en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, sea en el caso del denominado “proceso testigo” a que se refieren los artículos 37.2 y 111. El problema se plantea, en uno y otro caso, cuando la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto resulta desautorizada, en cuanto a la consideración de la ilegalidad de la disposición general aplicada, por la sentencia firme dictada en la cuestión de ilegalidad que, por el contrario, la declara plenamente ajustada al ordenamiento jurídico. La insatisfacción que en tal caso produce el mantenimiento de la situación

60.- Conviene advertir que los artículos 37 y 110 de la Ley 29/1998 han sido modificados, para introducir determinados retoques y perfeccionamientos técnicos, por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

jurídica concreta del acto anulado se incrementa si dicha “injusta” solución ha extendido sus efectos a terceros mientras aquella cuestión de ilegalidad se tramitaba y resolvía. Parece claro que el problema descrito exige que se aplique el artículo 126.4 con la consiguiente preferencia reforzada en la tramitación y resolución de la cuestión de ilegalidad pendiente. Tampoco parece dudoso que a partir de la sentencia firme recaída en la cuestión de ilegalidad habrá que desestimar los incidentes que se incoen o estén pendientes para la extensión de los efectos de la sentencia del recurso indirecto a terceros. A tal finalidad podría servir lo establecido en los apartados a) y b) del artículo 110.5, que, por remisión expresa, también resulta aplicable al supuesto del artículo 111, es decir, “si existiera cosa juzgada” o, al menos “cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99”.

Con todo, la problemática de mayor interés viene suscitada por la posibilidad de suspensión del incidente de extensión de los efectos de la sentencia del recurso indirecto hasta que se resuelva la cuestión de ilegalidad. Ciertamente, el artículo 110.6⁶¹ sólo prevé dicho efecto suspensivo en caso de que se encontrara pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de ley, pero no se cita expresamente la cuestión de ilegalidad. Además, en los casos de extensión de los efectos de la sentencia recaída en el “proceso testigo”, el artículo 111 se remite a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110, pero no al 6. A nuestro juicio, el segundo problema tiene su origen en una deficiente técnica legislativa imputable a la modificación del artículo 110 operada por la Ley Orgánica 19/2003, puesto que la redacción originaria de este último sólo tenía cinco apartados, de modo que la remisión al apartado 5 incluía el efecto suspensivo aludido. La modificación dividió el apartado 5 en dos: las causas de desestimación del incidente –que continúa siendo el apartado 5– y el efecto suspensivo de la pendencia de recurso de revisión o de casación en interés de ley –que ha pasado del apartado 5 al 6–. Lo que no hizo, aunque se presentaba como ineludible, fue modificar correlativamente el artículo 111 –que permaneció inmodificado– para que la remisión que el mismo contiene alcanzara, también, al apartado 6.

Constatada la “omisión” legislativa que, a nuestro juicio, debe suplir una

61.- Dicho artículo tiene su reflejo en la previsión del apartado 1.c) del mismo artículo cuando matiza el plazo de un año para solicitar la extensión de los efectos de la sentencia precisando que “... si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste”.

correcta interpretación sistemática e histórica, debemos añadir que, en uno y otro caso –artículos 110 y 111–, la cuestión de ilegalidad debería cumplir, por identidad de razón, que conlleva la aplicación analógica, el efecto suspensivo que se atribuye a la pendencia del recurso de casación en interés de ley.

Ciertamente, podría aducirse, en contra, la literalidad del artículo 26.2 según el cual la desestimación de un recurso directo contra reglamento (al que, desde luego, se asimila la cuestión de ilegalidad) no impide la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad de aquél, e, incluso, la aplicación del principio de igualdad alegando el derecho a ser tratados de forma idéntica a quien obtuvo la sentencia estimatoria del recurso. Ambos argumentos no resultan decisivos para impedir la aplicación analógica que conduzca a la suspensión del incidente de extensión de efectos de la sentencia hasta que recaiga sentencia firme en la cuestión de ilegalidad, por cuanto sólo aplazaría la aplicación del artículo 26.2 o del principio de igualdad. No obstante, si se confirmara la validez de la norma reglamentaria, habría que desestimar –conforme a lo ya dicho– las solicitudes de extensión de los efectos de la sentencia que estuvieran pendientes.

En cualquier caso, los Tribunales sostienen que “el planteamiento de la cuestión de ilegalidad no es obstáculo para que se extiendan los efectos de una sentencia”⁶². En concreto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de mayo de 2001 –Aranz. 230722–, lo razona del siguiente modo, al analizar la similitud y paralelismo entre la cuestión de ilegalidad y el recurso de casación en interés de ley a efectos de suspender, por pendencia de la primera, la tramitación de incidentes de extensión de efectos de las sentencias:

“Es cierto que ambos procedimientos buscan la seguridad jurídica, así, la cuestión de ilegalidad decidiendo definitivamente respecto de la legalidad o no de una disposición general, y el recurso de casación en interés de ley garantizando la interpretación uniforme de una norma. Es cierto que la sentencia que se dicta en ambos supuestos no modifica la situación jurídica individualizada reconocida en las sentencias iniciales las cuales devinieron firmes. Sin embargo, también son de apreciar importantes diferencias, y así mientras la cuestión de ilegalidad está contemplada como un procedimiento especial en el que el objeto del recurso no es un acto administrativo, sino una disposición de carácter general que ha sido inaplicada en otro procedimiento en que se enjuiciaba un acto que tenía su base en esa disposición, por ser

62.- Así se pronuncian, entre otras, las sentencias del T.S.J. de Castilla y León de 13, 20 y 27 de septiembre de 2002 –Aranz. N° 230427, 2409012 y 36011– citadas por Matilde Carlón Ruiz en la pág. 159 de la obra ya citada.

contraria a derecho. Sin embargo, el recurso de casación en interés de la ley es un recurso en el que lo que se revisa es la interpretación de las normas contenidas en una sentencia. Pero con un matiz muy importante, cual es que esa interpretación cause grave daño al interés general, lo que justifica plenamente el diferente tratamiento a efectos de suspensión, así, solo en el supuesto en el que esté en juego un grave daño al interés general con la extensión de efectos de una sentencia que se considera causa grave daño a ese interés general procederá la suspensión de la decisión, circunstancia que no concurre en el presente caso, pues de hecho no se ha interpuesto el recurso contra la sentencia de esta Sala que confirmó parcialmente la del Juzgado, pese a ser sentencia de esta Sala susceptible de recurso de casación en interés de ley, recurso que en su caso habría impedido la extensión de efectos de la sentencia firme de acuerdo con el artículo 110.5, sin necesidad de acudir ahora a una interpretación analógica, que por lo que se ha dicho, no es posible”.

Parece, en consecuencia, que el Tribunal Superior de Justicia no considera que el planteamiento de la cuestión de ilegalidad constituya “un grave riesgo para el interés general”. No compartimos tal criterio, por cuanto está en juego la validez o ilegalidad de una norma y, en consecuencia, la depuración del ordenamiento jurídico y la integridad del principio de seguridad jurídica. Es claro que sería deseable que el artículo 110.6 incorporara la referencia expresa a la cuestión de ilegalidad, como lo es, también, que debería salvarse la omisión del artículo 111, según lo expuesto. Pero si tales subsanaciones no se producen, creemos más ajustada la interpretación analógica que conduce a la suspensión de los incidentes de extensión de efectos de la sentencia mientras se tramita y resuelve la cuestión de ilegalidad.

VI CONCLUSIONES

Primera.- La potestad reglamentaria constituye el poder atribuido a la Administración de dictar normas que se incorporan al ordenamiento jurídico. Este último dato es el que caracteriza esencialmente al reglamento y lo distingue del acto administrativo, sin que, en cambio, resulten decisivos la forma adoptada o el procedimiento de elaboración.

Segunda.- La primera manifestación del “control” jurisdiccional de los reglamentos, mediante la técnica de inaplicación de los considerados ilegales, se estableció en el artículo 7.1 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 dirigido a todos los órdenes jurisdiccionales y hoy se mantiene, con igual alcance, en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nº 6/1985, de 1 de julio.

Tercera.- El control directo de los reglamentos, con posibilidad anulatoria de los mismos, no se atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa hasta la entrada en vigor de su ley reguladora, de 17 de diciembre de 1956 (recurso directo). Hasta entonces sólo cabía la impugnación de resoluciones (actos administrativos), aunque se fundara en que la disposición general correctamente aplicada infringiera la Ley originaria del derecho particular lesionado (recurso indirecto). El control anulatorio sólo alcanzaba al acto administrativo impugnado, ya que, acerca del reglamento considerado ilegal, se limitaba a su inaplicación –como los demás órdenes jurisdiccionales–.

Cuarta.- El control directo y anulatorio de los reglamentos, instaurado por la Ley de 1956, resultaba insuficiente por someterse al breve plazo de interposición de dos meses desde la publicación e, inicialmente, por las limitaciones establecidas para la legitimación activa (que fueron suprimidas por una pronta jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la sentencia nº 60/1982); el control indirecto de los reglamentos era insatisfactorio por limitarse a la inaplicación de los considerados ilegales, sin alcanzar, en ningún caso, su anulación, de modo que podía ser reiteradamente aplicado de nuevo, con la posibilidad evidente de dar lugar a sentencias contradictorias y grave riesgo para el principio de seguridad jurídica.

Quinta.- La vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa mantiene tanto el recurso directo como el denominado recurso indirecto, e, incluso, la regla de que “La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior” (artículo 26.2) que, desde luego, no puede interpretarse como una excepción al principio general de cosa juzgada.

Sexta.- Las soluciones que incorpora la Ley 29/1998 a la situación insatisfactoria creada por la anterior regulación del denominado recurso indirecto suponen:

- 1.- La regla preferente de los apartados 2 y 3 del artículo 27 según la cual, cuando el Juez o Tribunal que conoce del recurso indirecto es también competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, deberá declarar su validez o nulidad (con superación del principio de congruencia) y en todo caso cuando, en cualquier grado, conozca el Tribunal Supremo (con superación del principio de competencia).
- 2.- La regla subsidiaria del apartado 1 del artículo 27 según la cual,

cuando el Juez o Tribunal que conoce del recurso indirecto no es competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal que resulte competente para este último, con el objetivo de conseguir un auténtico control anulatorio “erga omnes” de la disposición general cuestionada.

Séptima.- La ampliación, “de lege ferenda”, del recurso de casación para que tengan acceso al mismo todas las sentencias recaídas en impugnaciones indirectas de disposiciones generales (con superación de la literalidad del artículo 86.3 de la Ley 29/1998), unida a la regla del artículo 27.3, convertiría en residual la necesidad de plantear cuestión de ilegalidad para aquellos supuestos en que las partes no utilizaran los recursos de apelación o casación que hubieran servido para posibilitar el control anulatorio de la disposición general cuestionada en el recurso indirecto.

Octava.- La cuestión de ilegalidad es un proceso que “deben” iniciar los Jueces o Tribunales que el juzgar un acto de aplicación del reglamento dicten sentencia firme estimatoria por apreciar la ilegalidad de este último, sin que puedan declarar su nulidad por ser incompetentes para ello. Para su tramitación la Ley 29/1998 prevé un procedimiento especial que se regula en los artículos 123 a 126.

Novena.- Constituyen presupuestos que obligan al planteamiento de la cuestión de ilegalidad los siguientes:

- 1.- Que se haya formulado recurso contencioso-administrativo contra un “acto” de aplicación de una disposición general fundado en que esta última no es conforme a derecho. A nuestro juicio también resulta útil y aplicable cuando se impugna una “norma” de desarrollo de otro reglamento superior fundado en que este último no es conforme a derecho, e, incluso, en todo supuesto en que cualquier orden jurisdiccional o, al menos, el contencioso-administrativo haya inaplicado un reglamento por considerarlo ilegal. Se desvincularía con ello la cuestión de ilegalidad de la previa existencia del denominado recurso indirecto.
- 2.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto no sea competente para conocer, también, del recurso directo contra la disposición general aplicada y considerada ilegal, ya que, en caso contrario, deberá proceder a efectuar directamente el control anulatorio de la disposición general.
- 3.- Que en el recurso indirecto haya recaído la sentencia estimatoria firme por considerar ilegal el “contenido” de la disposición general

aplicada. A pesar de la literalidad de dicho presupuesto y de la doctrina jurisprudencial mayoritaria, estimamos que la impugnación indirecta del reglamento aplicado puede fundarse en motivos formales o procedimentales y así parece confirmarlo el artículo 125.3 cuando posibilita, para mejor proveer, que el Tribunal que conoce del procedimiento especial en que consiste la cuestión de ilegalidad reclame el expediente de elaboración de la disposición.

Décima.- El procedimiento especial en que consiste la cuestión de ilegalidad se caracteriza, en síntesis, por los siguientes rasgos:

- 1.- Máxima celeridad en su tramitación al prever como único trámite preceptivo el de alegaciones de las partes que se personen en el plazo de quince días.
- 2.- Trámite de admisión, sin necesidad de audiencia de las partes, cuando faltaren las condiciones procesales.
- 3.- Doble preferencia para su tramitación y resolución: la primera derivada de la amplia remisión a la regulación del recurso directo contra disposiciones generales; y la segunda, de carácter específico para los casos en que la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos.
- 4.- Remisión generalizada, para completar la escueta regulación del procedimiento especial, a las reglas aplicables al recurso directo contra reglamentos.
- 5.- La sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no afecta a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia firme estimatoria dictada por el Juez o Tribunal que la planteó, lo que acerca su naturaleza al recurso de casación en interés de ley, del que lo separa que se trata de un proceso de instancia y no de una impugnación o recurso.

Undécima.- La cuestión de ilegalidad debería producir la suspensión del incidente de extensión de efectos de la sentencia del recurso indirecto, sea por la vía del artículo 110 de la Ley 29/1998 (en materia tributaria y de personal), sea por la del artículo 111 (en los supuestos de proceso-testigo). Dos son las dificultades a solventar: la primera deriva de que en el artículo 110.6 dicho efecto suspensivo sólo se prevé en caso de estar pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de ley; la segunda trae causa de que el artículo 111 sólo se remite a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110, pero no al 6.

La primera cuestión podría resolverse estimando comprendida la cuestión

de ilegalidad, por analogía con el recurso de casación en interés de ley, pero no es ésta la solución aceptada por diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de los años 2001 y 2002.

La segunda cuestión proviene de que la modificación del artículo 110 llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003 dividió el apartado 5 en dos, pero no se modificó, correlativamente, como resultaba necesario, la remisión del artículo 111 que no se extendió al apartado 6 que se creaba, aunque su contenido estaba contemplado en el apartado 5 originario que sí se comprendía en la remisión. Se trata de un problema de técnica legislativa que puede superarse con la adecuada interpretación sistemática e histórica.

**DISCURSO DE CONTESTACION
AL DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE
DON PEDRO ANTONIO AGUILO MONJO
POR PARTE DEL ACADÉMICO
DON TOMAS MIR DE LA FUENTE.**

**I.- AGRADECIMIENTO AL PRESIDENTE
POR LA DESIGNACION.**

El artículo 14 de los Estatutos le atribuye al Presidente la facultad de designar al Académico de número que habrá de contestarle al electo en nombre de la Academia. Agradezco al Presidente mi designación para hacerlo al discurso de D. Pedro Antonio Aguiló Monjo porque

a) Es la primera vez que lo he sido, y una responsabilidad que no había tenido nunca, lo que me estimula.

Hasta ahora han tenido este honor dos veces Miguel Coll, Juan Vidal y Javier Muñoz y una Andrés Rullán, Rafael Gil, Bernardo Cardona, Miguel Masot, Gabriel Garcías, Juan Blascos, Raimundo Clar y Jaime Ferrer.

b) Me brinda la oportunidad de hablar bien del nuevo académico. Porque, aunque hacerlo de la persona pudiera no corresponderme (aunque repasando las contestaciones nadie dejó de hacerlo, pese a que lo había hecho antes el Presidente), hacerlo del discurso, por aquello de que por las obras los conoceréis, supone, de hecho, una laudatio.

En este aspecto confesaré que además de compañero en el Cuerpo Superior de Abogados del Estado, soy amigo. Pero sobre todo testigo de su historia jurídica. Habiéndolo conocido cuando, antes de empezar su carrera (siendo aún opositor o sólo estudiante en la Facultad de Derecho) me pidió consejo, y sobre todo, desde que, terminada su carrera en la Facultad de

Valencia, vino a verme y pedir que le encaminara, desde Palma, por el incierto camino de la preparación de las oposiciones para ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado. Como hice, aquí, algún tiempo (poco, porque Pedro Aguiló ingreso a la primera) hasta que, convencido de su éxito, le aconsejé fuera a Madrid para acabar de prepararse y dejarse oír en una Academia acreditada.

Y más tarde, cuando, ingresado ya, fue destinado, después de servir en la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife, para hacerlo en la Abogacía del Estado y Tribunales de Baleares. Hasta que al constituirse la Comunidad Autónoma de las Illes Balears pasó a ésta en la situación especial de servicios en Comunidades Autónomas, en la que sigue.

c) Me permite hablar, ante audiencia selecta y docta en la materia, de Derecho Administrativo (lo que, fuera del ejercicio de mi profesión, no hago mucho), y hacerlo sobre un tema central, como es el control jurisdiccional de los Reglamentos, y en sesión pública de la Academia, en la se suele hablar más de Savigny que de Kelsen, incluso que de Ihering, y más del negocio jurídico que del dominio público o del espíritu de la ley que de la división poderes.

Aunque no soy adivino (y no puedo saber quienes asistirán a la sesión académica solemne de ingreso e investidura), estoy seguro que habrá autoridades que son o han sido legisladores y que, también han tenido potestad reglamentaria, y que ejercen o han ejercido poder judicial, y por ello pueden o han podido inaplicar reglamentos ilegales, si no anularlos, o promover la cuestión de ilegalidad. Porque, por lo menos, asistirán (pues tienen obligación a asistir a las sesiones de la Academia) los académicos en que concurre esta circunstancia. Que recuerde, han sido legisladores estatales Félix Pons, que presidió las Cortes Generales y el Congreso de los Diputados, Raimundo Clar que fue Diputado y José Zaforteza, que fue Senador. Ha tenido potestad reglamentaria como Ministro del Gobierno del Estado Félix Pons. Han sido Jueces, Angel Reigosa, académico de honor y ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Miguel Suau, José Zaforteza y Rafael Perera, y lo son Javier Muñoz, Miguel Masot y Antonio Monserrat que han dictado además muchas sentencias en recursos contencioso-administrativos.

Alguien ha dicho que el jurista de Derecho Civil, formación que es aún la predominante entre los juristas profesionales, no es plenamente consciente del fenómeno desbordante de la invasión de los Reglamentos. Porque tiene una concepción plana de la ley, concepto con el que identifica –y así interpreta sin mas las referencias al término del Título preliminar del Código Civil– toda norma impuesta por el Estado, de cualquier origen y

contenido. Suele ser el administrativista el que se acerca al orden normativo escrito con conciencia tridimensional o “en relieve”, con perspectiva y en profundidad, que viene dada por la acumulación sobre una misma materia de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.

La facultad judicial del control de su aplicación adquiere particular responsabilidad porque no tiene el Reglamento, aunque sea ley material, como la ley propiamente dicha o ley formal, una validez incondicionada que se imponga al juez por su simple promulgación, en la medida de que no es expresión de la voluntad general, sino de la Administración, obligada a justificarse en cada momento por el respeto a las atribuciones legales que rigen su actuación, y, en su caso, si se le emplaza ante el Juez. A quien le vincula no sólo la Constitución, según el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (con el deber de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional si, en algún proceso, considera que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución), sino la ley que debe aplicar, en todo tipo de procesos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, según el mismo artículo, pero no los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la ley o al principio de jerarquía normativa, según el artículo 6 de la Ley Orgánica misma, y si se trata del Juez de lo Contencioso-Administrativo, en un recurso de esta clase, si puede y es competente para ello, lo ha de declarar nulo o anular, y, si no lo es, planteará al que lo sea la cuestión de su ilegalidad.

II.- EL TEMA DEL DISCURSO

Los Estatutos de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares no la definen (a diferencia de los de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) como corporación científica, por mas que sus fines sean similares, entre otras, la investigación del Derecho. Y los Académicos de Número, en ambos casos, han de ser elegidos entre Licenciados y Doctores en Derecho que se hayan distinguido tanto en la investigación y el estudio (creación y enseñanza, los de la Real Academia) del Derecho (y del ordenamiento jurídico, los de la Real Academia) como, y esto es lo que me importa destacar, en la práctica del Derecho.

La presencia de prácticos del Derecho, y en el caso de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, su mayoritaria presencia, las configura, cada una en su ámbito y nivel, como instrumentos peculiares e idóneos para contribuir al perfeccionamiento de la legislación y el fomento de la cultura jurídica.

A esta finalidad sirven las publicaciones, entre las que, en el caso de la de Baleares, es obligada la de los discursos de ingreso, que el académico redactará y leerá en sesión pública, sobre el tema jurídico que escoja.

La libre elección del tema, en el caso de los juristas electos que se han distinguido en la práctica del Derecho, propicia una aportación (que contribuye al menos al fomento de la cultura jurídica) en materias fronterizas o zonas grises (que no suelen abordarse en ambientes docentes, o, si se estudian, se hacen desde perspectivas parciales) con acopio de experiencias vividas, que reflejan realidades que propician el debate y sugieren propuestas de reforma.

Este es el caso del discurso que tengo el honor de contestar en nombre de la Academia. El control jurisdiccional de los Reglamentos y la cuestión de ilegalidad. Que es tema de difícil encuadramiento en una sola de las artificiales ramas del Derecho, que su enseñanza impone, y reflejan, por ejemplo, las Comisiones de Trabajo y Secciones Científicas de la Real Academia. Pues mucho tiene de Derecho Administrativo, pero tanto o más de Derecho Procesal. Mas de Derecho Procesal, si se piensa no sólo en la cuestión de ilegalidad (que constituye una novedad de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998) sino, sobre todo, en la necesaria presencia del proceso que le permite al juez inaplicar o estimar o desestimar pretensiones en relación con los Reglamentos. Por mas que hayan sido los profesores de Derecho Administrativo quienes se hayan interesado mas por la novedad legislativa y el marco en que se produce, sin duda por la importancia del concepto y régimen del Reglamento, en la teoría de las fuentes, como ley material o con minúscula. Como atestiguan las citas de autoridad (y rigurosas notas que ilustrarán la publicación del discurso) que evocan las de García de Enterría, Garrido-Falla, Entrena Cuesta, Boquera Oliver, González Pérez, Fernández Rodríguez, Martín Rebollo, Bocanegra Sierra, Fernández Ferreras, Tornos Mas, Leguina Villa y Sánchez Morón, con sus obras y artículos en las Revistas de Administración Pública y Civitas Revista Española de Derecho Administrativo. Grandes teóricos todos y abogados ejercientes algunos.

Pedro Aguiló, en la Introducción, ha confesado que en su elección ha optado por una cuestión directamente relacionada con el núcleo de su vocación y actividad fundamental de su dedicación profesional durante mas de 30 años: la defensa en juicio de la Administración Pública, del Estado o de la Comunidad Autónoma. Y, porque ha defendido mas tiempo y defiende hoy a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (que tiene potestad reglamentaria y competencia en materias en las que la producción de disposiciones generales de rango inferior a la ley se multiplica, como en el urbanismo, hasta su traspaso a los Consejos

Insulares, los instrumentos de planeamiento, o, en la materia de personal, las Relaciones de Puestos de Trabajo), se las ha visto un día tras otro, con impugnaciones directas o indirectas, y, desde que las hay, con cuestiones de ilegalidad. Para las que estaba, y está, como Jefe del Area Contenciosa y Constitucional de la Advocacia de la Comunitat Autònoma, muy familiarizado, sin que le hayan sorprendido, por haberlo estado antes con las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a las leyes de la Comunidad Autònoma. En las que se inspira, aunque, al final de su tramitación en las Cortes, haya acabado por no parecerse a ellas.

A pesar de todo, realmente, creo que, además de su dedicación a la defensa en juicio de la Administración, la del Estado, o General del Estado, como se dice ahora, y la de la Comunidad Autònoma, también ha influido en la elección su condición de miembro del Consejo Consultivo (como lo son otros dos académicos Miguel Coll y Rafael Perera), que si no controla los Reglamentos, en sentido jurídico (porque sus informes preceptivos, cuando se trata de “disposiciones reglamentarias o de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes”, según el artículo 10.2 de la Ley de 15 de junio de 1993, no son vinculantes), enjuicia los proyectos y los valora jurídicamente.

Consciente de ello en el pórtico del discurso ya dice que no se va a referir al control previo del Consejo de Estado o de los respectivos Consejos Consultivos de las Comunidades Autònomas al final del procedimiento de elaboración.

III.- BIENVENIDA E INVITACIÓN.

Va de suyo que, informado favorablemente por el Censor el texto del discurso, el del Académico de Número encargado de contestarle al efecto, ha de ser de bienvenida. Por algo, si no lo hace en plazo, estatutariamente lo suplirá el Presidente mediante unas palabras de bienvenida.

Esto es lo primero que hay que hacer. Darle la calurosa bienvenida, en la seguridad de que la Academia se enriquece con su incorporación a la Corporación y con la esperanza de que su presencia supondrá una aportación de conocimientos y experiencia en un ámbito, en el que cuanto se añada es poco. Como el del Derecho Autonómico. Y no sólo el producido, antes de crearse la Academia, en ejercicio de la competencia asumida, al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución, sobre “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autònomas de los derechos civiles, procesales y especiales, allí donde existan”, en el artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía, como exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil de la Comunidad Autònoma (a la que habría que

añadir la no ejercitada del 11 de desarrollo legislativo en el marco de la legislación básica del Estado en materia de “normas procesales y de Derecho Administrativo derivadas de las peculiaridades del Derecho sustantivo de las Illes Balears” del nº 3), en la que muchos académicos, antes de serlo, y la Academia misma después, han dedicado esfuerzos, sino, sobre todo, el producido en el ejercicio de todas las demás competencias.

Que, como no podía dejar de ser, ha sido enorme y merece ser estudiado desde la independencia de la Academia, oyendo voces autorizadas, como las del nuevo académico, que en su actuación profesional, en la Administración de la Comunidad Autónoma, no solo ha tenido que defender normas de Derecho Civil (como la Ley de Reforma de la Compilación, ante el Tribunal Constitucional, contra el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Estado), sino, en todos los foros, normas en otras materias. Tan enorme y tan necesario es su estudio que en la Revista Jurídica de las Illes Balears (en cuyo Consejo de Redacción la Academia está representada, siendo su Director, el académico Félix Pons), según refleja el nº 4 (que contiene el primer índice), se han publicado 7 estudios sobre alodios, arrendamientos, derecho del consumo, competencia legislativa en derecho civil balear, condiciones generales de contratación, régimen económico matrimonial y parejas estables, pero el resto de estudios, hasta 35, han versado sobre materias ajenas al Derecho privado, de las que 21 tienen relación con la Administración Autónoma. Algunos con el tema del discurso de hoy, como el de Carro Fernández-Valmayor sobre la potestad reglamentaria de los Consejos Insulares.

Por esto, además de darle la bienvenida, le invito a que ilustre a la Academia y la movilice al estudio en este campo.

IV.- SUGERENCIAS.

Aparte de esto, además, por si le parecen de interés para la realización de algún estudio, que, sobre la base del discurso, supere la literatura existente (que hay que reconocer escasa), le ofrezco al nuevo académico alguna reflexión concreta, sobre el tema (abordado por él, como su lectura evidencia, con aportaciones originales, sobre los silencios de la norma y sus remisiones a los artículos 33.3, 66, 70, 70.1 a), 71.2, 72.2 y 73 de la Ley, y con la autoridad que le dan las sentencias que cita) que el discurso de ingreso me ha sugerido, desde la escasa experiencia vivida por mi en este campo y con la información de los manuales y revistas de Derecho Administrativo mas conocidos que el compromiso académico me ha obligado a buscar.

A

Para apoyarme en bases sólidas y para aportar lo que los mayores tenemos más, que es la experiencia que dan los años y los recuerdos, he vuelto a los libros de mis primeras lecturas en la materia.

He repasado la segunda edición del Tratado de Derecho Administrativo de Fernando Garrido Falla de 1961, que, al tratar de las Fuentes del Derecho Administrativo, y, dentro de la Ley (que lo es del Derecho todo), de los Reglamentos, dedicaba un apartado a la defensa contra los reglamentos ilegales, contemplando tres vías de actuación: la penal, la vía excepcional y la contencioso-administrativa. De la primera, la penal (de la que no ha hablado el discurso, por su dudosa función de control directo) en referencia al artículo 377 del Código Penal, según el que el funcionario público que invadiera las atribuciones legislativas, con decretos, reglamentos o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones, ya derogando o suspendiendo la ejecución de una ley, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa de mil a cinco mil pesetas.

Hoy, 2007, el artículo 506 del Código Penal, en la Sección 2ª “De la usurpación de atribuciones”, del Capítulo III de los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes, tipifica como tal la conducta de la autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiese su ejecución, que será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

No ha cambiado mucho el tipo, que he visto en el artículo 388 del Código de 1870, que ya condenaba a penas de inhabilitación temporal especial y multa de 150 a 1500 pesetas al funcionario público que invadiera las atribuciones del Poder legislativo, ya dictando reglamentos o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones. Ya derogando o suspendiendo la ejecución de una ley.

El año 1870 es el mismo año de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, que dispuso que no podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1º) aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo de las Leyes.

Antes, en 1858, ya Colmeniro, en su Derecho Administrativo español, había dicho, si la disposición administrativa no fuere dictada legalmente, es decir, en virtud del ejercicio legítimo de las atribuciones propias de las autoridades administrativas, el juez o el tribunal ordinario no están

obligados ni deben dar cumplimiento a un acto, que la ley castiga como un delito denominado en Código Penal usurpación de atribuciones. El juez, al aplicar una disposición de dicho poder (administrativo), no procede como delegado de la autoridad que la dictó, sino como depositario del tesoro de la justicia que la ley le confía, para que la dispense con imparcialidad. No existe, pues, un deber de ciega obediencia que le obligue a cerrar los ojos sobre la legalidad o ilegalidad de los mandatos de la Administración; por el contrario existe una obligación sagrada de inquirir si tiene o no fuerza obligatoria el precepto en cuestión y de rechazar su cumplimiento cuando adolece de tales vicios que anulen el acto emanado de una autoridad a quien no corresponde el ejercicio legítimo de las atribuciones necesarias para dictarlo.

Otra lectura antigua, pero no tanto como la de Garrido Falla, en relación con las vías de la excepción y el recurso contencioso-administrativo, me descubre mas posibilidades. Me refiero a Eduardo García de Enterría que, en su Curso de Derecho Administrativo, 1ª edición de 1974 (posterior a su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 16 de marzo de 1970, publicado como Libro, “Legislación delegada, Potestad reglamentaria y Control judicial”) al hablar de los reglamentos ilegales, distingue, entre los medios técnicos de reacción: a) el remedio pasivo, o de “resistencia pasiva” (de “defensa pasiva” habla F. González Navarro), de la inaplicación judicial, que considera técnica general o por excelencia, pero que, no obstante su energía controladora, es insuficiente, por “difusa”, y b) los remedios activos del recurso contencioso-administrativo y la declaración de oficio de su nulidad. De estos remedios sólo son judiciales la inaplicación y el recurso contencioso-administrativo, por lo que, queda fuera del acotamiento del tema del discurso del nuevo académico de Baleares la revisión de oficio del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y, aún, el recurso administrativo per saltum del actual artículo 107.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que –aparte de resolver la vieja polémica (que no desapareció hasta que se suprimió el recurso potestativo de reposición), sobre la imposibilidad de éste en la impugnación directa– dispone que los recursos administrativos que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que la dictó, por lo que, como se dice en el discurso, en una nota, tiene evidente similitud con el denominado recurso indirecto, pero no es jurisdiccional.

B

Después de releer a Garrido y a García de Enterría, y leer algo más moderno, sobre la innovadora cuestión de ilegalidad de la Ley de 1998, he

leído el discurso.

B. 1. De la primera parte del discurso, sobre la potestad reglamentadora y su control jurisdiccional en general, hay que destacar dos cosas:

a) La renuncia (sin duda para no convertir el discurso en lo que no ha de ser, un libro) a tratar con alguna extensión mayor, la inaplicación o la excepción de ilegalidad.

Esta decisión me permite completar lo dicho, afirmando que, aunque sea un control jurisdiccional de legalidad, que le cabe a cualquier orden jurisdiccional, también le cabe al contencioso-administrativo. Y se puede dar, al margen de la impugnación indirecta (con ocasión de la de los actos aplicativos, si el actor no alega la ilegalidad del reglamento), por la vía del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional (cuando dispone que, si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellos, mediante providencia, en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para formar el fallo). O por la del artículo 65.2 (según el que cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles 10 días para ser oídas sobre ello). Por más que, si procede así, la ilegalidad del reglamento sugerida a la parte demandante, la asumiré ésta, como nuevo motivo, sin incongruencia, y la apreciación no se deberá ya a una inaplicación.

González Pérez, cuando estaba en vigor la Ley Reguladora de 1956 (en un estudio sobre el control por los Tribunales de la potestad reglamentadora, y sobre la excepción de ilegalidad del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), dijo que no existía razón para entender que no son destinatarios de la norma los jueces administrativos, porque, si tienen jurisdicción para conocer si se adecúan o no al ordenamiento jurídico cuando se formula un recurso directo o indirecto, es obvio que pueden –y deben– verificar la conformidad con el ordenamiento jurídico de cualquier disposición reglamentaria que hubieren de aplicar. Sorprendiéndose de que la actitud de estos jueces no fuera muy distinta de los de las demás jurisdicciones, recordando que dos magistrados (refiriéndose a Mosquera y Carretero) habían dicho en 1974 que “la evidente trascendencia del precepto contrasta con su aparente desconocimiento y falta de manejo, ya que en la práctica no se conocen sentencias en que se haya aplicado directamente”.

Siendo así, desde la perspectiva del jurista práctico, es comprensible la renuncia a profundizar en el control por la vía de la excepción de ilegalidad en el recurso contencioso-administrativo (contemplándola sólo, y para dar fe de su existencia, en los demás órdenes jurisdiccionales, citando sentencias de las Salas de lo Civil y Social del Tribunal Supremo).

Posiblemente, ni antes ni después de la Ley de 1998, no haya el nuevo académico tenido ocasión de vivir un solo un caso de inaplicación por ilegal de un Reglamento, como tampoco del uso de las facultades de los artículos 33 y 65 citados. Como yo mismo, que solo he visto usadas tales facultades, en una ocasión, sin gran entusiasmo por mi parte, pues el juzgador pidió ilustración a las partes sobre un motivo de impugnación del acto no alegado por el actor, y no de uno susceptible de fundar la oposición. Y por lo excepcional que resulta, para el tradicional deber de juzgar dentro del límite de las peticiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición, del artículo 33 de la Ley actual, o las alegaciones deducidas, según la expresión del 43 de la Ley anterior. (Cuya Exposición de Motivos dijo que la Ley faculta a los Tribunales para enjuiciar la legitimidad de los actos y disposiciones que se sometan a su conocimiento no tan sólo a través de los fundamentos aducidos por las partes, sino por otros que estimen puedan ser tomados en consideración, y que esta amplitud de las facultades del juzgador no debe significar, sin embargo, la eliminación del principio de contradicción y, por tanto, se ordena que siempre que se haga uso de esta facultad deben someterse previamente a las partes los motivos correspondientes. Y el Tribunal Supremo, en sentencia como la de 26 de marzo de 1974, que le atribuye la función de limitar y encauzar el poder dispositivo de las partes en estos procesos, en los que la materia de Derecho Administrativo sobre que recae, de naturaleza indudablemente pública, no puede dejar a merced de aquéllas los cauces del procedimiento por donde se resuelven las cuestiones planteadas de interés general que exige un ordenamiento adecuado en el procedimiento y permite usar del precepto legal que le posibilita lo mismo en la primera que en la segunda instancia. Y el Tribunal Constitucional, en la de 12 de julio de 1991, que la debilitación del principio dispositivo, en esta Ley preconstitucional, logró un equilibrio irreprochable desde la perspectiva de la indefensión).

No me resisto a recordar una sentencia del Tribunal Supremo, que mereció el comentario muy breve de Fernando Socías, en el nº 2 de la Revista Jurídica de las Illes Balears. La de 13 de diciembre de 2002, sobre la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general formuladas en la demanda, no en el escrito de interposición. Dijo, literalmente, “De manera força contundent el TS indica que la redacció de l’art. 27 de la nova

LJCA/1998 exigeix que, si el tribunal adverteix que la disposició general aplicable és disconforme a dret, l'ha de anul·lar –si l'òrgan judicial te competència per fer-ho– o ha de plantejar una qüestió d'il·legalitat davant el tribunal competent, per la qual cosa importa poc si la denuncia d'il·legalitat de la disposició es va realitzar en l'escrit d'interposició, en la demanda o si s'aprecia d'ofici". Y esto último es lo que importa en este momento, por lo dicho.

Después de la Ley de 1998 González Pérez entiende, que tal y como se regula la cuestión de ilegalidad en la Ley vigente, en el ámbito procesal administrativo, siempre que el órgano judicial en un proceso concreto, para decidir la cuestión hubiese de aplicar una disposición general que fuera nula por contravenir otra de rango superior, no sólo vendrá obligado a no aplicar la disposición general, por virtud del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino, por imperativo del artículo 27, a la declaración de nulidad o plantear la cuestión de ilegalidad. Pero el artículo no agota todos los supuestos en que un órgano jurisdiccional, al decidir, ha de ponderar si una disposición reglamentaria es nula, por ejemplo, no contempla el artículo 26 el supuesto de que el demandante funde el recurso frente a un acto administrativo en que infrinja una disposición general que es nula. El artículo 6 le impone la no aplicación de esta disposición y la sentencia será desestimatoria de la pretensión, pero aunque haya llegado a la convicción de que la disposición reglamentaria es nula –y así queda reflejado en la motivación del fallo– no trascenderá a éste aquella apreciación.

Lleva, en cualquier caso razón el nuevo académico, cuando dice (lo que es de aplicación a la jurisdicción contencioso-administrativa) que, cuando en un sistema judicial se superpone al control difuso de la inaplicación otro directo de impugnación y posible anulación, aquél tiende a desaparecer o supeditarse al segundo. Y cuando dice que si la excepción de ilegalidad en los demás órdenes jurisdiccionales diera lugar al planteamiento de la cuestión de ilegalidad mejoraría la seguridad jurídica.

b) La breve reseña del discurso sobre la potestad reglamentaria es particularmente expresiva, porque:

1) Le sirve para inventariar, entre los Reglamentos estatales, los de determinados órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial, junto a los de la Administración General del Estado, del Gobierno y los Ministros. Y para distinguirlos de los de la Administración de la Comunidad Autónoma, en Baleares, del Gobierno y los Consejeros, y de la Administración Local, bien de los “entes locales necesarios” como Provincias, Islas, y Municipios y los “contingentes” infra o supramunicipales, sin ponerle reparos a la del Consejo Insular a

pesar del artículo 49.4 del Estatuto, que exige habilitación de Ley del Estado o del mismo Parlamento.

Inventario que refleja la realidad del fenómeno de la “legislación motorizada”, que sorprendería a aquel gobernante que dijo que le bastaba con que le dejaran hacer los reglamentos. Y que ha acabado en un mundo de “leyes desbocadas”, según el título de una obra del año 2000 de García de Enterría, sobre la Justicia y la seguridad jurídica.

Alejandro Nieto, en su obra “La organización del desgobierno”, en 1984, cuando las Comunidades Autónomas apenas habían empezado a actuar, dijo que el proceso normativo asume cuantitativamente las proporciones de una progresión geométrica en la línea leyes-decretos-órdenes ministeriales-circulares e instrucciones y la abundancia de decretos se ve fomentada por el amor propio de los ministros, porque parece que la actividad de un ministro se mide por el número de decretos que consigue que sean aprobados y dicho número es también el índice de la importancia política de quien los propone. De forma tal que en las Memorias del Departamento suele ocupar el primer lugar la relación de los decretos aprobados.

Podría parecer que los titulares de la potestad reglamentaria adolecen de las patologías, frente a las que previno Jean Carbonnier (según recordó Félix Pons, en su conferencia ¿Deben hacer las leyes los juristas?) el panjurismo y la locura jurídica, cuya obsesión morbosa padeció el Emperador Maximiliano de Méjico, que en el escaso tiempo en que tuvo algo parecido a un gobierno, compuso 7 volúmenes de textos legislativos.

Todo lo contrario de lo que se escribió en la “Carta de D. Quijote de la Mancha a Sancho Panza, Gobernador de la ínsula Barataria”.

No hagas muchas pragmáticas y si las hicieras procura que sean buenas y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo la discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen.

En cumplimiento de lo cual, dice la célebre novela que “aquella tarde se la pasó Sancho en hacer algunas ordenanzas tocantes al buen gobierno de la que él imaginaba ínsula y ordenó que no hubiese especuladores de abastos, modificó el precio de todo calzado, puso tasa al salario de las criadas, puso gravísimas penas a los que cantasen cantares lascivos y descompuestos ni de noche ni de día, ordenó que ningún ciego cantase milagro en coplas si no trajese testimonio auténtico de ser creído, hizo y creó un alguacil de pobres, no para que los persiguiese, sino para que los examinase si lo eran. En resolución, él ordenó cosas tan buenas que hasta hoy se guardan en aquel

lugar y se nombran “Las constituciones del gran gobernador Sancho Panza”.

2) Le obliga a distinguir el Reglamento del acto administrativo, en la jurisprudencia y la doctrina, por su contenido normativo, ordinamental, ajeno a la forma. Por más que, a los efectos de su control jurisdiccional, como disposiciones de carácter general con rango inferior a la ley, deba admitir que, en la práctica y jurisprudencia, los haya de difícil encuadramiento. Como las Relaciones de Puestos de Trabajo, de vocación normativa estable y permanente, o los instrumentos de planeamiento, cuyo tratamiento procesal la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto en el sentido de ser disposiciones generales.

Con buen criterio, y sin gastar tantas energías. Como toda la bibliografía especializada, cuyo aumento, según García de Enterría, denota la constante insatisfacción de sus fórmulas, cada vez más complejas, para resolver el problema de la distinción, y a cuya confusión contribuía, por ejemplo, la separación sistemática en el BOE de disposiciones generales y resoluciones administrativas (que, ante los esfuerzos, vacilaciones, e incongruencias a que los redactores del Boletín estaban obligados casi cada día para adecuar la realidad jurídica a la bipartición, obligó a sustituir la rúbrica de otras resoluciones administrativas por las de otras disposiciones). O la alusión en algunas normas a las disposiciones de carácter general, y no a disposiciones generales o administrativas (como la LRJCA de 1956, la LRJAE de 1957 y la LPA de 1998, y, aún la LRJAP y del PAC de 1992, y la propia LRJCA de 1998, aunque hablen más de disposiciones generales que de disposiciones de carácter general), confusionaria en relación con los actos administrativos plúrimos o de destinatario plural o indeterminado, como las convocatorias de oposiciones, anuncios de subastas o concursos, informaciones públicas, pues parece admitir disposiciones que no son de carácter general.

B.2. De la segunda parte del discurso es destacable:

a) La contemplación de la regulación de la cuestión de ilegalidad como broche de oro o guinda del pastel de un proceso histórico, de marcha hacia la justicia administrativa plena, en el que el más decidido paso lo dio la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, haciendo posible la impugnación directa (pero con legitimación limitada) de los reglamentos y consolidando la posibilidad de la impugnación indirecta, que tímidamente permitía, desde 1894, el artículo 3 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 de lo Contencioso-Administrativo, mas conocida como de Santa María de Paredes, y que la jurisprudencia fue limitando a los casos en que violasen precisamente derechos subjetivos perfectos establecidos por una Ley (por ejemplo, un Reglamento que violase

una regla legal de competencia era infiscalizable), y solo si no se consintió el acto, exigiendo, por una parte, que se impugnara, además del acto aplicativo del Reglamento ilegal, éste mismo, mediante mención expresa en el Suplico de la demanda, y concluyendo, por otra parte, que una disposición general, que a su vez deriva de otra, aun siendo ésta ilegal, sería inmune ante la jurisdicción. Con lo que, careciendo pocos Reglamentos de precedentes reglamentarios anteriores, vino a convalidar definitivamente cualquier ilegalidad que hubiera podido cometerse en el Reglamento primero. Como preludio de la conclusión final de que a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no les era de aplicación el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Reforma, que, por los efectos de la sentencia sólo entre las partes, y la competencia o incompetencia del Tribunal para pronunciar fallo anulatorio de la disposición general, había que completar.

En este contexto, los antecedentes y la situación de la Ley de 27 de diciembre de 1956 se describen como dato, que, con la Constitución por medio y la regulación del Tribunal Constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad, cristaliza en la Ley 29/1998 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Como la ley se refiere a la impugnación de las disposiciones generales, al tratar del objeto del recurso, en los artículos 26 y 27, y de la cuestión de ilegalidad (cuya necesidad o no de planteamiento en la impugnación indirecta dispone el 27), en los 123 a 126, como procedimiento especial, el discurso, sencillo y didáctico, ha hecho un planeamiento general de la cuestión de ilegalidad y el sistema de recursos contra las sentencias resolutorias de los recursos indirectos contra reglamentos (denominación cuya inapropiación precisa, por causa del objeto del proceso y su pretensión, que son el acto aplicativo y su anulación) en la que recoge, en el análisis del artículo 27, la esencia procesal innovadora del “desbloqueo”, en aras al principio superior de legalidad, “de la aplicación estricta de las reglas derivadas del objeto y la pretensión del proceso (principio de congruencia)”, y “de la distribución de competencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (principio de competencia)”.

El primer desbloqueo, se da porque si en el Juzgado o Tribunal concurre la competencia para conocer del recurso indirecto, es decir del recurso contra el acto administrativo de aplicación, con la competencia para conocer del recurso directo, frente a la norma reglamentaria aplicada, se producirá una ampliación ex lege del objeto del proceso y de la pretensión, que no será ya, tan solo, la anulación del acto, sino que alcanzará también a declarar la validez o nulidad de la disposición general aplicada. En otros

términos, la legalidad o no del reglamento que sirve de fundamento para la invalidez del acto administración de aplicación se transforma de mero motivo en auténtico objeto del proceso para posibilitar su anulación y, en consecuencia, el “denominado” recurso indirecto se convierte en “auténtico” recurso indirecto contra reglamentos.

Y porque esta concurrencia de la doble competencia puede faltar, distingue, con alguna doctrina entre el recurso indirecto incompleto (en el que, por no producirse la coincidencia, el Juez o Tribunal debe limitarse a anular el acto, y plantear cuestión de ilegalidad) y el indirecto completo (en el que, por darse la concurrencia, deberá además de anular el acto, declarar la nulidad del reglamento), por mas que, en ambos casos, al recurrente lo que le importa es la anulación del acto impugnado, aunque para lograrlo tenga que alegar la ilegalidad de la disposición general. Para afirmar del recurso indirecto completo, caracterizado por un hecho externo al demandante, como es la competencia del órgano jurisdiccional, para salvar el principio de congruencia de la sentencia, que será necesario suponer, implícitamente, que el objeto del proceso y la pretensión alcanzan a la disposición general aplicada por el acto impugnado, y a su anulación, respectivamente.

El segundo desbloqueo (por la norma según la que, sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier distribución general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso fundado en la ilegalidad de aquella norma) se da porque altera las reglas de distribución de competencia, hurtándosela al que fuera competente para el recurso directo.

c) En las conclusiones no hace una valoración general, por mas que se deduzca que la tiene favorable, por superadora de la situación insatisfactoria anterior, y, en la exposición, no se hace eco de algunas opiniones contrarias. Se mantiene reticente o equidistante, prudentemente.

Desde luego, está lejos de González Pérez que consideró, a la vista del Proyecto, que la cuestión de ilegalidad es una de las más desafortunadas aportaciones de la nueva Ley, aún reconociendo que no puede discutirse la conveniencia de que, una vez enjuiciada la validez de una norma reglamentaria, sea expulsada del ordenamiento jurídico, pues evita procesos inútiles por prejuzgados. Y después de la Ley, que, si bien es indiscutible el fundamento de un instrumento procesal dirigido a homologar la apreciación hecha por un órgano jurisdiccional sobre la ilegalidad de una disposición general, a fin de expulsarla del ordenamiento jurídico, es absolutamente necesario que este instrumento procesal respete las exigencias que impone el principio de tutela judicial efectiva, y la regulación del Capítulo II del Título V infringe manifiestamente tal principio. Más lejos, está, aún, de

José Eugenio Soriano García (en su comentario a los artículos 123 a 126 de la Ley Jurisdiccional, en el n° 100 de Civitas REDA, de septiembre-diciembre de 1998 monográfico sobre ella) que, aparte de vaticinar el uso de la facultad judicial cum grano salis por las enojosas consecuencias de tener que someter su veredicto particular, muy apegado a las circunstancias, a una abstracta calificación por parte de un órgano lejano (habla de miedo al ridículo –del latin ridiculum, formado por la raíz rideo que significa reír y el sufijo culum que tiene intención diminutiva y peyorativa, y hermano menor y bastardo de la sonrisa y del gozo, equivalente a chusco, extravagante, bufonada– y de la carga de trabajo que soportan los jueces y tribunales de lo Contencioso-Administrativo), descubre desconfianza en el juez ordinario o no supremo. Y dice que la idea tiene mas que ver con conocer lo que están haciendo éstos que con la falsa idea de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta que el carácter difuso del control ha generado, que tan atrevida como engañosamente establece la Exposición de Motivos, y que la idea de establecer un proceso especial mediante la técnica de la prejudicialidad no devolutiva dentro del mismo orden jurisdiccional plantea mas problemas de los que pretende resolver, pues la depuración del ordenamiento se hace a costa de generar dilaciones y con la velada presión que supone cuestionar lo razonado por un Juez o Tribunal por mucho que no se afecte a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el órgano que tiene que plantearla. Es algo como establecer una extrema duda en su actuación. Con toda evidencia esta Ley no se fía de lo que puedan haber hecho y desconfía claramente de su actuación al obligarles a plantear esta cuestión ante el órgano competente para conocer del recurso directo.

La preocupación racionalista del legislador por lograr soluciones pulidas, aparentemente perfectas, piezas encajables en el rompecabezas teórico, es un simple homenaje al racionalismo más infecundo y al deseo de control perfecto sobre lo que hacen los jueces.

La crítica es Soriano de fondo, mas política que jurídica, pues tiene que ver con “el formidable poder que se concentra en pocas manos judiciales”. Dice que la “concentración que se pretende no es otra cosa que el monopolio de la declaración de nulidad en determinados órganos, con desconocimiento paladino de la posición tradicional de los jueces contencioso-administrativos como jueces ordinarios de la legalidad administrativa con ocasión de su aplicación”.

Y su profecía un fracaso, porque los jueces y tribunales cumplen el deber de plantear cuestiones de ilegalidad y de publicar, en el mismo periódico oficial en la que fue publicada la disposición, el planteamiento, y los que las resuelven (cualquiera que fuera el sentido, la estimen o la desestimen, según la letra de la ley), también, y los lectores del BOE (como yo, que lo soy, a

pesar de la informática), pueden dar fe de que en éste se publican bastantes. La última sentencia publicada en el BOE de 25 de septiembre de 2006 fue la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 en cuestión de ilegalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el artículo 45.2 del Real Decreto 1841/1991 de 30 de diciembre que declara nulo de pleno derecho el inciso “cuando se trate de retribuciones de los miembros de los Conejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces el porcentaje de retención será del 40 %”).

Está más cerca de García de Enterría (al estar a favor de la existencia, mas que de la regulación) cuya inspiración reconoce.

Pues, la solución final de la Ley, al terminar el debate parlamentario, inspirada en la autocuestión de constitucionalidad del artículo 52.2 de la Ley del Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo (que a través de una de sus Salas, se plantea a si misma, en el Pleno), la propugnó García de Enterría, en el estudio del nº 66 de la REDA Civitas, de julio de 1999 “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, en que comenta las sentencias nº 32 y 61/90 del Tribunal Constitucional. Decía que la técnica es utilizable por los Tribunales Contencioso-Administrativo cuando se trata de derechos fundamentales, porque su competencia tiene la misma extensión, con la reserva quizás del problema de la jurisdicción de los futuros Juzgados y las Salas de los Tribunales Superiores respecto de los Reglamentos procedentes del Gobierno o sus Ministros, y deben hacerlo por las mismas razones de defensa de la Constitución y depuración de las normas que obstaculizan su eficacia, porque el artículo 9.2 de la Constitución dice corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad. Y, si sucede con los derechos fundamentales susceptibles de amparo ¿no deberán hacer lo mismo respecto de los reglamentos ilegales en los que la ilegalidad no sea propiamente una inconstitucionalidad afectante a los derechos fundamentales?. La preeminencia de la Ley sobre el Reglamento no tiene la misma eminencia que la Constitución tiene sobre el resto de fuentes, pero es una primacía que se apoya en la condición superior de la Ley “expresión de la voluntad popular” según dice el Preámbulo de la Constitución “sobre la voluntad de la Administración y de sus despachos”.

Una declaración general de nulidad de los Reglamentos que contrarían las leyes es una operación de salubridad pública, una depuración del ordenamiento en el sentido exacto de la Constitución, aunque sea con ocasión de la anulación de sus actos aplicativos. Es una facultad judicial no solo justificada, sino debida en servicio de los valores superiores de la justicia, la libertad, la igualdad y el de la tutela judicial plenaria.

También está cerca de Mariano Baena del Alcázar, en “Control Jurisdiccional de los Reglamentos y la jurisprudencia postconstitucional”, donde (a propósito de la inconstitucionalidad de la legislación corporativa para la impugnación directa proclamada, en, al menos, 12 sentencias entre 18 de abril de 1886 y 14 de febrero de 1991), dijo que, pese a la legitimación directa de los individuos para la impugnación de los reglamentos que esperaba haber demostrado, es posible que los litigantes atendiendo al texto de la ley sólo utilicen la impugnación indirecta, en la que continúa en pié el problema de la permanencia del Reglamento, que podría desaparecer si el Tribunal Supremo, no solo con los Reglamentos inconstitucionales sino con los ilegales, hiciera como el Tribunal Constitucional en los fallos de amparo, y, además de estimar el recurso por ilegalidad acto aplicativo, declarara la nulidad del Reglamento, como preconiza. Posibilidad que le parece que no está exenta de inconvenientes, sobre todo desde el punto de vista de los derechos e intereses individuales, en especial los de las personas en cuya situación jurídica el reglamento produzca efectos favorables.

d) Al contemplar la naturaleza jurídica de la cuestión de ilegalidad, dice que se trata de un proceso. No estoy tan seguro.

Desde luego es un procedimiento especial.

Que lo sea de un proceso, es más discutible, y, si lo es, desde luego, de un proceso muy particular. De un proceso sin pretensiones “de las partes” y “que termina con sentencia que estima total o parcialmente la cuestión”. Y cuyos autos no son “los principales”, y las partes pueden formular alegaciones para enjuiciar la legalidad de la disposición cuestionada.

Dice Eugenio Soriano que, procedimentalmente, se acude a un expediente rápido, consistente en la remisión urgente de los autos principales (principalidad que no supone que estemos ante un pleito incidental, por cuanto carece propiamente de incidencia sobre el litigio anterior) y, pese a que se adopta la forma de recurso contencioso-administrativo, resulta dudoso que este tipo de cuestión procesal nomofiláctica, promovida ex officio por los propios Jueces y Tribunales, sea propiamente un proceso en sentido estricto, pues puede no existir satisfacción procesal de pretensión alguna y la acción no es propiamente ni declarativa ni constitutiva ni de condena de derecho o interés alguno, sino meramente constitutiva de una situación nueva, no relacional, como es la eliminación depuradora total o parcial de un precepto del ordenamiento que, además, puede no haber sido solicitado propiamente por parte procesal alguna.

La Ley, consciente de que el artículo 1 (tributario del 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) dispone que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se

deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta a Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, en la Exposición de Motivos, de la cuestión de ilegalidad, donde las pretensiones brillan por su ausencia, dice que “no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce (por el juez) pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.

La Ley sólo se refiere a las pretensiones de las partes. Sin duda porque el proceso se define como institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones. Dice Guasp que mientras que la satisfacción caracteriza funcionalmente al órgano jurisdiccional, la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos distintos de los órganos, esto es, a las partes. Que son quien pretende y frente a quien se pretende, o más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión.

González Pérez, paladín (desde su pionero Derecho Procesal Administrativo de 1955, y más tarde su Manual de Derecho Procesal Administrativo de 1990) del recurso contencioso-administrativo como proceso (por detectarlo donde haya pretensiones de las partes que ha de satisfacer un juez) en sus Comentarios a la Ley de 1998, da por sentado que es un proceso, lo que me hace dudar. Aunque pueda ser porque en la tramitación admita que las partes de los autos principales las formulen y comparezcan otros, después del anuncio, como las entidades que intervinieron en la elaboración de la instrucción, y se les oiga.

Yo creo que la cuestión de ilegalidad es una cuestión incidental suscitada por el juez o tribunal en la sentencia. Porque, le conviene el concepto del artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que, según la Disposición Final 1ª de la Ley Jurisdiccional, regirá como supletoria en lo no previsto por ella) según el que lo son las cuestiones que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del precepto, guarden con éste relación inmediata.

Una cuestión incidental que tiene señalada tramitación propia, pues no se ventila de acuerdo con los artículos 392 y 393. Tramitación que responde, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a su planteamiento por el Juez (mediante lo que el artículo 123 llama el acto de planteamiento de la cuestión de la ilegalidad del contenido de la disposición general aplicada, para estimar el recurso contra el acto aplicativo

impugnado) y a su resolución por otro Tribunal del mismo orden jurisdiccional, el competente para fallar la cuestión, por serlo para conocer del recurso directo contra la disposición. Lo que no repugna a la norma del artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la competencia funcional por conexión, según la que el Tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, salvo disposición legal en otro sentido. Como la del caso, que le atribuye la incidencia a otro.

Cuestión incidental, que no es (como el incidente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con su demanda incidental y su pretensión y su contestación) un proceso especial por razones jurídico procesales, de facilitación del desarrollo del proceso por aclaración.

V. AUGURIO

Sea lo que fuere, es la solución técnica a un problema real que ha permitido a Pedro Aguiló pronunciar el magnífico discurso con el que ha ingresado en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares e iniciar brillantemente la contribución a sus tareas con su texto, haciendo patente el acierto de su elección.

DESHEREDACIÓN DE DESCENDIENTES POR DENEGACIÓN DE ALIMENTOS.

(FAMILIA. ALIMENTOS. LEGÍTIMAS. DESHEREDACIÓN)

Raimundo Clar Garau

Académico de Número

I.- ADVERTENCIA PREVIA

No os asustéis ante un título tan omnicomprendivo. Para estudiar a fondo todas estas materias nos harían falta meses o quizás años y no disponemos de más de unos tres cuartos de hora.

Tratamos de buscar solución a un problema concreto, como luego veremos, que se halla relacionado con todas estas instituciones. Por ello haremos un recorrido superficial sobre cada una de ellas.

No se trata de un estudio profundo y exhaustivo sino de una serie de ideas relacionadas entre sí y que, creemos son fáciles de comprender y asequibles a todo el mundo.

Entremos en materia

II.- PLANTEAMIENTO.

A lo largo de nuestra historia hemos pasado por épocas de diversidad legislativa en los distintos territorios de España frente a otros de intento de unificación. Ambas tendencias han tenido su reflejo en dos Constituciones: la de 1812 con la idea de un solo país, un solo código; la actual de 1978 por el contrario, consagra el principio opuesto; todas las comunidades autónomas pueden legislar en amplios campos que el Tribunal Constitu-

cional se han encargado de hipertrofiar.

No quiero entrar en la contradicción existente entre la integración en la Unión Europea y el mantenimiento de tanta variedad legislativa, que expuse en otro lugar.

Tampoco quiero profundizar en las ventajas e inconvenientes de un sistema u otro; cada uno tiene sus pros y sus contras.

Sí, me interesa destacar dentro de nuestra actividad legislativa tan dispar, que puede producirse un fenómeno extraño que consiste en que varias instituciones ontológica y metafísicamente interrelacionadas entre sí pueden estar reguladas por poderes legislativos distintos y con arreglo a principios diferentes. Nuestra Compilación prevé de forma general este caso, pero no resulta fácil aplicarlo en concreto.

Es el caso que vamos a estudiar a continuación: hay una institución básica, que es la familia y otras íntimamente relacionadas con ella entre las que podemos citar, por interesarnos en este supuesto concreto, las legítimas, el derecho de alimentos y la desheredación.

Su evolución y regulación legal son dispares.

La familia está organizada en el C.c. y “avanza” (es un decir) a gran velocidad habiéndose transformado en este último decenio hasta su propia esencia, como veremos a continuación.

Por el contrario, las legítimas nuestras son casi las romanas. No se rigen por el C.c. sino por nuestro derecho y las únicas novedades sufridas en muchos años consisten en limitar la legítima de los ascendientes sólo a los padres y reducirla de un tercio a un cuarto de la herencia en nuestro ordenamiento. No hay que olvidar que la raíz y fundamento de la legítima no se encuentra en el derecho de sucesiones sino en la familia y, en consecuencia, las normas que regulan dicha legítima han de ser reflejo de las familiares. Las sucesorias sólo son un medio o instrumento para su aplicación.

El derecho de alimentos se regula básicamente por el C.c. que ha evolucionado muy poco en la reforma de la ley 11/1981, de 13 de mayo. No hay que olvidar que la ley de parejas estables de nuestra comunidad otorga el derecho de alimentos al otro miembro de la pareja. O sea, que hay normas de dos entes legisladores. También el anteproyecto de ley de reforma de parte de la Compilación elaborado por la Comisión asesora de Derecho civil de las Illes Balears toca este punto, aunque carece, por el momento de todo valor legal.

La desheredación se regula en el C.c. y no ha sufrido ninguna

modificación en su esencia; sólo se han suprimido dos de las causas en virtud de las cuales se podía desheredar al descendiente y, en ningún caso, debido al cambio profundo de la familia. Es de destacar la incongruencia de modificar el art. 756 C.c. añadiendo el apartado 7° relativo a los discapacitados sin modificar el 852 que se refiere a los apartados 1, 2, 3, 5 y 6, olvidando el 7. Antes se había suprimido la causa de indignidad para suceder en el supuesto de adulterio con la mujer del testador.

El artículo 854 C.c. que se refiere a la desheredación de los padres y ascendientes se modificó levemente para adaptarlo a la Constitución pero sin tocar las causas.

El 855 referente a la desheredación del cónyuge, también se modificó en 1981 y 1996, superficialmente.

¿Podemos afirmar que existe una armonía perfecta entre el concepto actual de familia y las otras instituciones citadas que son derivación o consecuencia de ella?. Hemos visto que la regulación de la evolución de las mismas contiene divergencias. Las normas relativas a la familia han cambiado muy rápida y profundamente, sin embargo las otras instituciones o no han evolucionado o si lo han hecho ha sido muy tenuemente y con anterioridad a la de la familia. Además, unas se rigen por normas generales del C.c. y otras por nuestro derecho particular.

La situación no deja de ser un poco extraña. No olvidemos que la sucesión en nuestra Compilación responde a principios distintos a la del C.c.

No obstante lo cierto es que existe un derecho constituido vigente y es lo que hay que aceptar y aplicar. De lege ferenda sería deseable armonizar todas estas instituciones partiendo de la familia nueva creada por el legislador.

Lo que pretendo en este estudio es intentar resolver una situación concreta que en la práctica es cada vez más frecuente y que con la letra de la ley parece no tener solución: se trata de la situación de abandono de muchas personas mayores que, a pesar de estar en una residencia y disponer de la Seguridad Social para su atención médica, sufren una soledad y un olvido totales. Pregunto: ¿es justo que los descendientes de estas personas abandonadas familiarmente puedan exigir unos derechos legitimarios?. Con la ley en la mano, en estos momentos, sí pueden. Yo pienso que es legal pero tremendamente injusto y hay que buscar –mientras no se modifiquen las leyes– una solución por vía de interpretación.

Para ello es necesario hacer un estudio breve para intentar aclarar qué es la familia actual y, a continuación, examinar si la legítima y el derecho de alimentos son derivaciones o consecuencias de la relación familiar, o

son instituciones independientes.

III.- LA FAMILIA

A la vista de las sísmicas transformaciones de la misma es preciso reanalizar su concepto y esencia.

Todos tenemos una familia, sin embargo a la pregunta de cuál es el vínculo, relación o característica definitoria esencial y básica de la misma sin la cual no puede existir la familia, no suelen saber que contestar y si lo hacen son muchas y muy divergentes las opiniones.

Es muy difícil establecer un concepto de familia que valga para todas. Podemos distinguir dos campos, el sociológico y el legal; sociológicamente es muy difícil establecer un concepto único de la familia. Es muy elástico. Pensemos en la respuesta de una persona con apellidos iguales a los de otra famosa, cuando se les pregunta sobre si son familiares; suelen contestar “nuestros abuelos eran primos” o “sí, somos parientes lejanos” u otras respuestas semejantes.

Pero no nos interesa la concepción sociológica de la familia ya que no aporta nada; pero sí, la legal, derivada de las normas vigentes que, en pureza de principios, debería recoger la realidad sociológica del momento.

En nuestro derecho positivo nos encontramos con dos tipos de normas. De un lado, las que hacen referencia a “la familia” o “los familiares”, pero sin especificar hasta donde llega esta condición; es el caso del art. 9-1, C.c. relativa al Derecho Internacional Privado; los artículos 524 y siguientes del C.c. relativos a los derechos de uso y habitación; el artículo 1319 que habla de las “necesidades ordinarias de la familia” y como más importante, el artículo 67 C.c. que habla de “actuar en interés de la familia” ¿A qué familiares se refiere? No puede haber mas solución que la vía jurisprudencial.

De otro lado, hay normas que establecen los límites o contornos de la familia y sus derivaciones, o sea, los derechos y obligaciones que nacen de ella, pero no lo hace de manera general, sino referida a sectores diferentes. Son muchísimos los casos, pero, a título de ejemplo, sólo citaremos algunos.

En materia de sucesión “ab intestato” el límite de la familia es hasta el cuarto grado, pero en las líneas rectas ascendente y descendente no lo hay.

En la sucesión forzosa se limita aún más su contorno considerando sólo como familia a los ascendientes (en nuestro derecho, sólo los padres), al cónyuge o pareja y a los descendientes.

El C.c. traza otros perfiles familiares al regular las sustituciones especialmente las fideicomisarias y las reservas.

Por otro lado, se ensancha mucho en el artículo 751 C.c. cuando establece que las disposiciones testamentarias hechas genéricamente a favor de “los parientes” del testador se entienden hechas a favor de “los más próximos en grado”; no pone más límite que el general de que vivan o estén concebidos al tiempo del fallecimiento del testador. Por poner un ejemplo, podría llegar a heredar un pariente del grado octavo, cuyo parentesco entre ellos, desde un punto de vista sociológico, creo que no tienen nombre, serían nietos de primos.

Hay muchos más casos como la capacidad para ser testigos en un testamento; las disposiciones a favor del Notario autorizante del testamento o del sacerdote que haya asistido al testador en su última enfermedad.

Si pasamos al Dº de Familia podemos encontrar múltiples “diseños familiares”: en la tutela, la ausencia, los alimentos, la adopción donde puede darse el caso de que un descendiente, una vez adoptado, deje de pertenecer a la familia natural.

También hay otros conceptos de familia diferentes en materia fiscal, laboral, penal, administrativa, de inmigración, de reagrupamiento familiar, etc.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha publicado recientemente un libro sobre las familias del siglo XXI y dice literalmente que “la familia de papá, mamá y los hijos no es la única familia posible ni legal ni socialmente”.

En dicho libro aparecen, junto a la familia tradicional otras de homosexuales masculinos y femeninos, con y sin hijos; hogares monoparentales; inmigrantes de todo tipo de religiones; hijos adoptados de cualquier parte del planeta. De ahí se deduce que la familia no está en crisis; lo que lo está es un determinado concepto de la misma que, por cierto, es el más universal en la cultura occidental.

Entre los comentarios que lo completan hay uno de Rosa Regás que dice textualmente que “es un placer descubrir que para crear una familia se necesitan dos cosas: sentido común y cariño...” por mi parte huelga todo comentario.

Ante tanta variedad de modelos familiares resulta difícil establecer los caracteres comunes a todas ellas que nos permitan definir con precisión qué es una familia y que valga para todas ellas.

El primer requisito consiste en que esté constituida por un grupo de personas más o menos extenso, pero se exige que como mínimo sean dos; una sola persona no puede constituir una familia.

En la realidad social hay muchos grupos de personas pero sólo nos interesan aquellos que están configurados por el derecho; este reconocimiento les convierte en instituciones con un contenido de derechos, obligaciones y relaciones jurídicas.

A su vez, grupos sociales elevados a la categoría de institución hay muchos. Las sociedades, las asociaciones, las cooperativas y las comunidades de bienes, sobre todo las activas.

La característica que diferencia estos grupos entre sí es su finalidad. Puede ser el ánimo de obtener un lucro o una ganancia, el desarrollo de un fin asociacional, etc. La nota diferencial de la familia radica en su fin que no es otro que la creación de un marco para que a través de la ayuda y cooperación mutua se pueda lograr el desarrollo integral de la personalidad de sus miembros sobre las bases de la solidaridad, la equidad y la ética. Es indispensable una más o menos consciente aceptación de dicha integración y de sus consecuencias jurídicas que se traducen en derechos y obligaciones. Repito que esta aceptación puede ser más o menos consciente. Claro que no es lo mismo la pareja que contrae matrimonio y tiene hijos que la posición de un nieto, hijo extramatrimonial de un hijo al que, tal vez, ni siquiera conozca. También se presenta el problema de los menores.

El que no se alcance este desarrollo no afecta a la esencia familiar; al igual que una sociedad que no obtiene lucro o ganancia no por ello deja de seguir siendo sociedad.

Pero lo cierto es que este mínimo de conocimiento y aceptación son necesarios para ser titular de derechos y obligaciones familiares. Si en algún caso faltare, por el mero hecho de disfrutar de los derechos o asumir las obligaciones familiares nos encontraríamos ante una aceptación tácita. De todas formas es una cuestión a profundizar aunque ahora excede de nuestro trabajo.

Esta idea de desarrollo integral de la personalidad se halla recogida en varios artículos de nuestra Constitución vigente. También los principios de colaboración y solidaridad.

A lo largo de los tiempos se han barajado otros muchos criterios diferenciales de la familia pero hay que desecharlos:

1.- El criterio formal: o sea, la celebración de un acto formal, como el matrimonio. Hoy hay familias en que no se cumple ningún requisito formal,

por ejemplo, una pareja de hecho con descendencia. Aquí podría plantarse el problema de si para su existencia es necesaria la inscripción, nota marginal o mención en el Registro civil. Según el artículo 2 de la ley el Registro civil tiene valor de prueba y admite la posibilidad de situaciones no inscritas que pueden demostrarse por otros medios. El hecho de la desaparición de numerosos registros civiles nos lleva a desestimarlos como requisito formal de la familia. De todas formas, sería interesante un estudio en profundidad sobre esta cuestión.

2.- La convivencia: hasta los tribunales han reconocido que no es necesaria para la existencia de la misma.

3.- Tampoco es necesario insistir mucho sobre la afectividad entre sus miembros.

4.- La sangre tampoco es determinante: los cónyuges o pareja, los afines y los adoptivos no tienen este vínculo.

5.- En cuanto a los apellidos idem de idem.

6.- La estabilidad o permanencia también ha dejado de ser determinante.

7.- Finalmente, no digamos nada de la procreación que constituyó la finalidad principal del matrimonio canónico.

Cualquiera de estos requisitos no pueden justificar por sí solos las consecuencias que se derivan de la institución familiar, especialmente los derechos legitimarios y alimenticios que son los que nos interesan. Pero, en cambio, tampoco se puede afirmar que la falta de alguno de los criterios rechazados como exclusivos, no tenga importantes consecuencias para la familia. Pueden ser causa de nulidad, divorcio, separación, etc. aunque la familia sigue subsistiendo, salvo matrimonio divorciado sin hijos, sin relaciones de pensión, si bien con las correspondientes modificaciones.

La rotura de la pertenencia al grupo familiar, mediante los actos correspondientes tiene sus consecuencias jurídicas, entre otras, la pérdida de los derechos que son inherentes al mismo como son la legítima, el derecho de alimentos y otros que ahora no interesan.

Se puede plantear la duda sobre si en caso de rotura familiar se pierde el derecho a la sucesión intestada. En principio parece que no, en general, salvo que la ley disponga otra cosa como ocurre con los cónyuges (art. 945, C.c.) porque la justificación de la sucesión no está en la familia sino en la propiedad y en la sociedad; esto lo deja claro la Constitución al consagrar conjuntamente ambos derechos. Sí, es evidente que se perderá el derecho a la sucesión abintestato cuando estos actos de separación de la familia constituyan alguno de los supuestos de las causas de indignidad para

sucedir que, por cierto, no tienen reflejo en el Registro Civil. El orden de suceder abintestato no es más que una presunción legal de la voluntad del testador en caso de que no exista testamento.

Pasamos al estudio de las dos cuestiones que aquí nos interesan y que están íntimamente relacionadas con el hecho familiar: el derecho de alimentos y el derecho a la legítima, especialmente su justificación y contenido

IV.- DERECHO DE ALIMENTOS

A.- Generalidades.

Para comprender bien esta cuestión es preciso distinguir dos planos: el meramente fáctico y el jurídico.

El hecho de que una persona se encuentre en estado de necesidad y precise de auxilio supongo que es tan antiguo como la propia humanidad. Imagino que en muchos o algunos libros antiguos encontraríamos relatos como la Parábola del Buen Samaritano del Evangelio de San Lucas relativa al hombre herido y robado en su camino. Dos personas lo ven y pasan de largo; el tercero le ayuda. Hoy los dos primeros podrían ser juzgados por el delito de denegación de auxilio, figura por cierto, lindante con el derecho de alimentos.

La pregunta es ¿por qué razón, sin existir una obligación legal, uno presta ayuda al necesitado? ¿por el simple hecho de pertenecer a la Humanidad, por ser prójimo como dice la parábola?.

Es difícil precisar mucho más esta cuestión que, una vez citada, no tiene más interés que el anecdótico. Lo que sí nos interesa es su aspecto o fase jurídica, o sea, desde el momento en que en virtud de una norma existe una obligación de ayudar al necesitado y como contrapartida, un derecho exigible por parte de éste. Quedan excluidos los negocios voluntarios de prestación de alimentos, como la renta vitalicia, la hipoteca inversa, etc.

Probablemente esta norma debió tener inicialmente carácter religioso y a continuación lo recogió el derecho positivo.

Aparece en el Derecho romano, no en el “jus civile” preclásico, sino posteriormente como consecuencia de la evolución de la familia agnaticia amplia a la cognaticia restringida, según RIBOT IGUALADA.

No se hace más que convertir los sentimientos o virtudes de la “pietas”, la “humanitas” o la “familiaritas” en criterios jurídicos y que, antes, tenían

simplemente un valor ético y moral, pero extrajurídico. Es muy expresivo el artículo 1984, C.c que dice que “Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlo a aquél a no constar que los dio por oficio DE PIEDAD y sin ánimo de reclamarlos”.

A partir de ahí ha sido recogida esta institución por la inmensa mayoría de los países hasta los tiempos actuales.

Lo que hay que averiguar es ¿quién ha de atender a una persona que se encuentra en estado de necesidad?. La respuesta puede ser variada: o los familiares, o la Administración pública, o los terceros. Dice ENCARNA ROCA TRIAS que podría dejarse, teóricamente, en manos de la caridad pública o privada estimulada o impuesta por la ética social o normas consuetudinarias.

En el Derecho Comparado, como es lo normal, hay dos orientaciones contrapuestas; la anglosajona, que lo considera como una pretensión contra el Estado; por el contrario, los derechos latinos se inclinan por imponer dicha obligación a la familia..

De todas formas en las circunstancias actuales se han acercado mucho las dos tendencias como consecuencia de las prestaciones estatales en casi todas las materias relacionadas con el derecho de alimentos: la previsión social a través de pensiones y subvenciones por paro y atención médica, más el entramado social y a veces estatal de ayuda a la familia y a determinados grupos sociales.

B.- Dº Español vigente

Dejándonos ya de elucubraciones; ahora vamos a estudiar la cuestión desde el punto de vista de nuestro derecho vigente.

La Constitución consagra el derecho de los individuos a una vida digna y justa, tengan o no tengan familia (arts. 41, 43 y 50). Con ello se resuelve una primera cuestión que es la del fundamento del derecho del necesitado; pero no resuelve casi nada sobre el sistema a adoptar para la satisfacción de estas necesidades; si lo ha de hacer el Estado o los familiares. Sólo en el art. 39 nº 3 establece la obligación de los padres a prestar asistencia completa a los hijos durante su minoría de edad, lo que no constituye un verdadero derecho de alimentos según veremos, sino las consecuencias de la procreación y la patria potestad. Pero luego añade, y esto sí que se refiere a la obligación técnica de alimentarles, “y en otros casos en que la ley les obligue” que es una clara referencia al derecho de alimentos del Código civil. Se refiere a los hijos mayores de edad, sin tener en cuenta la

emancipación.

Respecto del cónyuge, ascendientes y colaterales no dice nada.

Conclusión: La Carta Magna no resuelve ningún problema, sólo dice que todo el mundo (aunque no tenga parientes) tiene derecho a una vida digna y justa; pero no aclara quién debe procurarla, salvo el caso de los padres en relación a los hijos mayores de edad cuando haya una ley que lo imponga. En principio parece que, debería ser el Estado el que garantizase este derecho que consagra.

No liga el derecho de alimentos a la institución familiar, quizás por dar por supuesta la regulación del Código civil, que sí obliga a ciertos elementos integrantes de la familia.

No es una crítica a la Constitución sino todo lo contrario, ya que es adaptable a cualquier forma de estructuración del derecho de alimentos.

A continuación nos interesa estudiar, desde el punto de vista del D^o civil positivo, la respuesta que da a dos preguntas: 1^a ¿Quién debe prestar o tiene derecho de alimentos? Y 2^a ¿en qué consisten los alimentos?.

a: ¿Quién debe prestar o tiene derecho a recibir alimentos?.

Ya hemos visto que la Constitución atribuye el derecho a la vida digna y justa a toda persona, tenga o no parientes y sea capaz o no. El Código civil adopta el sistema familiar, impone a determinados parientes la obligación de prestar y el derecho a recibir alimentos. Son: los cónyuges, los ascendientes, los descendientes y, en menor grado los hermanos. Desde el año 2003 los hijos discapacitados tienen derecho al legado legal de alimentos, Además la ley de parejas estables atribuye a la pareja el derecho de alimentos.

Dentro del Código civil encontramos otros supuestos de alimentos un tanto “ sui generis”. Uno, es el caso de la viuda que aunque sea rica tiene este derecho frente a la herencia yacente. Otro es el que se concede al administrador de los bienes del ausente.

Antes de seguir adelante es preciso concretar lo que es técnicamente el derecho de alimentos y diferenciarlo de otras obligaciones paralelas y muy próximas.

a.- Entre cónyuges: el verdadero deber alimenticio regulado por los arts. 142 y s.s. del C.c. sólo se refiere al supuesto de que haya separación ya que, en situaciones normales, el deber de ayuda mutua del art. 56 y los derechos y deberes que imponen los arts. 66 y s.s. del C.c. tienen un contenido mucho más amplio que el deber de alimentos del art. 142. De todas formas en los casos citados de anormalidad el problema suele quedar resuelto a través del

convenio regulador y las pensiones que conceden el C.c. o las legislaciones autonómicas.

b.- Descendientes: los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad son mucho más amplios que los del art. 142; por ello sólo puede nacer el deber alimenticio en sentido técnico, a partir de la emancipación del descendiente. El art. 154 tiene un contenido mucho más amplio que el citado derecho de alimentos.

Los menores desamparados se rigen por las normas de protección de menores.

c.- Respecto a los hermanos: no hay que establecer ninguna diferenciación de situaciones ya que sólo existe el verdadero derecho de alimentos en los casos y con la extensión que establecen los arts. 142 y s.s. del C.c. Después veremos su diferente contenido entre unos y otros.

Son muchísimas las cuestiones que se plantean en torno a los elementos personales del derecho alimenticio, como son la precisión del estado de necesidad del que los recibe y la posibilidad de prestarlos por parte del otro. Incluso se ha planteado el problema de si es inconstitucional, por faltar al principio de igualdad. No vamos a entrar en su estudio ya que lo único que nos interesa es si es acertada la elección de los obligados a prestarlos y de los que los han de recibir, teniendo en cuenta la concepción actual de la familia.

Pensamos que, quizás debería reducirse el número de beneficiarios y obligados, sobre todo si tenemos en cuenta, según Ribot Igualada que la jurisprudencia del T.S. no recoge ningún caso de petición de alimentos a descendientes ni a hermanos; casi siempre son reclamaciones del cónyuge separado o divorciado que los pide para el hijo común ya emancipado que convive con uno de ellos.

Para nosotros resulta muy justificada la reducción del derecho de los ascendientes a sólo los padres ya que tenemos el antecedente de que la Compilación de Baleares limita las legítima a ellos y la disminuye de un tercio a un cuarto del haber hereditario, seguramente como trampolín intermedio a su total desaparición.

Dado el carácter más restringido del ámbito actual de la familia no aparece muy claramente justificado el derecho de alimentos entre hermanos. Un argumento serio a favor de esta supresión lo encontramos en el propio C.c. y en nuestra Compilación. Siendo así, como luego veremos, que el fundamento último de los alimentos y de la legítima radica en la pertenencia a la unidad familiar, la ley no otorga derecho a legítima a los hermanos. La consecuencia sería clara, si no tienen derecho a ella ¿por

qué han de tenerlo a los alimentos?. No estimamos serio invertir el razonamiento para atribuir legítima a los hermanos.

Llegados a este punto sería interesante, aunque no podemos hacerlo en este momento, analizar la relación entre la declaración de ausencia o la ausencia real y prolongada sin declarar y los derechos a la legítima y a los alimentos. Si no existe relación familiar, mal pueden justificarse dichos derechos. Está claro que ahora me refiero no sólo a los hermanos sino a cuantos tengan derecho a legítima o a alimentos.

**b.- ¿En qué ha de consistir el derecho de alimentos?
¿Cuál es su contenido?.**

La Constitución no hace referencia al derecho de alimentos en sentido estricto, salvo la obligación de prestarlos por parte de los padres a los hijos mayores de edad cuando lo imponga una ley, como antes hemos dicho.

Sin embargo, establece una serie de derechos que atribuye a la persona individual, tenga o no parientes, como son: el de una vida digna y justa; a su integridad; a la vivienda; a la educación; a la salud y a las pensiones y ayudas económicas. Todo ello a los efectos de que pueda lograr un desarrollo integral de su personalidad. Más o menos, equivale al contenido del derecho de alimentos, sin embargo, a nuestro entender falta algo, que veremos más adelante. A estos efectos sólo recordar que el art. 39, C.E. asegura la protección social económica y jurídica de la familia; esto es muy importante.

El Código civil en su art. 142 dice: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

En relación a los hermanos el art. 143 C.c. último párrafo les atribuye un derecho más limitado que se refiere sólo “a los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista y se extenderán, en su caso, a los que precisen para su educación”.

El Código de Familia catalán incluye también los gastos funerarios.

A pesar de la enumeración de estos artículos se han planteado dudas sobre si deben o pueden incluirse otros aspectos como es la previsión y

seguros voluntarios, situaciones de ocio, viajes, etc. que, claro está, variarían según las posibilidades económicas del que lo haya de prestar.

Lo cierto es que en la actualidad las necesidades más importantes e inmediatas en relación al sustento, vestido, atención médica y, en parte la educación están cubiertas por el Estado a través de la previsión social, los servicios de salud, la gratuidad de la enseñanza en ciertos casos etc. Además existe un entramado social de O.N.G. e incluso de organismos estatales o autonómicos que colaboran en la ayuda familiar.

Sin duda, el problema más grave quizás sea el de la habitación ya que en caso de que el obligado no pueda atender al necesitado en su casa (supuesto cada vez más frecuente) tienen que ingresarlo en una residencia o asilo, pero resulta casi imposible que el Estado o la Comunidad Autónoma dispongan de residencias gratuitas o subvencionadas en parte para satisfacer toda la creciente demanda. Es un problema que se va acentuando al aumentar el número de personas mayores necesitadas y reducirse el tamaño de las viviendas.

La Ley 39/2006 de 14 de diciembre de “Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” no nos resuelve el problema. Define la “autonomía personal” (art. 2-1º) “como la capacidad de controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria” el centro de gravedad de esta ley se sitúa en el individuo y no en la familia, por lo que no resulta útil a nuestros efectos.

¿Hemos de aceptar que el derecho de alimentos es sólo esto? O sea, que el descendiente que ingresa a su ascendiente en una Residencia o Asilo, aunque pague la totalidad o parte de su coste y luego lo tiene abandonado y alejado totalmente de la dimensión familiar, como si no existiera ¿Cumple con el deber de alimentos?.

Pensamos que no, que este derecho va más lejos, hay un plus que añadir al art. 142 que no se explicita en el mismo y que consiste en su íntima relación con la familia, lo que constituye la base y fundamento del derecho de alimentos. Si separamos alimentos y familia queda coja la institución.

Ya un importante civilista italiano, CICU, dijo que la obligación alimenticia no se agota con prestar alimentos sino que, además, lleva aneja la obligación de cuidar de la persona del alimentado. No obstante, la mayor parte de la doctrina atribuye al deber alimenticio un carácter única y exclusivamente económico.

En un Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Cataluña se dice

que en familia es menor la sensación de marginación o soledad, dando a entender que forma parte del deber alimenticio el evitar estas situaciones. Añade que “la proximidad a los vecinos y amigos (yo añadido, con más motivo, a los parientes) aporta no sólo asistencia material sino también apoyo emocional. Habla también de la tradición más “familiarista” de los países mediterráneos.

A mayor abundamiento, una S.T.S. de 29 de noviembre de 1934, un poco antigua aunque premonitoria, tratando del derecho de opción del art. 149 del C.c. (que establece la posibilidad de acoger al alimentista en el domicilio del obligado a prestarlos), dice que “no puede ser tan absoluto en los casos en que no queden garantizados los intereses económicos, MORALES y AFECTIVOS del alimentista”.

Para nosotros el derecho de alimentos es algo más que lo que dice el art. 142 del C.c. Tiene un elemento esencial e intrínseco derivado de la pertenencia e integración en la familia, de continuidad de la relación familiar.

Con ello no quiero decir que lleve implícita una mayor o menor afectividad, pero sí el mantenimiento de un contacto que evite la sensación de soledad y abandono. Ya se que es muy difícil precisar más en estas materias. Recordemos lo dicho y repetido sobre la conciencia y aceptación de pertenecer al grupo social de lo cual se derivan muchas consecuencias.

También queremos llegar a otra conclusión: si la pertenencia a la familia justifica este deber y derecho, su rotura puede llevar aparejada la extinción de derechos derivados de la misma, por ejemplo, la legítima.

V.- LA LEGITIMA.

Posiblemente sea uno de los temas jurídicos más trillados por la doctrina, especialmente por VALLET DE GOYTISOLO, pero en este momento sólo nos interesa destacar, en primer lugar, cuál es el fundamento de la institución ¿Por qué existe dicho derecho? Y, en segundo, ver que personas han de tener derecho a ella.

a.- Fundamento.- Así como el derecho a la herencia está recogido en la Constitución las legítimas no tienen una consagración explícita, lo cual es lógico. Tampoco se puede confundir el fundamento del derecho a la herencia con el de a la legítima. El derecho sucesorio se basa en la sociedad y en la propiedad privada; la Constitución consagra en un mismo artículo los derechos a la propiedad y a la herencia.

En la legítima el fenómeno es distinto tanto en el Código civil como en

nuestro derecho autonómico. No hay una vocación o delación distinta de la testamentaria, contractual, o intestada.

Porque la razón que justifica su existencia no puede ser otra que la pertenencia a la familia; el que no permanece o no ha tenido familia no puede tener legítima; los legitimarios han de ser familiares.

Recordemos lo que dijimos antes en relación a cual es el fundamento último de la familia: la conciencia de pertenecer a dicho grupo social.

En resumen, tanto el derecho a la legítima como a los alimentos son derivaciones de una relación familiar, donde el principio de solidaridad (reiteradamente recogido en la Constitución) juega un papel muy importante. Algún autor ha afirmado que la única legítima justificada naturalmente es el derecho de alimentos.

b.- Determinación de los legitimarios.- La segunda cuestión que nos interesa ahora es la de determinar los límites o contornos familiares dentro de los cuales puede darse este derecho a la legítima.

Hemos visto antes que el concepto de familia y su regulación ha cambiado mucho en estos últimos años; la pregunta es ¿Deben influir estos cambios en la determinación de quiénes han de tener derecho a legítima?. La ley concretó quienes han de ser legitimarios dentro del marco de la familia anterior, antes de las nuevas directrices familiares.

No hace falta decir que nuestro Código civil y nuestra Compilación especifican muy claramente quienes son actualmente herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes (en nuestro derecho, sólo los padres) y el cónyuge viudo. Por cierto que en los momentos actuales, desaparecida la troncalidad no está claro por qué ésta última sea en usufructo. Quizás esté justificado si hay empresa familiar.

Nos preguntamos ¿Sobra alguien en esta enumeración? Una posible respuesta sería, todos, y que desaparecieran las legítimas, lo cual, en estos momentos, no es fácil aunque recientemente se ha planteado y está en estudio. Parece más justo que el testador pueda disponer de sus bienes en su totalidad, siempre de acuerdo con la participación y colaboración en la relación familiar de cada uno de los integrantes, sin olvidar las posibles disposiciones a favor de otros miembros de la familia o extraños. Sé que se presta a abusos, pero también el sistemas de las legítimas forzosas da lugar a situaciones injustas; pueden reclamarlas personas que no las merecen.

De acuerdo con el concepto actual de la familia y de las circunstancias que se dan hoy en día pensamos que la legítima de los padres y ascendientes debería suprimirse de raíz, sin más; los derechos aragonés y navarro los

excluyen. En mi vida profesional me he encontrado repetidas veces con una flagrante injusticia: un hijo se casa, compran un piso que van pagando los cónyuges mediante la correspondiente hipoteca y él o ella tiene un accidente y muere sin hijos ¿Es justo que los suegros del sobreviviente le exijan el pago de su legítima, una tercera parte en el Código civil y una cuarta en nuestra Compilación?.

Ya sé que no siempre es la situación como la he expuesto, aunque, en la práctica, me he encontrado con varios casos parecidos. Pero es que tampoco está muy clara la justificación de la legítima de un ascendiente mayor, fuera del derecho de alimentos; los ascendientes no esperan recibir nada de sus descendientes.

En mi larga experiencia profesional, habiendo autorizado más de veinte mil testamentos he podido comprobar que la gente no entiende el por qué de ésta.

Conclusión: la legítima debería limitarse a los hijos y, en su defecto, sus descendientes y al cónyuge viudo o pareja sobreviviente; en los demás casos pensamos que es suficiente el derecho de alimentos en el sentido amplio antes expuesto.

Antes de entrar en el estudio de la desheredación nos gustaría dejar caer una idea, que no voy a desarrollar hoy, pero que espero poder profundizar algún día. Se trata de que, aunque los códigos y tratadistas estudian y ubican las legítimas en el Derecho de Sucesiones ¿no sería más lógico que todos los derechos que tienen su base y fundamento en la familia se regulen y estudien dentro de esta rama jurídica? No es una cuestión puramente académica y pensamos que tiene mucha importancia práctica, en relación a las normas de Derecho Internacional Privado o interregional. Es el caso del derecho de viudedad aragonés el usufructo de fidelidad navarro etc. Pensamos que el tema es interesante pero el reloj nos obliga a pasar a.....

VI.- LA DESHEREDACION.

De forma muy general podemos decir que la desheredación es la privación de la legítima a un heredero forzoso por concurrir alguna de las causas establecidas por la ley.

En realidad debería llamarse “deslegitimación”; ya sé que con la carga histórica que tiene desde el Derecho romano, no es fácil. De todas formas quiero dejar constancia de que es mucha la gente que piensa que la desheredación es la privación de todos los derechos hereditarios.

Recientemente un titular periodístico era fiel reflejo de lo dicho. Es muy significativa la expresión mallorquina “l’han fet bord” que subraya el carácter familiar de la legítima.

Sólo nos interesa destacar cuales son las causas legales de la misma. En el derecho antiguo eran de lo más variopinto; como ejemplos podemos citar, en Navarra, el hecho de arrastrar a la mujer por el pelo y, en Mallorca el que el hijo o descendiente se hiciese cómico, salvo que su padre lo fuere.

De las famosas cuatro “pes” de la regla nemotécnica de los opositores, con perdón “pan, palo, puta, pena” se han suprimido dos, pero, en ningún caso, por las variaciones sustanciales de la familia sino por otras causas; me refiero a la de haber sido condenado con pena que llevara implícita la de interdicción civil y la de haberse dedicado la hija o descendiente a la prostitución.

Actualmente sólo restan dos: los malos tratos e injurias graves, caso más frecuente de lo que se piensa vulgarmente y el de la denegación de alimentos. Hace poco leí en un periódico que cerca del 10% de las personas mayores sufren malos tratos.

Hay otras causas como son las de indignidad para suceder a las que se remite el art. 853 del C.c. y que son las contenidas en los números 2, 3,5 y 6 del art. 756 del C.c. pero que a los efectos de este estudio no interesan ya que son causa de pérdida de todos los derechos hereditarios y precisan de declaración judicial. Es una institución distinta cuyo fundamento no radica en la familia.

Centrémonos en la desheredación por denegación de alimentos; aquí es donde se plantea en toda su crudeza el problema del concepto y contenido del derecho alimenticio. La situación de hecho, cada vez más frecuente, del ascendiente que recibe habitación, vestido, alimentación y cuidados médicos en una residencia o asilo y, sin embargo, se le tiene totalmente abandonado y olvidado en la vida familiar ¿Se debe mantener en este caso el derecho a la legítima? ¿Es justo?.

No cabe duda de que sí partimos del concepto material y estrictamente económico de los alimentos que se deriva de la letra del Código civil es perfectamente legal aunque pensamos que puede ser injusto.

Sí, por el contrario, admitimos el carácter familiar de los alimentos sería posible la privación de la legítima o desheredación del que abandona y olvida “familiarmente”, a su ascendiente. Encajaría perfectamente en la causa primera de desheredación del art. 853.

A lo largo de mi vida profesional autoricé bastantes testamentos con

desheredación basada en este abandono u olvido familiar, justificándola por el número 1 del art. 853 del C.c., explicando las razones y circunstancias de cada caso y, hasta la fecha, no he tenido noticia alguna sobre impugnación de ninguno de dichos testamentos.

Ya sé que tiene muchas dificultades la apreciación de cada caso; puede ser que los padres o ascendientes no se hayan integrado nunca en la vida familiar o lo hayan hecho de forma equivocada. Son muchas las circunstancias especiales que pueden darse en cada caso, por ello aconsejamos y yo lo hice así, hablar largo y tendido con el testador, con la dirección de la residencia o asilo y con el médico y compañeros de residencia, no porque se dude de la capacidad sino para obtener el máximo de información y obrar en consecuencia.

Lo ideal sería que la ley, lo cual resulta difícil, o la jurisprudencia aclarasen la institución alimenticia, lo que tampoco es probable si quien tiene que reclamar se halla en la situación de necesidad antes descrita.

Posiblemente en la reforma de nuestra Compilación se podría redactar un artículo en el que, además de añadir algunas otras causas de desheredación se aclarase la denegación de alimentos, dando entrada a este matiz familiar y, de paso, excluir la aplicación por vía supletoria del artículo 857 c.c. que atribuye a los hijos y descendientes del desheredado los derechos que tenía a la herencia; por lo menos facultar al testador para que pueda decidir en este sentido o en el contrario.

Todo lo dicho para la desheredación podría aplicarse a la revocación de donaciones por ingratitud en el caso de denegación de alimentos.

No podemos acabar sin hacer unos comentarios sobre el artículo 111, C.c. que, pensamos viene a darnos bastante la razón en cuanto lo antes expuesto.

Su actual redacción data de la reforma del C.c. del año 1981 y responde al principio constitucional de protección a los hijos, que también se recoge en la exposición de motivos de la ley modificadora.

Se refiere a dos casos en que sanciona a los padres con unas determinadas “penas”. El primero, se refiere a los casos en que la relación de los padres constituya un delito, por ejemplo, la violación. En el otro, el supuesto de hecho consiste en que “la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición”. O sea que se trata de dos supuestos contrarios a la creación de una familia; no existe voluntad o aceptación de la misma sino todo lo contrario.

La sanción que les impone en ambos casos son: “la exclusión de la patria

potestad y demás funciones tuitivas” (tutela, curatela, defensor judicial etc.) y “no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o sus descendientes, o en sus herencias”. Tampoco ostentará el hijo el apellido del progenitor, salvo que lo solicite. Pero quedarán siempre a salvo las Obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos, aunque no queda claro si son los alimentos derivados de la relación procreación y que sólo se ha de prestar durante la minoría de edad (Constitución y artículos 110 y 154 y siguientes del C.c.) o aquellos a que se refieren los artículos 142 y siguientes C.c. que son los verdaderos alimentos. Si no hay familia parece que éstos no deben prestarse.

Es indudable que se perderá el derecho a la legítima lo cual constituye una causa más de desheredación no recogida en el artículo 854 antes visto. Tampoco hay dudas sobre la pérdida del derecho a la sucesión abintestato, en relación a la cual hay que recordar lo dicho sobre su fundamento, que no radica en la relación familiar sino en una presunción de lo que el testador hubiera querido de haber hecho testamento.

También es evidente que se perderá el derecho de reversión del artículo 812 C.c. y los derechos que pudiera tener como reservatario del artículo 811 C.c. Ambos son claramente derivaciones de la relación familiar. Esta desheredación está donde debe: en el seno del Derecho de Familia.

Son muchísimos los problemas que plantea este artículo pero sólo vamos a tratar de si también consagra una indignidad para suceder, del artículo 756 C.c. al referirse a la pérdida del derecho “en sus herencias”. En la doctrina se han defendido las dos opciones: sí los pierde todos (CAMARA); no, en los supuestos extraños en que pueda darse (SIERRA GIL DE LA CUESTA). Nos inclinamos más a favor de la segunda porque el artículo 111 parece referirse a los derechos “por ministerio de la Ley”. O sea, en la sucesión abintestato, sí se pierden; en la testada, no hay motivo.

Para finalizar, un recuerdo al artículo 294, C.c. relativo a la declaración de pródigo y nombramiento de curador cuando “peligra el derecho de alimentos”, sin poder entrar en su consideración.

Muchas gracias por su asistencia y atención.

NOTA.- Muy pocos días después de pronunciada esta conferencia de apertura del Curso 2007-2008 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares llegó a mis manos un trabajo publicado

en el n° 63 de la Revista Jurídica del Notariado, por AURELIA-MARIA ROMERO COLOMA en el que trata de resolver el problema de la protección del ascendiente abandonado familiarmente por camino distinto al defendido por nosotros. Se basa en el n° 2 del artículo 853 del C.c., es decir, por considerar que han existido malos tratos de obra y por ello puede desheredar al descendiente.

EL FUTURO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMIAS.

Luis LOPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Carlos III de Madrid.

Permítanme comenzar agradeciendo la amable invitación de esta Academia para tratar un tema de innegable interés, con la libertad que ofrece un foro en que se abre la inestimable posibilidad de acometer análisis a largo plazo, sin estar sujeto a la agenda, casi siempre coyuntural, de la actualidad mediática. Quisiera también señalar que, al referirme al futuro del Estado de las Autonomías, no está en mi mente formular profecías o predicciones, que no sólo serían imprudentes, sino que se verían fácilmente desmentidas en poco tiempo. Más bien, mi propósito es el tratar de localizar tendencias perceptibles en la realidad actual, que nos puedan ayudar a comprender cuáles son los posibles caminos que se abren al desarrollo del Estado de las Autonomías, y qué factores condicionan (o quizás predeterminan) ese desarrollo. Cómo suele decirse, “el presente está grávido con el futuro” por lo que comprender el presente ofrece perspectivas que van más allá del comentario del momento actual.

En efecto, parto de la suposición de que la ya prolongada duración de la actual etapa constitucional española (este año de 2008 se cumple el treinta aniversario de nuestra Constitución) permite, razonablemente, buscar tendencias que hayan arraigado en nuestra vida jurídico-pública, y que hayan establecido pautas de comportamiento consolidadas tanto entre los poderes públicos como en otros agentes de la vida política, individuales o colectivos. En lo que se refiere al aspecto concreto de la organización territorial del Estado, y del funcionamiento del Estado de las Autonomías, parece por otro lado evidente que tales pautas obedecerán, no a la imitación o adopción de modelos foráneos, sino a las concretas particularidades, de la evolución política española; es ya visible, desde hace mucho tiempo, que el Estado de las Autonomías no responde a ninguno de los modelos clásicos de

Estados regionales o federales, sino que tiene una peculiaridades propias, de manera que cualquier comprensión de su funcionamiento tiene que venir forzosamente “desde dentro”, es decir, desde la consideración de su misma singularidad.

1. El origen del sistema autonómico

Conviene, para una mayor claridad, retrotraerse a los orígenes de la situación actual. El origen de la fórmula contenida en el Título VIII constitucional es bien conocido. Los constituyentes elegidos en 1977 eran bien conscientes de la presencia tradicional en la política española (incluso mucho antes del período constitucional) de la cuestión territorial, esto es, de la presencia en la comunidad española de colectividades con culturas, lenguas e identidad propia, que aspiraban históricamente a una capacidad de decisión sobre las materias de interés público de mayor calado que la ofrecida por el modelo centralizado vigente desde el siglo XVIII. Esta “cuestión territorial” se había manifestado históricamente en su forma más aguda en relación con Cataluña y el País Vasco, y, en forma creciente, en Galicia; quizás los mejores análisis de su entidad sea los que se contienen en los libros de Ortega *La redención de las provincias*, y el, publicado en 1920 (hace ochenta y ocho años!) *España invertebrada*. Ante la gravedad de esta cuestión, los constituyentes no se encontraban con precedentes de utilidad para enfrentarse con su tratamiento. Los antecedentes ofrecidos por la Constitución republicana de 1931, y, más remotamente, el proyecto federal de 1873 quedaban muy alejados en el tiempo; los modelos ofrecidos por el Derecho comparado respondían a contextos y necesidades muy distintas de la situación española.

Descartada la fórmula centralista (desacreditada por otra parte por su vigencia durante la dictadura) dos alternativas, por decirlo así, maximalistas, se ofrecían a los parlamentarios de 1977, a la luz de las experiencias constitucionales pasadas. Por una parte, seguir (con las necesarias adaptaciones, ante la lejanía histórica del precedente) las líneas generales del modelo a veces denominado de “Estado integral” ensayado durante la II República, y que suponía la presencia de algunos regímenes autonómicos, en áreas determinadas, como excepción a la organización centralizada del resto del Estado y como reconocimiento de la existencia de “hechos diferenciales”; por otro, optar por una forma generalizadora de la autonomía, según el modelo federal clásico, adoptado en la nonnata Constitución de la I República, extendiendo el autogobierno a todas las áreas del territorio español.. Como es bien sabido, ambas fórmulas contaban y cuentan, con partidarios y detractores. Los constituyentes de 1977-78,

posiblemente por ello y ante los inconvenientes derivados de ambas, prefirieron diseñar (siquiera fuera en términos muy generales) una fórmula intermedia. Con ella, ponían en marcha un proceso en el que aún nos encontramos inmersos.

En principio, y como resulta de una lectura inicial de la Constitución, los constituyentes optaron por la autonomía como fórmula general, y no limitada a unas pocas áreas. Ahora bien, esta decisión se encontraba considerablemente matizada por una serie de previsiones constitucionales, que, en la práctica, suponían que no se rechazaba (o no se rechazaba del todo) la fórmula del Estado integral, basada en la asimetría, en cuanto al grado de autonomía respecto del poder central, de las distintas áreas del territorio. Sería más preciso decir que la autonomía aparecía, en los momentos constituyentes, no tanto como una fórmula de general aplicación, sino como una fórmula *generalizable*; nacionalidades y regiones podían acogerse a la autonomía...o no acogerse. Desde luego, la primera opción, como era de esperar, fue la adoptada sin excepción.

Para empezar (y como muestra del carácter “abierto” del sistema propuesto) y en lo que se refiere, no sólo a la opción por la autonomía, sino incluso en lo que atañe a su propio contenido, la Constitución optaba por un modelo dispositivo. Ello significaba que las distintas nacionalidades y regiones no sólo podían optar o no por la autonomía, sino que, si elegían el camino autonómico, debían especificar, cada una de ellas, en su respectivo Estatuto las competencias que asumían. Con este sistema, se convertía el Estatuto de Autonomía (y no, o no sólo, la Constitución) en la norma definidora del alcance de cada autonomía territorial. La Constitución especificaba, en su artículo 149 (y en forma no muy precisa) las competencias que se reservaba el Estado ; pero, fuera de ellas, cada Comunidad definía su mayor o menor ámbito de poder.

Por otro lado, diversas disposiciones venían, en la práctica, y manteniendo siquiera provisionalmente la tradición del “Estado integral” a otorgar un tratamiento preferente a las comunidades que , históricamente, había protagonizado la cuestión territorial, esto es, Cataluña, el País Vasco y Galicia. En efecto, la Constitución facilitaba a estas comunidades la asunción, desde el primer momento, del máximo posible de competencias dentro de sus mandatos, mientras que el resto de las comunidades a constituirse debían contentarse, al menos durante un período de cinco años, con un elenco competencial limitado, contenido en el artículo 148 CE. Con ello, se establecían, por un lado las Comunidades Autónomas “del artículo 148” y por otro, las comunidades “históricas”.

A ello se unía un tercer factor que relativizaba el alcance general de la

autonomía: la fórmula constitucional no tenía efectos directos, por así decirlo, autoaplicativos; su puesta en marcha dependía de la apertura de un proceso por definición complejo y dilatado, que implicaba la elaboración y aprobación sucesiva de los diversos Estatutos, la realización de las necesarias transferencias de servicios y recursos, y la elaboración, por parte de las instancias estatales, de una serie de normas imprescindibles para la efectividad del proceso. Como era de esperar, fueron las Comunidades “históricas”, especialmente Cataluña y el País Vasco, las que más tempranamente concluyeron su proceso de autonomización; las demás tardaron más tiempo, algunas hasta casi cinco años tras la aprobación de la Constitución.

Fue a partir de estas bases como se construyó (o mejor dicho, se sigue construyendo) el Estado de las Autonomías. La forma en que ello se ha llevado a cabo se hace comprensible si se tiene en cuenta que, aún existiendo un diseño inicial, como se ha expuesto, se trataba de un diseño extremadamente impreciso, que dejaba infinidad de cabos sueltos; de hecho, y como muestra de ello, en algunos casos la construcción de la autonomía había comenzado (en los supuestos de algunos de los llamados “régimenes preautonómicos”) incluso antes de que se iniciara el proceso constituyente. Ejemplo elocuente de la situación de incertidumbre en cuanto al verdadero alcance de las previsiones constitucionales fue la constitución por el Gobierno de dos “Comisiones de expertos” con el encargo de precisar las vías de desarrollo del modelo; por cierto que las recomendaciones de esas comisiones fueron sólo parcialmente seguidas (por ejemplo, no se atendió la recomendación de que no se crearan Tribunales Superiores de Justicia en todas las Comunidades Autónomas), y, en algún caso, si se adoptaron, fueron desautorizadas por el Tribunal Constitucional, como en el supuesto de la sentencia sobre la LOAPA.

Una consecuencia lógica de esta falta de diseño inicial preciso ha sido, desde una perspectiva ya de treinta años, que el desarrollo del Estado de las Autonomías se haya llevado a cabo en gran parte, como efecto de impulsos coyunturales, derivados de las confrontaciones y necesidades de acuerdos entre las fuerzas políticas en cada momento, sin proyectos o planes a largo o medio plazo. Podría decirse, utilizando una expresión coloquial, que el proceso de construcción del Estado de las Autonomías se ha llevado en gran parte “a empujones” de forma que períodos de intensa actividad de desarrollo y reforma se han alternado con fases de quietud o inmovilidad. Valga recordar episodios relevantes, en este proceso de desarrollo irregular: los “pactos autonómicos” de 1981 y 1982, las diversas fases de regulación de la distribución de recursos financieros, las oleadas sucesivas de reformas estatutarias, el carácter arrítmico del proceso de transferencias. El Estado de las Autonomías se ha ido construyendo así por acumulación, en un

proceso más orgánico que planificado .

A esta construcción orgánica y asistemática ha contribuido, por otro lado, la multiplicidad de actores del proceso, actores que en muchas ocasiones han intervenido descoordinadamente. A las instancias estatales (Gobierno y Cortes Generales) hay que añadir las instancias autonómicas, movidas en muchos casos por impulsos e intereses propios, incluso a pesar de los vínculos ideológicos y partidistas con las instancias estatales; además, ha de tenerse en cuenta que el sistema de partidos español incluye formaciones de tipo nacionalista, que siguen sus propias líneas de acción. Por otro lado, tanto las deficiencias y vacíos en la normativa constitucional y legal, como la propia actitud de deferencia de los poderes ejecutivos y legislativos estatales y autonómicos, condujeron a un amplio protagonismo del Tribunal Constitucional, que en ocasiones se tradujo en la retirada de planes y proyectos en los que había habido un acuerdo entre las fuerzas políticas más significativas: el conocido caso de la citada sentencia sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico puede ser un excelente ejemplo del papel de la jurisdicción constitucional como un sujeto más en el desarrollo del Estado de las Autonomías.

2. Las tendencias del sistema.

Resultado de las peculiaridades del origen y desarrollo del Estado de las Autonomías ha sido que sus características y líneas tendenciales no hayan sido resultado de un diseño inicial, sino, en gran manera, de las correlaciones de fuerzas e intereses, y de las vicisitudes de cada momento. Ahora bien, ello no tiene por qué ser considerado como un dato negativo; ese tipo de desarrollo ha venido a reflejar, tras treinta años, las condiciones reales de la sociedad y la política española, en forma posiblemente más adecuada que lo hubiera sido una planificación exhaustiva desde los mismos inicios del sistema. El hecho es que, al cabo de estos años, es posible detectar varias constantes en el desarrollo de la organización territorial española, constantes que sin duda condicionarán (si no determinan) el futuro de todo el sistema.

La primera de esas constantes, fácil de percibir, es la tendencia continua a la maximización de las competencias de las Comunidades Autónomas; es decir, la tendencia a aumentar de forma continua sus poderes y recursos. No existe, en estos momentos, un mapa consolidado que establezca un reparto competencial estable y definitivo. En ocasiones se ha podido hablar de un modelo “abierto” de distribución competencial, señalándose que no es posible fijar un tope consolidado de las competencias autonómicas. Basta una mirada a los treinta años de vigencia de la Constitución para apreciar que

se ha producido, sin duda, un progresivo e incesante trasvase competencial del Estado a las Comunidades Autónomas, trasvase en forma alguna previsto o planificado en su conjunto. Al menos dos razones pueden explicar este fenómeno:

- a) Por un lado, la peculiaridad de la organización partidista española; a diferencia de otros sistemas de distribución territorial del poder (por ejemplo, el caso de los sistemas federales de Estados Unidos, de Austria o de Alemania) en diversas Comunidades Autónomas ostentan considerable importancia grupos partidistas de ámbito limitado a esas Comunidades, esto es, partidos usualmente denominados como “nacionalistas”, cuya misma razón de ser es la representación y defensa de la identidad propia y diferenciada de la Comunidad, y, como consecuencia, la reclamación de mayores competencias y recursos en razón de esa identidad propia. En varias Comunidades Autónomas (País Vasco, Cataluña, Canarias, Galicia) esos grupos han ocupado u ocupan, en solitario o en coalición, el poder ejecutivo y disponen de una apreciable representación parlamentaria. Dado su carácter expresamente nacionalista, la reivindicación frente al Estado central constituye elemento esencial de su ideología y actividad; y, dada la ausencia en muchas ocasiones de mayorías parlamentarias suficientes por parte de los partidos nacionales en las Cortes Generales, los votos de esos grupos en las Cortes disponen de un peso desproporcionado a su importancia electoral. Consecuencia de todo ello (de las demandas autonómicas, y de la posición clave de los partidos nacionalistas) ha sido la obtención continua, podríamos decir “por goteo”, de competencias y recursos provenientes del Estado; y ello tanto respecto de Gobiernos conservadores como de Gobiernos progresistas.
- b) Ello tiene una consecuencia de mayor alcance, concretamente, la desaparición o casi desaparición de la asimetría original del sistema de distribución de competencias. Por razones políticas obvias, la disposición, por parte de las comunidades “históricas”, de un nivel superior de competencias, ha dado lugar a la pretensión, por parte del resto de las Comunidades, de obtener el mismo nivel, en aras del principio de igualdad, y (como es lógico) como resultado de las tendencias al aumento de los poderes de los grupos dirigentes de cada Comunidad. En algún caso (como el de la Comunidad Autónoma de Andalucía) ello se consiguió desde el mismo inicio de la existencia de la Comunidad Autónoma; en otros casos, las sucesivas reformas estatutarias han venido a colocar a todas las Comunidades en un nivel muy similar. Es cierto que permanecen aún factores

diferenciadores (régimen económico-fiscal del País Vasco, características derivadas de la existencia de lenguas propias, previsiones referentes a la existencia de policías autonómicas) pero la tendencia a la igualación es evidente.

Resultado de estas tendencias combinadas (reclamaciones nacionalistas, y pretensión de tratamiento igual por parte de todas las Comunidades Autónomas) ha sido un grado de descentralización política y administrativa posiblemente no imaginado o querido por la gran mayoría de los constituyentes; grado de descentralización, además, sometido, como se ha dicho, a continuas presiones en cuanto a su aumento. Baste señalar que, según datos del Ministerio de Administraciones Públicas, en el año 2007, de los alrededor de dos millones de funcionarios públicos civiles, sólo el veintidós por ciento eran funcionarios estatales, frente a un cincuenta por ciento de funcionarios de las Comunidades Autónomas (el restante veinticuatro por ciento correspondía a la Administración Local). Y, en lo que se refiere a la cuantía del gasto público, un cuarenta y dos por ciento correspondía a las Comunidades Autónomas, frente a un treinta y siete por ciento estatal.

Una segunda característica, puesta de manifiesto en todos estos años (y esta, sí, merecedora de una evaluación negativa), es la deficiencia institucional en cuanto a mecanismos de coordinación y cooperación, tanto en el ámbito político como en el administrativo. En el primero, hay que recordar que el Senado se diseñó en la Constitución antes de que cobrara realidad el Estado de las Autonomías. Como consecuencia, no se configuró como un foro de discusión y acuerdo entre entes territoriales autónomos. Y en el ámbito administrativo, las instituciones que se ha tratado de establecer (las Conferencias de presidentes, y las Conferencias sectoriales) ha mostrado un nivel reducido de operatividad, mostrándose más como foros de debate que como lugares para la toma de decisiones consensuadas. Ello quizás pueda deberse, entre otras razones, a la baja formalización de esas conferencias, en cuanto a sus atribuciones y modo de funcionamiento. En todo caso, la ausencia de mecanismos de coordinación global ha conducido en muchos supuestos a que se establezcan vías de acuerdo bilaterales, mediante negociaciones directas entre cada Comunidad Autónoma y las instancias estatales en materias concretas, con los consiguientes resultados en cuanto a falta de homogeneidad y coordinación.

Finalmente, y en estrecha conexión con lo anterior, una permanente tendencia en el sistema español de organización territorial ha sido la referida a la judicialización de los conflictos entre entes territoriales, acudiendo preferentemente a la jurisdicción constitucional. A falta de otros foros de resolución pactada de conflictos, las diferencias de interpretación

relativas al alcance la autonomía de regiones y nacionalidades o de los poderes de las instancias estatales se someten con frecuencia al Tribunal Constitucional; la doctrina de éste se ha convertido en elemento central en el sistema autonómico, hasta el extremo de que ha podido hablarse de “Estado jurisdiccional de las autonomías”. Las vías procesales representadas por el recurso de inconstitucionalidad, y los conflictos positivos de competencia han sido abundantemente transitadas, en defecto de procedimientos de resolución política de las diferencias entre Estado y Comunidades Autónomas, preferentemente (aunque no sólo) entre el Estado y las Comunidades Autónomas vasca y catalana.

3. Una manifestación del funcionamiento del sistema: la reforma de los Estatutos de Autonomía.

La confluencia de los diversos factores expuestos ayuda a la comprensión del complejo proceso de reforma estatutaria de los últimos años, centrado sobre todo (y no sólo simbólicamente) en la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el análisis de este proceso puede también contribuir a una cierta intuición de la posible evolución de todo el sistema, al menos en el medio plazo. Pues en ese proceso de reforma se han hecho presentes las diversas tendencias que han caracterizado la evolución de la organización territorial del poder: las aspiraciones de las comunidades “históricas”, la voluntad de igualación del resto de las comunidades, la falta de mecanismos de coordinación, y el recurso último al Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere a las aspiraciones de las comunidades históricas, valga señalar que las demandas de incremento competencial traducidas al plano estatutario no han dependido estrictamente del color del partido político en el gobierno de las Comunidades Autónomas “históricas”; al menos en el caso de Cataluña (pues para el País Vasco falta un término de comparación) tan exigentes han sido los gobiernos de la opción nacionalista como los gobiernos de otro color. Si bien en el caso del País Vasco, la línea seguida por el denominado “Plan Ibarretxe” fue rechazada por el Congreso de los Diputados como fórmula jurídicamente viable (quedando así en suspenso la formalización jurídica de las pretensiones autonómicas) la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña, por el contrario, sí pudo plasmarse en un cambio normativo de considerable importancia. La reforma del Estatuto de Cataluña ha venido por ello a colocarse en el centro de la discusión sobre los senderos que haya de seguir el sistema de reparto territorial del poder.

Conviene recordar brevemente las demandas que dieron lugar a la reforma. Desde una perspectiva jurídica, la pretensión de una ampliación competencial se fundaba en la alegada interpretación restrictiva que las instancias estatales (tanto los poderes ejecutivo y legislativo, como el mismo Tribunal Constitucional) habían dado a las previsiones constitucionales y estatutarias. Esta interpretación restrictiva se centraría en la definición de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma podría ejercer competencias (materias que, de acuerdo con las perspectiva mantenida por la Generalitat, independientemente del color del partido en el poder, se habrían visto ilegítimamente reducidas); en la extensión de las funciones atribuidas a los poderes de la Comunidad Autónoma (funciones que se habrían visto recortadas por la indebida extensión de las competencias básicas estatales) y finalmente, en la ampliación del concepto de interés general como base para la ampliación de los poderes del Estado. A ello habría que unir la queja relativa a la desproporcionada reducción de las inversiones públicas en Cataluña, y a la iniquidad del sistema de atribución de recursos a la Comunidad Autónoma, en comparación con la cuantía de los ingresos públicos que en ella se generaban.

El Estatuto reformado, tras un penoso y accidentado trámite parlamentario, se enfrenta con estas cuestiones, mediante técnicas que han sido objeto de amplia exposición y de intensa discusión, no sólo en los medios políticos y académicos, sino también en los medios de comunicación. No es necesaria por tanto una relación detallada de los mismos. Baste recordar que el Estatuto prevé una lista muy amplia y detallada de materias sujetas a la competencia de la Generalitat (63 artículos sobre la cuestión, frente a los 19 artículos del texto anteriormente vigente) y que, en relación con las funciones que corresponden a los poderes autonómicos, establece el monopolio de los mismos sobre las materias de competencia exclusiva, y define en forma reductora las competencias “básicas” estatales como la fijación de “principios o mínimo común normativo” (art. 111). Como es también conocido, el Estatuto reformado está pendiente del juicio definitivo del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en mi opinión, y a pesar de la importancia que sin duda revestirá el pronunciamiento de éste, los efectos del Estatuto sobre la organización territorial del Estado son ya difícilmente reversibles. Desde luego, uno de esos efectos (la reforma simultánea del resto de los Estatutos, como fenómeno de igualación) ya se ha producido, o se está produciendo. Pero, yendo más allá, la reforma del Estatuto catalán puede suponer una notable alteración de los parámetros básicos del Estado de las Autonomías.

Una cuestión básica que el Estatuto plantea, al llevar a cabo una nueva regulación de las materias y funciones sujetas a la competencia autonómica

es, en resumen, la siguiente: ¿las disposiciones del Estatuto afectan únicamente a las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña, o suponen una redefinición más amplia de los conceptos jurídicos esenciales en la distribución competencial, redefinición que debería extenderse también a esos conceptos cuando se contienen en el resto de los Estatutos? No debe olvidarse que el Estatuto de Autonomía es una ley orgánica estatal, aprobada por el parlamento estatal, y que podría considerarse que las definiciones empleadas en esa ley representan un elemento clarificador de considerable importancia para la interpretación de otras leyes estatales (como también lo son el resto de los Estatutos). Si, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone expresamente que dentro de la materia “agricultura” se incluye la sanidad vegetal y animal (art. 116.1.d EAC), parece que resultará difícil sostener que lo que se comprende dentro de la materia “agricultura” en Cataluña es distinto de lo que se integra en la misma materia en otras Comunidades. Debe recordarse además que la impugnación ante el Tribunal Constitucional de un amplio elenco de disposiciones del Estatuto de Cataluña no se ha visto acompañada de la impugnación de disposiciones idénticas presentes en otros Estatutos, disposiciones que quedan así indiscutidas en cuanto a su validez.

Independientemente de la resolución última del Tribunal Constitucional, el cambio de metodología en la normativa estatutaria supone una expresión más de lo que arriba denominamos como tendencia expansiva de las competencias autonómicas; tendencia que se produce, tanto en las Comunidades históricas como, por las razones que se expusieron, en el resto de las Comunidades. La adhesión generalizada a un proceso de reforma estatutaria que implica un aumento competencial es ya un dato que no puede ser revisado; la intensidad de ese aumento puede verse más o menos afectada, pero no la inequívoca voluntad de llegar hasta los límites que el ordenamiento permita y ni un paso menos.

El mantenimiento de las tendencias en el futuro.

El análisis de lo ocurrido durante el (aún inacabado) proceso de reforma estatutaria puede ser útil para realizar algunas consideraciones sobre el posible futuro del Estado Autonómico; y sobre todo, para verificar si las tendencias apreciadas en estos últimos años en su desarrollo muestran indicios de perpetuarse, o, por el contrario, de modificarse.

A la luz de lo señalado, cabría apostar, sin muchas dudas, por la persistencia en el futuro de la “presión competencial” esto es, por el mantenimiento de las pretensiones por parte de las Comunidades Autónomas de aumentar sus poderes, y la correlativa disminución de las competencias

estatales. Ya señalamos que hay dos causas internas (en la terminología anglosajona al uso, dos causas “built in” connaturales al sistema) que hacen inevitable esa tendencia: por un lado la presencia de partidos nacionalistas, por otro la pretensión de igualación competencial por parte de las Comunidades “no históricas”.

El proceso de reforma estatutaria ha venido a mostrar por un lado que las pretensiones de las Comunidades históricas son independientes del color del partido en el poder; difícilmente podría considerarse que el proyecto de Estatuto elaborado por la coalición tripartita de Cataluña fuera menos ambicioso que las reclamaciones planteadas en su día por el partido nacionalista Convergencia i Unió. Y, por otro lado, otra lección a obtener de ese proceso es que la voluntad de igualación sigue viva, como puede mostrar, por ejemplo, la incorporación en el Estatuto de Andalucía de previsiones claramente tomadas del articulado del Estatuto de Cataluña, o, aún más claramente, la famosa “cláusula Camps” del Estatuto de Autonomía de Valencia, que viene a vincular la disponibilidad competencial de esta Comunidad al eventual desarrollo de las competencias de otras Comunidades.

Ahora bien, la relevancia de esta “presión competencial” ha quedado muy relativizada. Permítaseme señalar que no considero que el mantenimiento de esta presión competencial deba valorarse negativamente. Por una parte, porque tiene unos límites ineludibles, como son las previsiones constitucionales; en este sentido, el artículo 149.1 establece un núcleo de competencias estatales irrenunciables. Puede alegarse que incluso este núcleo es salvable, acudiendo a las posibilidades que ofrece el artículo 150.2 del texto fundamental. *“El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”*. Esta cláusula, que sin duda constituye una “apertura competencial” se encuentra sin embargo limitada a materias *“que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”*. La misma Constitución, por ello, garantiza la presencia de un núcleo intocable de funciones estatales en determinadas materias. Y sobre todo cabe pensar que, dada la extensión competencial producida en el actual proceso de reforma, las competencias autonómicas no disponen ya de un campo muy amplio de expansión, sin tocar ese núcleo.

Resulta en este respecto oportuno recordar que el elenco de funciones estatales “intocables” se encuentra además protegido por la garantía jurisdiccional constitucional: el Tribunal Constitucional aparece como el

guardián último del respeto a las previsiones constitucionales, también en este caso.

En lo que se refiere a la tendencia a la igualación competencial, supone, desde luego, que se verá disminuida la importancia de un factor que ha sido muy relevante en la historia española; la existencia de “hechos diferenciales” que justificaban la pretensión de determinadas comunidades (sobre todo Galicia, País Vasco y Cataluña) de disponer de un régimen específico como medio de defensa de su identidad propia. Pero, aparte de que siempre existirán peculiaridades jurídicas diferenciadoras, derivadas de hechos innegables (como puede ser la presencia de un idioma propio) conviene recordar que treinta años de vigencia del Estado de las Autonomías han contribuido a diluir las diferencias entre Comunidades “históricas” y “no históricas” (por seguir empleando una terminología poco “políticamente correcta”) por cuanto el ejercicio del autogobierno sin duda ha contribuido a crear o a reforzar una identidad política de cada una de las Comunidades Autónomas. Hablar hoy de una “mentalidad federal”, pues, no resulta tan exótico como quizás pudo serlo en 1978. Hoy es innegable que, dentro del sistema político español, existen subsistemas políticos, con su propia identidad y peculiaridades en cada una de las diecisiete Comunidades y dos Ciudades Autónomas.

Pero, sobre todo, la razón determinante para considerar que un eventual aumento de las competencias de las Comunidades Autónomas hasta los límites constitucionalmente establecidos es valorativamente neutro (esto es, en sí, ni bueno ni malo) reside en que, desde la perspectiva del ciudadano, la titularidad abstracta de una competencia (si pertenece al Estado, a la Comunidad Autónoma o a una entidad local) la cuestión de la titularidad abstracta no puede desvincularse de la cuestión de cómo esa competencia se ejerce, esto es, de la mayor o menor eficiencia de los gestores públicos. La autonomía política, en cuanto garantía de la propia identidad, y de un mayor acceso de los ciudadanos al control de las funciones públicas, no puede desligarse de consideraciones de eficiencia. Y aquí es donde, en opinión de muchos observadores de la política española, se plantean las cuestiones claves para el futuro del Estado de las Autonomías.

Ya se apuntó que una de las tendencias del mismo ha sido la carencia de mecanismos de coordinación y cooperación entre instancias estatales y autonómicas. Ahora bien, no es arriesgado apuntar que precisamente la presencia de esos mecanismos aparece como condición ineludible para un correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías. Si, como se ha indicado, el campo de ampliación competencial autonómico es ya reducido, y, por otro lado, las tendencias a la igualación llevarán probablemente a una configuración muy homogénea del reparto competencial, parece que las

posibilidades de desarrollo del Estado de las Autonomías se abren sobre todo en lo que se refiere a una mayor eficiencia en la actuación de los poderes públicos, y a una traducción del autogobierno a términos de una mejor calidad en la prestación de los servicios públicos. Y ello requiere sin duda una adecuada coordinación entre las diversas instancias de poder.

En efecto, muchos de los problemas que se plantean a las instituciones públicas resultan de difícil catalogación a la hora de decidir si pertenecen en exclusiva al área competencial autonómica o a la estatal. Piénsese en problemas como la distribución de recursos hídricos, el tratamiento de la inmigración, la determinación de la asignación de los recursos proporcionados por el sistema tributario, o el reparto de las inversiones estatales. Se trata sólo de algunos ejemplos de áreas que requieren una acción conjunta de los diversos niveles de poder. La cuestión de la distribución competencial del poder se combina con la necesidad de encontrar fórmulas de coordinación de poderes que resuelvan necesidades sociales imperiosas.

En sistemas de reparto territorial del poder con mayor experiencia, ha debido asentarse una “cultura federal” que supone la conciencia, por parte de todos los protagonistas públicos, de “materias comunes”, de la pluralidad de las instancias competentes en esas materias, y de la necesidad de establecer vías de colaboración entre ellas. Frente a una cierta inercia intelectual, que ha llevado a imputar la ausencia de esa “cultura federal” sobre todo a las instancias autonómicas, en el caso español, y debido a la tradición centralista, no es arriesgado afirmar que el establecimiento de esa cultura federal es particularmente necesario en lo que se refiere a las instancias estatales. No hay que olvidar, por ejemplo, que la amplia potestad legislativa del Estado versa, en mucho supuestos, sobre materias cuya ejecución corresponde a las Administraciones autonómicas, a pesar de lo cual, e, muchas ocasiones, el legislador estatal actúa sin acuerdo previo con esas Administraciones, que son las que, en último término, han de aportar los recursos necesarios para esa ejecución. La coordinación en estos supuestos es imprescindible, sobre todo si se pretende una efectiva vigencia del principio del Estado social. Pues en gran manera, las actividades prestacionales públicas (educación, sanidad, transportes) ejes del Estado social están ahora en manos de las Administraciones autonómicas; de manera que una política general en estos campos requiere, no sólo del impulso (y los recursos) estatales, sino también de la colaboración de las instancias autonómicas.

La desaparición de las relaciones de jerarquía entre los diversos niveles administrativos no puede, como es obvio, suponer la inexistencia de políticas coordinadas a nivel estatal. Por ello, la habilitación de técnicas y mecanismos que compatibilicen la iniciativa y la aportación de recursos por

parte del Estado con la existencia de un margen de actuación por parte de las autoridades autonómicas en lo que podrían denominarse “tareas comunes” aparece como el gran desafío del Estado de las Autonomías. El “spending power” del Estado ya no equivale a una habilitación competencial, pero sí supone una fuente de incentivos para la orientación de las actividades autonómicas, mediante los correspondientes convenios, o técnicas similares. Ello exigirá, por una parte, una transformación en gran manera de la actividad ejecutiva de la Administración del Estado, bien (como ya está ocurriendo) sustituyendo la gestión por la programación y coordinación, bien por la realización y promoción de acuerdos y convenios. Y ello exigirá, además, la precisión y depuración del alcance del artículo 149.1.1 de la Constitución, y de las competencias transversales de que dispone el Estado en aspectos como la planificación de la economía, o la fijación de las bases de la sanidad, entre otras.

Desde luego, todo ello aparece estrechamente relacionado con la consecución de una efectiva solidaridad en cuanto al empleo y atribución de los recursos disponibles. De nuevo, no es en este aspecto el reparto competencial el que plantea problemas, sino la búsqueda de vías para que la solidaridad interautonómica no sea el resultado de un fiat del poder estatal, sino del acuerdo interterritorial. Este es sin duda un aspecto decisivo en todo sistema complejo de organización territorial, puesto que el reparto de recursos tendrá consecuencias tanto de tipo económico (favoreciendo un mayor o menor desarrollo económico) como de tipo social (afectando a las condiciones de vida de los ciudadanos en las diferentes Comunidades Autónomas). En forma recurrente, la ausencia de mecanismos de coordinación se hace también evidente en este aspecto.

BREVES NOTAS SOBRE EL DELITO DE MALTRATO A ANIMALES DOMÉSTICOS

Gabriel Garcías Planas

Profesor Titular de Derecho Penal

Académico

Sumario

INTRODUCCIÓN. TIPO OBJETIVO. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. OBJETO MATERIAL. LA CONDUCTA TÍPICA. MALTRATO. ENSAÑAMIENTO. RESULTADO. TIPO SUBJETIVO. ITER CRIMINIS. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA FALTA DE MALTRATO A ANIMALES DEL ARTÍCULO 632.2. EL ABANDONO DE UN ANIMAL DOMÉSTICO DEL ARTICULO 631.2. DERECHO COMPARADO.

Introducción

Aparece por primera vez en el Código Penal a raíz de la Ley Orgánica 15/03 de modificación del Código Penal de 1995.

En la Exposición de Motivos, y en lo que se refiere a la reforma de la parte especial, existen dos tipos de modificaciones, una se refiere a las penas y aquellas otras, como es el caso, que se refieren a tipos delictuales nuevos. Así en el apartado *h* puede leerse “*el maltrato a animales*

*domésticos se configura como delito cuando la conducta sea grave, manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves*¹. Asimismo se introduce como falta el abandono de animales”. Puede afirmarse por tanto que, el precedente inmediato del artículo 337 hay que buscarlo en la relación del artículo 632 de 1995, que como vemos ha sido modificada por la citada Ley 15/03. La primera cuestión a plantear es la de si el Derecho Penal es el instrumento adecuado para la protección de la vida o la integridad física de los animales cuando se les ataca de manera injustificada con ensañamiento o, si sería mas correcto una intervención del derecho administrativo² para ese tipo de conductas que, desde luego, son intolerables y que merecen sanciones ya que hieren los sentimientos de la gran mayoría de las personas.

Tipo Objetivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona, pues la expresión “los que” indica que estamos ante un delito común, ya que no exige ninguna condición especial en los sujetos.

El sujeto pasivo, la Doctrina considera que no es el animal doméstico³, ya que éste no es sujeto de derechos y, en consecuencia, no puede estar amparado por el Derecho Penal. Plantea diversas opciones tales como, considerar que el sujeto pasivo es el dueño del animal doméstico, la colectividad o lo que se protege es un interés general de que no se produzca un maltrato de animales⁴. En mi opinión, aún cuando un animal no sea sujeto de derechos y deberes, como ocurre en un ser humano, si tiene el derecho a no ser maltratado con ensañamiento y tal conducta tiene el sentimiento de la casi totalidad de la colectividad.

1.- Sólo dos de los delitos regulados en este Capítulo presentan formas leves, la falta del artículo 632.1º y 2º. MESTRE DELGADO, Esteban. Derecho Penal. Parte Especial. Coordinadora Carmen Lamarca Pérez, 3ª Edición, Madrid 2005. Pág. 457.

2.- En este sentido CARMONA, Concepción. Derecho Penal. Parte Especial. 2ª Edición, 2005. Pág. 727.

3.- Según la Ley 1/92 de 8 de Abril de las Islas Baleares, sobre protección de los animales que viven en el entorno humano y concretamente en su Exposición de Motivos distingue de una parte la fauna silvestre, y por otra animales “que viven en el entorno del hombre, normalmente bajo su propiedad o posesión”.

Y en el artículo 1 de la presente Ley se protegen a animales que vivan en el entorno humano” sean domésticos, domesticados o salvajes en cautividad.

4.- CONDE-PUMPIDO TOURON, Candido y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentarios al Código Penal, Barcelona 2007. Pág. 2575

El Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido es completamente distinto a las otras figuras descritas en el Capítulo donde está ubicado, en consecuencia, para Angel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez⁵ lo que se tutela es “una relación con las especies animales domésticas, que no resulta ofensiva para los sentimientos de respeto y protección con el mundo animal”. Por otra parte, Muñoz Conde afirma con certeza que el bien jurídico no es perfectamente identificable.

A mi juicio es el derecho genérico que tiene todo ser vivo a no ser malttratado con ensañamiento, o el sentimiento de la colectividad que no tolera este tipo de maltrato y que se ve fuertemente herido ante este tipo de comportamiento.

Objeto Material

El objeto material son los animales domésticos, siendo éste un concepto distinto de los domesticados a que se refiere el Código Civil en el artículo 465, y desde luego se ha dejado fuera del alcance del tipo a los animales salvajes⁶. Según la Real Academia de la Lengua debe entenderse por domésticos “aquellos animales que se crían en compañía del hombre”, por tanto podrían incluirse aquellos que aunque tuviesen un origen salvaje conviviesen o convivan o se crían en compañía del hombre. Animal de compañía.

La Conducta Típica

Maltrato

La conducta típica consiste en maltratar con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos, causandoles la muerte o provocando lesiones que produzcan un grave menoscabo físico ... Ello significa que el maltrato, *sín mas*, no es constitutivo de delito; el maltrato debe ser llevado a cabo con ensañamiento –art. 22.5– aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios

5.- Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Coordinador Carlos Suárez Rodríguez 4ª edición, Navarra 2006. Pág. 406.

6.- BAUCELLS LLADÓS, Joan. Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I, Madrid 2004. Pág. 1469. Directores Juan Cordoba Roda y Mercedes Garcia Arán.

para la ejecución del delito y además debe ser injustificado. Como acertadamente plantea Muñoz Conde, no podemos admitir que un maltrato con ensañamiento este justificado en ocasión alguna. Pero además, a raíz de dicha conducta, se debe producir la muerte o grave menoscabo físico, por lo que significa que la muerte de un animal doméstico o un grave menoscabo físico no será subsumible en el artículo 337 si, previamente, no se ha producido un maltrato con ensañamiento justificado. Los elementos que integran la acción, maltratar. Por maltratar, nos da un concepto muy amplio ya que cabe cualquier maltrato, dicho contenido amplio permite a mi juicio, la comisión por omisión; piénsese, por ejemplo tener un perro sin comer o beber durante un tiempo que le causa la muerte o lesión.

Ensañamiento

El concepto de ensañamiento a que se refiere el precepto, no se corresponde con el contenido del artículo 22 circunstancia 5ª –circunstancia agravante–, pues establece “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a éste padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. Ni con la circunstancia 3ª del artículo 139, “con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”, ni con el artículo 148 n° 2 referido al ensañamiento en las lesiones.

En el artículo 337, en mi opinión, el término ensañamiento significa según el Diccionario de la Real Academia acción y efecto de ensañarse. Y por ensañar, irritar y enfurecer, y deleitarse en causar el mayor daño y dolor posibles a quien ya no está en condiciones de defenderse; en definitiva un comportamiento sádico que denota una crueldad en el sujeto activo.

La razón de no corresponderse con el ensañamiento a que se refieren los mencionados preceptos donde se citan el término ensañamiento es que, en éstos, el término va referido siempre a delitos contra las personas. Ello está claro en el asesinato y en las lesiones, pero también en la agravante genérica del artículo 22 n° 5, al utilizarse la expresión “inhumanamente” lo que denota inequívocamente que debe recaer sobre quien tenga la condición humana⁷.

Por lo demás, llama la atención que el artículo 337 el término ensañamiento no se configura como circunstancia agravante sino como un elemento del propio tipo de injusto. Recuérdese que el ensañamiento como circunstancia agravante se configura a partir de dos elementos, uno objetivo,

7.- CONDE-PUMPIDO TOURON, Candido y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 2577.

o sea la causación a la víctima de padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, y otro subjetivo, que requiere la intención del sujeto a aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima; sufrimiento que puede ser tanto físico como moral, psíquico o espiritual, siempre que sean previos a la producción del resultado, muerte o lesión.

Dentro de la dinámica comisiva que estamos analizando, no es suficiente con el maltrato y con el ensañamiento, sino que requiere que éste no este justificado y la expresión “injustificadamente” empleada por el legislador.

Entiendo que jamás estará justificado en cualquiera de sus acepciones un maltrato con ensañamiento pues, incluso en aquellos supuestos de experimentos con animales domésticos, faltaría la parte subjetiva del término. En esta línea Muñoz Conde afirma que la redacción del precepto cae en los límites del experimento pues de ella se deduce que hay supuestos de ensañamiento que pueden estar justificados⁸. En el mismo sentido José L. González Cussac, Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelio y Margarita Roig Torres⁹.

Resultado

Estamos ante un delito de resultado ya que no es suficiente con un maltrato con ensañamiento e injustificado sino que es precisa la causación de la muerte o la causación de lesiones graves, “que produzcan un grave menoscabo físico”, ello excluirá el grave menoscabo psíquico, cuestión esta discutida en los últimos tiempos donde de cada vez mas se está hablando de psicología animal, máxime referida a perros y gatos, piénsese si debe quedar impune quien maltrate con ensañamiento a éstos animales y a raíz de ello viva permanentemente aterrorizado de manera grave. Hoy es atípica ya que el tipo se refiere como indicamos a un “grave menoscabo físico”. Por otra parte, tampoco será incardinable en el artículo 337 cuando se produzca un menoscabo físico no grave¹⁰.

Tipo Subjetivo

Unicamente se castiga la conducta dolosa y a mi juicio con dolo directo ya que la expresión ensañamiento, excluye el dolo eventual.

8.- Derecho Penal. Parte Especial. Decimoquinta edición, Valencia 2004. Pág. 600.

9.- Derecho Penal. Parte Especial, Tomo VII. Esquemas. Valencia 2007. Pág. 222.

10.- En este sentido BAUCCELLS LLADOS, Joan, Ob. Cit. Pág. 1474 y JUDEL PRIETO, Angel. y PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón. Ob. Cit. Pág. 407

Iter Criminis

Al ser un delito de resultado cabe la tentativa acabada e inacabada. Lo que ocurre, es que en tales supuestos será muy difícil saber si estamos ante una tentativa de un delito o ante la falta prevista en el artículo 632.2 “los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos, sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337”. La solución será saber cual era el dolo del sujeto activo, si quiso causar la muerte o menoscabo físico o grave o no lo consiguió o si su intención era la del maltrato cruel sin haberse propuesto los resultados que contempla el artículo 337, creemos que no será tarea fácil para el Juzgador pero lo deberá valorar atendidos todos los elementos probatorios de que dispongan.

Causas de Justificación

La redacción del precepto, hace difícil el planteamiento de causas de justificación al emplear el término ensañamiento, concretamente de la legítima defensa. Pero no cabe ninguna duda que si el delito persiste será lo que más se discuta en los Tribunales a raíz de la existencia del término “injustificadamente”. El término latino “vim cum vi repelere licet” ha sido en este delito rechazado por los Tribunales¹¹ en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de Noviembre de 2006 al establecer en su Fundamento de Derecho Segundo “que de ser cierto que el perro le iba a atacar cabría entender la necesidad de una patada para alejar al animal pero en modo alguno se explica que tras la patada fuese a coger al animal para cogerle del cuello y lanzarlo nuevamente por los aires”. La respuesta es totalmente desproporcionada. Reiterar finalmente que el aspecto subjetivo del ensañamiento impide a mi juicio aplicar una causa de justificación, que sí cabría si se producía un maltrato sin ensañamiento justificado ante el ataque del animal.

La falta de maltrato a animales del artículo 632.2

En el Título III del Libro III hallamos las faltas “contra los intereses generales”.

En el artículo 632.2 se incorporan dos conductas distintas, por una parte, el maltrato cruel a animales domésticos y por otra, a cualquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente; ambos supuestos van seguidos de un elemento negativo, “sin incurrir en los supuestos previstos en el

11.- Ponente Magistrado: Brobia Varona, Rosa.

artículo 337”.

En el primer supuesto, se da un maltrato sin ensañamiento, pero sin embargo cruel; por lo demás el ensañamiento es un acto de crueldad, pero ésta no tiene porque suponer ensañamiento. Lo que distingue básicamente del delito no es el binomio ensañamiento-crueldad sino que en la falta no se produce ni la muerte ni lesiones que produzcan un grave menoscabo físico. En definitiva se dará un maltrato cruel sin lesiones o con lesiones leves. Por maltrato cruel debe entenderse según el diccionario de la Real Academia Española “el efectuado con deleite o con placencia en los padecimientos ajenos”; la Jurisprudencia define éste elemento normativo como “con complacencia en el sufrimiento o dolor del animal, en forma gratuita e innecesaria”¹².

En el segundo supuesto, el objeto material se refiere a cualquier tipo de animal doméstico o no, en espectáculos no autorizados legalmente, lo que significa que en principio se darán en la clandestinidad.

El abandono de un animal doméstico del artículo 631.2

Por la Ley Orgánica 15/03 se introdujo asimismo el párrafo 2 del artículo 631; configurado como una falta de peligro abstracto. Se exige que el abandono¹³ se haga en condiciones que “pueda peligrar su vida o su integridad”. A mi juicio, ello se da en la mayoría de los casos en el que el abandono tenga lugar. La situación de peligro deberá ser abarcada por el dolo del autor.

Derecho Comparado: Italia, Francia, Chile

En Italia el Código Penal de 1930 incluía ya dentro de las contravenciones el maltrato animal. Con anterioridad a la reforma de 2004 se tipificaba en el artículo 727 del Código Punitivo, dicha ubicación implicaba que el fundamento del castigo no era otro que la, trasgresión que se producía en la bondad de las costumbres y trataban de promover la educación cívica.

12.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares. Sección Primera de 24 de Diciembre de 1997.

13.- La Ley Balear citada en el artículo 29.2 considera “que un animal está abandonado si a pesar de ir provisto de identificación circula libremente sin compañía de persona alguna”.

14.- SERRANO TARREGA, Dolores. La reforma del maltrato de animales en el Derecho Penal Italiano. BFA. UNED n° 26, Madrid 2005. Pág. 260 y 261.

Ya en el año 2004 –el 20 de Julio– en la reforma del Código Penal Italiano, aparecieron una serie de delitos que hasta el momento eran únicamente constitutivos de contravención¹⁴. Así bajo el título “De los delitos contra el sentimiento por los animales” en el artículo 544 bis, ter, quater y quinquies se tipificó como delito, cambiándose el fundamento del reproche penal, pasando de razones de moralidad a la de la protección de la integridad de los animales, no ya como objeto, sino como ser vivo.

En Francia el Código Penal en su artículo 521 castiga actos crueles contra animales domésticos; pero el propio artículo 521.1 declara que “no serán aplicables a las corridas de toros, cuando se puedan considerar fruto de una costumbre local ininterrumpida, tampoco se aplicarán a las peleas de gallos en los lugares en que se pueda constatar una costumbre local ininterrumpida.”

En Chile el maltrato animal era considerado falta hasta 1989; se castigaban comportamientos crueles o maltratos excesivos. A partir de este año 1989 se transformó la falta en delito, introduciéndose el artículo 291 bis¹⁵, desapareciendo del tipo el término “exceso”, considerándose como comportamiento típico el cometer “actos de maltrato o crueldad con animales”. Sin que sea necesario producir en el animal una secuela permanente; sin embargo para la realización del tipo se exige causar dolor o sufrimiento al animal que obligatoriamente debe producir un menoscabo en su salud o bienestar tanto físico como psíquico.

15.- GUZMAN DALVORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Cerezo Mir. Madrid 2002. Pág. 1337.

