

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE LAS
ILLES BALEARS

XI

PALMA DE MALLORCA, 2010

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

I.-	JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA	pág.	5
II.-	RELACIÓN DE ACADÉMICOS	pág.	7
III.-	MEMORIA DEL CURSO 2008-2009	pág.	9
IV.-	DERECHO CIVIL DE MALLORCA FÈLIX PONS I MARQUÉS	pág.	17
V.-	DISCURSOS		
	1. De ingreso, de D. JOSEP MARIA QUINTANA, sobre <i>Llengua i dret a la CAIB: una opció per la llengua pròpia.</i>	pág.	51
	2. De contestación al de ingreso del Sr. QUINTANA, de D. PEDRO AGUILÓ MONJO.	pág.	81
	3. De apertura del Curso 2009-2010, de D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS, sobre <i>El principio de intervención mínima en Derecho Penal ¿realidad o ficción?</i>	pág.	97
	4. De apertura del Curso 2004-2005, de D. EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, sobre <i>El régimen económico matrimonial de participación</i>	pág.	105
VI.-	CONFERENCIAS		
	De D. ANTONI OLIVER REUS, sobre <i>El empresario como garante de la seguridad laboral: responsabilidades derivadas del accidente de trabajo.</i>	pág.	123
VII.-	SÉPTIMO PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ		
	1. Trabajo premiado, de D. RICARDO YÁÑEZ VELASCO, sobre <i>Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear.</i>	pág.	163
	2. Trabajo finalista, de D. LORENZO CRESPI FERRER, sobre <i>La cuestión de la reserva ordinaria en el Derecho foral. Especial estudio de su constitucionalidad y su aplicación en Mallorca.</i>	pág.	241

3.	Intervención, en el acto de entrega, de Dña. ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ, sobre <i>Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente regulación</i>	pág. 297
VIII.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO	
	Sistema legitimario de las Illes Balears	pág. 307
IX.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO	
1.	<i>Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía</i> . Estudio de D. TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 327
2.	Comentarios de jurisprudencia contencioso-administrativa	
	a).- A la sentencia del Tribunal Supremo (Ponente: José Yagüe Gil) de 14 de enero de 2010, sobre <i>competencias en materia de ampliación de la zona de servicio de los Puertos autonómicos</i> , de D. TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 335
	b).- A la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Ponente: Gabriel Fiol Gomila) de 28 de junio de 2009, sobre <i>Biblioteca privada de interés cultural</i> , de D. TOMÁS MIR DE LA FUENTE	pág. 343
	c).- A la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Ponente: Fernando Socías Fuster) de 4 de febrero de 2009, sobre <i>Licencia de Edificación en el ámbito de un Conjunto Histórico</i> , de D. JOSEP MASOT TEJEDOR.	pág. 355
X.-	JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL CANÓNICA	
	Selección y traducción del latín de sentencias de la Rota Romana, de D. ANTONIO PÉREZ RAMOS.	pág. 369
XI.-	RELACIÓN DE LOS AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE NÚMERO DEL BOLETÍN	pág. 373

I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA

Presidente

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

Vicepresidente

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

Censor

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Tesorero

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell

Secretario

Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente

Vicesecretario

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

II.- ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell
Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas
Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza
Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel
Ilmo. Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés (*)
Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente
Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez
Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons
Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos
Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida
Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló
Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera
Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno
Ilma. Sra. D^a Isabel Tapia Fernández
Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana
Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo
Ilmo. Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus

ACADÉMICOS ELECTOS

Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell
Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras

(*) **Fe de erratas:** En el X Boletín de la Academia se cometió el error de omitir en la relación de Académicos de Número por orden de antigüedad a Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. Error ciertamente imperdonable que, además, jurídicamente se adscribiría en la categoría de error inexcusable, pues su presencia en la Academia –de la que ha ocupado la presidencia durante ocho años– ha sido y es constante, cual muestran, por ejemplo, sus publicaciones en éste y en el anterior número. Le pedimos, pues, perdón por tan increíble como involuntaria omisión.

ACADÉMICO DE HONOR

Ilmo. Sr. D. Angel Reigosa Reigosa

ACADÉMICOS DE NÚMERO FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra

Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau

Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras

Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig

Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal

Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas

Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer

Ilmo. Sr. D. Francisco Téllez Miguélez

Ilmo. Sr. D. Joan Vidal Perelló

**III.- MEMORIA DEL CURSO 2008-2009
PREPARADA POR EL SECRETARIO
DE LA CORPORACIÓN EN CUMPLIMIENTO
DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 32
DE LOS ESTATUTOS**

Tomás Mir de la Fuente

El art. 38 de los estatutos de la Corporación impone la publicación de las memorias anuales. Es en cumplimiento de dicho precepto que se publica la memoria del curso 2008-2009, que fue leída en la inauguración del curso 2009-2010, habiendo sido redactada de manera pormenorizada y exhaustiva por el Secretario de la Academia. Con su publicación se da la debida divulgación a las actividades de la Academia y se suministra una valiosa prueba de la incidencia de la misma sobre la vida jurídica de nuestra colectividad.

En la primera sesión del día 16 de octubre de 2008 el Presidente Sr. Martínez-Piñero dio cuenta de la presentación, en la mañana del mismo día, en el Parlamento de las Illes Balears (en acto al que asistió, en representación de la Academia, y acompañado por el Vicepresidente Sr. Masot, el Tesorero Sr. Sitjar, el Secretario Sr. Garcías, y los Académicos de número Srs. Aguiló, Clar, Ferrer y Mir), del Boletín de la Academia nº IX, en el que se publicaron: el estudio de D^a Francisca Llodrà Grimalt, ganador del IV Premio Luis Pascual González, convocado por la Academia, sobre “El sistema de fonts del dret civil balear (1990-2006). Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació balear”; el discurso de ingreso de D. Pedro Antonio Aguiló Monjo, sobre “El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad”; la contestación a dicho discurso de D. Tomás Mir de la Fuente, en nombre de la Academia; el discurso de apertura del Curso 2007-2008, pronunciado por el Académico D. Raimundo Clar Garau, sobre “Familia, legítima, alimentos y desheredación”; la conferencia pronunciada el 20 de noviembre de 2007, por D. Luis López Guerra, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III y magistrado y vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional, sobre “El futuro del Estado autonómico”; y un estudio del Académico D. Gabriel Garcías Planas, titulado “Breves notas sobre el delito de maltrato a animales domésticos”.

Desde este primer acto académico del Curso y hasta el día de hoy (en que –aunque posterior a la sesión de 28 de septiembre de 2009, último acto del Curso 2008-2009– se inicia oficial y públicamente el Curso 2009-2010), hay que reseñar:

La sesión necrológica en memoria de D. Miguel Coll Carreras (Académico de número, desde la creación de la Academia, y su primer Presidente, y Presidente de Honor, a su fallecimiento el 9 de junio de 2008), celebrada el día 6 de noviembre de 2008, en la que intervinieron, como oradores, los Académicos D. José Zaforteza Calvet y D. Tomás Mir de la Fuente.

El discurso de apertura del Curso 2008-2009, pronunciado el día 20 de noviembre de 2008 por D. Eduardo Martínez-Piñero Caramés, como última actuación pública suya antes de dejar, por expiración de su mandato, el cargo de Presidente, sobre “Apoderamiento o mandato preventivo”.

El discurso de ingreso en la Academia de D. Josep María Quintana Petrus, pronunciado el 2 de octubre de 2009, en sesión pública celebrada en

Mahón –en el Salón de Actos del Consell Insular de Menorca y asistencia de su Presidente y autoridades de la CAIB y la Administración General del Estado– sobre el tema “Llengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua pròpia”. Contestando, en nombre de la Academia, el Académico de número D. Pedro Antonio Aguiló Monjo.

La conferencia pronunciada el día 2 de abril de 2009 por D. Guillermo Alcover Garau, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de las Illes Balears, sobre “Refinanciación bancaria y concurso de acreedores: situación actual y perspectivas de reforma”.

La conferencia pronunciada el día 4 de junio de 2009 por D. Antoni Oliver Reus, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, sobre “El empresario como garante de la seguridad laboral. Responsabilidades derivadas del accidente de trabajo”.

La publicación del Boletín de la Academia nº X, de cuyo contenido se pueden destacar:

1. Los estudios titulados:

El apoderamiento o mandato preventivo. De D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés.

Sobre el derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica. De D. Anselmo Martínez Cañellas. Que obtuvo el V Premio Luis Pascual González.

¿Costumbres normativas aún en el siglo XXI? (Paráfrasis sobre temas suscitados por la obra ganadora del V Premio Luis Pascual González). De D. Miquel Masot Miquel.

La refinanciación bancaria y los concursos de acreedores. De D. Guillermo Alcover Garau.

Medidas sucesorias de protección al incapacitado en Illes Balears. De la Comisión de Derecho Privado de la Academia.

2. Los siguientes discursos, pronunciados con ocasión de la celebración de las sesiones necrológicas en recuerdo de cuatro académicos fallecidos entre 2004 y 2008, todavía inéditos.

El del Académico de número D. Bartolomé Sitjar Burguera,

pronunciado el 23 de febrero de 2004, en homenaje a D. Juan Blascos Serra.

Los de los Académicos de número D. Antonio Pérez Ramos y D. Bartolomé Sitjar Burguera, pronunciados el día 21 de noviembre de 2005, en memoria de D. Juan Vidal Perelló.

Los de los Académicos de número D. Rafael Perera Mezquida y D. Bartolomé Sitjar Burguera, pronunciados el 19 de febrero de 2008, en recuerdo de D. Andrés Rullán Castañer.

Los de los Académicos de número D. José Zaforteza Calvet y D. Tomás Mir de la Fuente, pronunciados el 6 de noviembre de 2008, en evocación de D. Miguel Coll Carreras.

3. Un índice acumulado del contenido de los nºs I a IX del Boletín de la Academia, por autores, por ramas del Derecho, y por clase de actividad académica (discursos de apertura de Curso, discursos de ingreso, conferencias, premios Luis Pascual González, sesiones necrológicas y estudios doctrinales). Que suman 63 textos.

4. Una Relación de los artículos de Académicos de número publicados en la Revista MISSÈR del Colegio de Abogados, entre los nºs 50 (en que comenzó la colaboración, en la sección titulada El rincón de la Academia) y 82 (en la retitulada Las Páginas de la Academia, a partir del 80). Treinta y dos en total.

Las colaboraciones de Académicos de número publicadas en la Revista MISSÈR, durante el curso 2008-2009, siguientes:

En el nº 79, de octubre de 2008, de D. Pedro A. Aguiló Monjo, la titulada “El nuevo recurso especial en materia de contratación”.

En el nº 80, de enero de 2009, de D. Miquel Masot Miquel, la que lleva por título “L’Acadèmia de jurisprudència i legislació de Balears”.

En el nº 81, de abril de 2009, de D. Antonio Pérez Ramos, sobre “Los malos tratos, causa de nulidad matrimonial canónica”. En este nº, fuera de las Páginas de la Academia, y en las de Opinión, se publicó un artículo de D. Gabriel Garcías Planas, sobre “Aspectos del anteproyecto de modificación del Código Penal”.

En el nº 82, de julio de 2009, de D. Rafael Perera Mezquida, rubricada “El derecho de rectificación. Una ley anticuada”, y de D. Miquel Masot Miquel, en materia “Els censos i els alous, novament en el punt de mira”.

En el nº 83, de octubre de 2009, de D. Tomás Mir de la Fuente, que trata de “La ley autonómica balear sobre las causas de indignidad sucesoria y de desheredación mirada con buenos ojos”, y de D. Josep María Quintana Petrus “Sobre la possibilitat que la successió contractual sigui també aplicable a l’Illa de Menorca”.

Las elecciones para la renovación de cargos y la inscripción en el Registro de Corporaciones de Derecho público (Academias) de la Comunidad Autónoma de la nueva Junta de gobierno. Que se celebraron el 11 de diciembre de 2008, por expiración del mandato de cuatro años y su prórroga, de los de Presidente, Vicepresidente, Censor, Tesorero, Secretario y Vicesecretario, resultando serlo, en sustitución de los salientes, Srs. Martínez-Piñeiro, Masot, Muñoz, Sitjar, Garcías y Perera, respectivamente, los entrantes Srs. Masot, Sitjar, Monserrat, Cardona, Mir y Aguiló, respectivamente.

La elección de Académico de número para cubrir la vacante causada por fallecimiento de D. Miguel Coll Carreras. Que recayó en D. Josep Maria Quintana Petrus y se produjo el día 11 de diciembre de 2008.

La constitución en el seno de la Academia de dos Comisiones, llamadas de Derecho Privado y de Derecho Público. Y el inicio de sus trabajos, que culminaron, en este Curso, con la elevación a la Comisión Asesora de Derecho civil del Govern Balear, de una propuesta, en relación con la “incidencia en el Derecho civil balear de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, estatal, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, a partir de un estudio de D. Miquel Masot, y la preparación de otra, sobre “el sistema legitimario balear”, sobre la base de un estudio de D. Jaime Ferrer, que se decidirá en breve; y la asunción del compromiso de realizar estudios, para ser publicados en los sucesivos nºs del Boletín de la Academia, sobre el Estatuto de Autonomía reformado y la jurisprudencia más relevante, sobre todo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

El fallo del Jurado del VI Premio Luis Pascual González, declarándolo desierto. Y la convocatoria del VII.

La iniciativa o participación en actos sociales relacionados con las actividades académicas, tales como:

1. La comida ofrecida el 16 de febrero de 2008 al Presidente saliente D. Eduardo Martínez-Piñeiro, en la que el Presidente entrante, en nombre de la Academia, y los asistentes, le agradecieron su dedicación y esfuerzos, en el desempeño del cargo (en el que, entre otros éxitos, logró que la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares fuese admitida por el Instituto de España, como Academia Asociada), y se le hizo entrega de un recuerdo.

2. La asistencia del Presidente y otros académicos a la presentación de dos n^{os} de la Revista Jurídica de les Illes Balears (de la que es, en virtud de Convenio de 23 de julio de 2002, institución colaboradora, con representación en su Consejo de redacción, y de la que es el Director el Académico de número D. Félix Pons Irazazábal).

Fue el día 14 de junio de 2009, la del n^o 6, monográfico sobre la reforma del Estatuto de autonomía de las Illes Balears, en el que D. Félix Pons, como Abogado, firma un artículo sobre “Els consells insulars com a institucions de la Comunitat Autònoma”, y D. Miquel Masot, como Magistrado, en la Sección fija de Jurisprudencia de Dret Civil Balear, comenta las sentencias 1/2007, de 5 de febrero, de la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia (sobre règim legal de separació de béns. Inaplicació quan els cònjuges han creat una aparence de societat a guanys. Incidència de la teoria dels actes propis. Responsabilitat ultra vires del cònjuge no deutor quan s’ha liquitat la societat a guanys sense haver formulat degudament l’inventari), y 98/2007, de 14 de marzo de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sobre servitud de pas. Plantejament de la qüestió de si podria ser suficient la possessió de 10 o 20 anys segons es tracti de presents o absents. Suficiència d’aquesta possessió abans de la entrada en vigor del Codi civil perquè operi la prescripció immemorial).

El día 7 de julio de 2009, se presentó el n^o 7, donde en la citada Sección fija, D. Miquel Masot comenta el auto del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008 (sobre competència de la Sala Civil i Penal de TSJB per el coneixament del recurs de cassació. La determina tan sols la infracció d’un precepte foral ancara que no resulti acreditada la seva relació amb l’objecte del plet. Efectes condicionants de l’admissió inicial del recurs); el auto de 21 de mayo de 2008 de la Sala Civil y Penal del TSJB (Inadmissió de recurs de cassació pel fet de ser la quantia inferior a 150.000 euros. Impossibilitat de sumar les quanties de la demanda i de la reconvecció per superar aquesta quantitat): la sentencia de la secció 3^a de la Audiencia Provincial n^o 360/2007 de 2 de octubre (sobre parament de la llar. La presumpció de copropietat

d'ambdós cònjuges de l'art. 3.3 de la Compilació) y de la secció 5^a n° 353/2007, de 20 de setembre (sobre Redempció d'alous. Valor de la finca. Inclusió del valor nou resultant de les qualificacions urbanístiques. Moment al que s'ha de referir la valoració). Y D. Josep Maria Quintana Petrus, a la sazón ya académico electo, y como Registrador de la Propiedad (y con la autoridad de haber sido autor del primer libro sobre el Estatuto de Autonomía), en la sección de Libros, comenta el titulado "Comentaris a l'estatut d'autonomia de les Illes Balears", de Autores Varios, entre ellos D. Félix Pons, y dirigida por D. Avelino Blascos Esteve, Catedrático de Derecho Administrativo, editado por CIVITAS, con el apoyo institucional del Parlamento de las Illes Balears.

IV.- DERECHO CIVIL DE MALLORCA

Fèlix Pons i Marqués

Es un orgullo y una satisfacción para la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears poner a disposición del lector interesado en temas jurídicos –y, particularmente, en el Derecho civil propio– un testimonio de excepcional interés: el magnífico trabajo que en el año 1950 publicó D. Félix Pons i Marqués en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, en el tomo I de la misma, en el que se recogen los diferentes “Derechos” posibles, habiéndole correspondiendo a aquel Ilustre jurista glosar el tema de “Derecho civil de Mallorca”. Su obra no tiene desperdicio. En ella se hace un estudio histórico de las vicisitudes que se suscitaron en el seno de la Comisión que elaboró el proyecto de Apéndice de 1903 –que con el paso del tiempo dieron lugar al conocido “Voto particular” de Guasp y Socías–, somete a ponderado análisis crítico la actuación de la Comisión, así como también el proyecto de Apéndice elaborado en 1920, dando sobre el mismo –y, en definitiva, sobre nuestras instituciones– su lúcida opinión, que, lógicamente, debe quedar enmarcada en una época cuyos condicionamientos eran tan distintos de la actual.

Antecedentes históricos de su compilación: La Memoria de Ripoll y los trabajos de la primera Comisión redactora del Proyecto de Apéndice. Foralistas y unitaristas: el voto particular de Guasp y Socías y el informe del Colegio de Abogados de Palma. Las fuentes históricas y la recepción del Derecho romano. Texto del Proyecto de Apéndice y estudio crítico del mismo. Necesidad de un criterio realista para fijar la actualidad del Derecho territorial de Mallorca.

“Asombra y entristece, por el daño que significa y la escasa aprensión que presupone, esa antología de estupendos errores servidos, en algunos tratados didácticos, al pío y creyente lector con el sugestivo título de Derecho foral de Mallorca.” Así se expresaban, con inexorable veredicto, los ilustres jurisconsultos mallorquines Manuel Guasp y José Socías, miembros discrepantes de la mayoría de la Comisión especial constituida en la capital de las Islas Baleares en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.º del R.D. de 17 de abril de 1899 y en el de 24 de los mismos mes y año, y especialmente encargada de redactar un proyecto de Ley en que se condensasen las instituciones forales del territorio que conviniese conservar. Y aunque los escasos antecedentes que poseemos, concretamente reducidos en las actas del Ilustre Colegio de Abogados que reflejan las no siempre suaves discusiones del proyecto de Apéndice foral, al texto oficial de éste en sus dos sucesivas redacciones y a la exposición de motivos de la Comisión redactora y voto particular de sus dos miembros antes nombrados, no permiten conocer con exactitud y detalle la historia anecdótica de aquella excelente y malograda ocasión de fijar y desbrozar la entraña viva de las instituciones peculiares de las Islas, cabe afirmar sin grave riesgo que, sea cual fuese el blanco hacia donde disparaban Guasp y Socías en su terrible invectiva, bien fuese cualquier tratado general de Derecho civil con ribetes de *summa iuris*, bien el gris opúsculo, sucesivamente corregido e inexplicablemente aumentado del notario don Matías Mascaró, era entonces y sigue siendo ahora una triste verdad la carencia de un solo trabajo digno de tal nombre que, con aplicación de la norma técnica jurídica, compendie y señale con riguroso realismo y ausencia de prejuicios el perfil, contenido y dimensiones de las instituciones civiles peculiares que, al margen o contra el Derecho común, alientan en el cuerpo social de la región.

Si hemos dicho que la excelente ocasión brindada por el poder público a los juristas baleares para señalar con vigor de actualidad el repertorio real de sus instituciones civiles propias se malogró en 1903, en 1916 y en 1921 (épocas en que respectivamente tuvieron lugar la motivación y redacción del Proyecto de Apéndice, la publicación del voto particular de Guasp y Socías y el informe del Colegio de Abogados, acompañado del Proyecto definitivo

aprobado por la corporación), ello no significa que hallemos las causas del fracaso en cualquier supuesto de incompetencia de quienes con probado entusiasmo y desde diferentes puntos de vista acreditaron por el contrario sobrados méritos, conocimientos profundos e insobornable buena voluntad. Formaban la Comisión encargada de elaborar el Apéndice, aparte de los ya nombrados señores Guasp y Socías, hombres como Pedro Ripoll, Enrique Sureda, Miguel Ignacio Font y Pedro Sampol, cuyo solo recuerdo sigue siendo, después de varios lustros, elevado ejemplo y profundo estímulo de prudencia, sabiduría y nobleza de ánimo, y formaban en las filas del Colegio de Abogados, presidido al discutirse el Proyecto de Apéndice por Ramón Obrador, figuras tan brillantes y todavía actuales en el foro mallorquín como las de Rosselló, Muntaner y Bonet. No faltaron, pues, inteligencias ni conocimientos para cimentar y llevar a término una labor tan conveniente y aun necesaria como la emprendida, máxime cuando tal necesidad fué siempre comprendida por todos, pudiendo decirse que la elevación de miras y el deseo de eficacia fué el único denominador común de quienes en lo restante pronto se mostraron escindidos en dos bandos irreductiblemente dispares que lucharon hasta el fin, sin tregua ni transacción, por el triunfo exclusivo de sus respectivos puntos de vista.

Pero ese aspecto de lucha y bandería, evidente para cualquier cronista imparcial de las vicisitudes que nutrieron el intento de fraguar una compilación de los fueros baleares, no fué tanto una causa del fracaso como una consecuencia del estado de ánimo que presidió la obra conjunta de estudio y elaboración del Apéndice, estado de ánimo que consistió principalmente, en ausencia unánime de toda intención menos elevada, en desenfocar el objetivo de la misión a cumplir, trasladando de esta manera el punto de mira a terrenos y campos muy alejados de la verdadera perspectiva; y así, en vez de señalarse en el lienzo con crudo realismo de fotografía, si se nos permite la expresión, la imagen verdadera, hermosa o fea, estimable o ingrata, pero exacta al fin de aquellas instituciones civiles, pocas o muchas, fuertes o endebles, que pudieran componer y de hecho componían el repertorio del actual Derecho civil propio, se prefirió desde uno y otro bando perfilar con pinceles de artista un hermoso cuadro de los más variados y armoniosos colores, cuadro cuyo motivo había de ser, según unos, romántica reconstrucción de castillos medievales con iluminadas miniaturas de códice gótico y, según otros, estampa unicolor del progreso y la unidad.

Pero de lo que realmente se trataba no era de resucitar, inyectándoles artificialmente en el cuerpo social, el estilo y vigencia de antiguas pragmáticas, fueros y privilegios, ni de crear o re-crear, si se quiere, un cuerpo autóctono y completo de leyes civiles regionales con la sola justificación de su cualidad de fenómenos históricos, como pareció ser el designio de los

llamados foralistas a ultranza; ni tampoco era puramente deseable y eficaz aprovechar la ocasión para desembarazar la práctica del Derecho civil de toda diversidad o complicación derivadas de la coexistencia de opuestos principios y normas en aras a una tendencia unitarista y simplificadora que por sí misma no era ni podía ser un fin, como erróneamente pudieron creer los que en el opuesto bando abogaban por una derogación fulminante o poco menos de todo lo propio y por una aceptación apenas sin reservas del Código civil.

Ejemplos claros de la desenfocada visión con que se inició y siguió la labor compiladora los hallamos frecuentes en los textos oficiales en que quedó fijado el parecer de unos y otros. Así, la mayoría de la Comisión redactora del Apéndice en su exposición de motivos no se limita a consignar, por más que fuese ocioso el hacerlo, la obligada vigencia de los títulos preliminar y IV del Código civil, sino que con mayor “generosidad” acepta todo el contenido de los libros I y II, como si realmente hubiese estado en sus manos acoger o rechazar, por su bondad o desacierto, unos u otros tratados del Código castellano. Otro ejemplo de lo dicho nos suministra la Comisión al tratar de los derechos del cónyuge viudo: “objeto de madura reflexión ha sido lo referente a los derechos del cónyuge viudo, habiéndose decidido la Comisión por aceptar de una manera resuelta lo establecido en punto a esta materia por el Código civil.” De esta forma, con perspicaz y elevado criterio jurídico, pero perdiendo de vista el limitado ámbito de la misión encomendada, los redactores del Proyecto de Apéndice iban ejercitando un derecho de opción entre la legislación común y el Corpus Iuris o entre aquélla y la costumbre y la práctica insulares, como si realmente se tratase de dilucidar en forma plebiscitaria la preferencia y gusto de los moradores de Baleares por una u otra norma. Evidentemente no era esto lo que los Reales Decretos de 1899 habían dispuesto, ni sus precedentes de 2 y 16 de febrero de 1880, en cumplimiento de los cuales había colocado la primera y angular piedra para el edificio de la compilación el eximio jurisconsulto Pedro Ripoll y Palou, al componer su Memoria sobre las Instituciones del Derecho civil de las Baleares en diciembre del mismo año, y es notorio que Ripoll, sumado años después al ambicioso designio de la Comisión redactora del Apéndice, no estuvo en un principio imbuído de prejuicios, pues describió sencillamente su misión (véase Memoria citada) como “el deber de redactar una memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral vigente en ellas (las Islas Baleares), que por su vital importancia sea indispensable introducir como excepción en el futuro Código civil”, precisando más tarde que esas instituciones indispensables son sólo aquellas “cuya desaparición causaría gravísimo trastorno”, pues, como añade luego, “hay instituciones tan encarnadas en nuestra vida y elementos familiares tan fecundos en armonía y moralidad, que lejos de poder abandonarse, deben

sostenerse con entusiasmo y salvarse con la misma resolución con que se salva toda necesidad social y de conveniencia pública”. Es lástima grande que tan serena y exacta visión del problema como la reflejada en las palabras de Ripoll, escritas además en época anterior a la codificación del Derecho común y por tanto más abonada a la construcción arbitrista de esquemas particulares, no tuviera eco en el seno de la Comisión redactora del Proyecto de Apéndice que pudo y debió contar con una orientación tan ineludible como la que emanaba del artículo 13 del Código, apenas salido entonces de la imprenta de “La Gaceta”.

Que el artículo 13 sea un acierto o un desafuero, una solución o una fuente de conflictos, es cosa harto discutible, y ciertamente no es el autor de estas líneas el llamado ahora a sentar una valoración crítica de su contenido; pero lo evidente es que aquel precepto, bueno o malo, sentaba con fuerza de ley el principio general de la vigencia del Código en las Islas Baleares como fuente directa de Derecho civil, y relegaba al rango de excepciones, limitándolas por naturaleza, las disposiciones forales o consuetudinarias actualmente vigentes en los territorios nombrados. En presencia del artículo 13, y fuesen cuales fuesen los términos más o menos precisos empleados en la redacción de los Reales Decretos de abril de 1899, cualquier tarea útil encaminada a compilar las instituciones forales y consuetudinarias había de prescindir de todo criterio comparativo y crítico de éstas con las normas codificadas, porque el poder público no había preguntado a los moradores de Baleares si preferían regirse por el Código o por sus instituciones peculiares, sino que, por el contrario, estaba ordenada la entrada en vigor del nuevo cuerpo legal, dejando a salvo aquellas normas escritas o consuetudinarias que reuniesen los siguientes requisitos: a) Ser opuestas al contenido del Código civil; y b) Estar vigentes “actualmente”, referida esta actualidad al momento de la promulgación del Código.

Creemos que en presencia de estas dos reglas prácticas e ineludibles, la labor de la Comisión redactora del Apéndice no podía ser otra que la de desbrozar y señalar cuáles fuesen las normas peculiares cuyo sentido pugnase abiertamente con la orientación filosófica y con la literalidad manifiesta del Código civil, y luego constatar serenamente por todos los medios de experimentación que no habían de faltar, cuales entre aquellas normas peculiares conservaban vida y calor en el ámbito familiar y social del territorio, o sea según la certera frase de Ripoll, aquellas “cuya desaparición causaría gravísimo trastorno”, no ciertamente por ser mejores que las del Código, sino por tener vida y sanidad indiscutidas, que ya era razón bastante para conservarlas incluso para los autores del artículo 13, quienes, sin ser sospechosos de sentir veneración por el fuero, sólo exigían de éste para revalidarlo fe auténtica de vida y no certificado de buena conducta. No se

puede olvidar, haciendo aplicación al tema de principios generales, que el Derecho civil constituye el estrato más íntimo y profundo de toda sociedad jurídicamente organizada y que, por consiguiente, siendo varios los climas, las razas, las lenguas, la geografía y las costumbres, cabe dentro del orden civilizado y cristiano, sin romper su unidad espiritual, la más amplia variedad de instituciones civiles; y la norma jurídica rectora de unas relaciones familiares o sucesorias que es recibida y vivida como justa en un país, puede producir estragos y fomentar la decadencia social en otro. Toda posición dogmática en la materia es, pues, peligrosa y no lo fué la del artículo 13 del Código civil, siendo por demás paradójico que la extremada rigidez, que los autores del Código rechazaban seguramente por injusta, la adoptasen los juristas baleares al intentar rechazar la vigencia del Código, no apoyándose en la vitalidad actual de una norma contraria existente en la región, sino en la mayor perfección de ésta sobre la común.

Como no podía por menos de suceder, al desviarse en buena parte de su verdadero cometido la Comisión redactora del Apéndice, hubo de seguir su órbita la reacción de quienes, situados en el extremo contrario, deseaban lealmente la recepción pura y simple del Código civil, reacción condensada en el voto particular emitido por los jurisconsultos Guasp y Socías. Sus autores, con estilo lleno de sobria galanura, adornado de brillantes y severas metáforas, atacaron sin piedad en el fondo y con aguda intención en la forma el texto de la Comisión, y si es permitido señalar que alguna vez incidieron en notoria exageración en la apasionada defensa de su punto de vista, obligado es reconocer que supieron señalar con certera dialéctica los defectos básicos del texto mayoritario, y justo recordar que fueron los primeros en acusar a la Comisión del pecado de extravío al que hemos venido aludiendo hasta ahora. “Concretar en forma sintética los fragmentos de nuestras instituciones forales supervivientes –dice el voto particular– no como fueron, ni como debieran ser, sino como son en la actualidad, fué, según el Real Decreto del 24 de abril de 1899, el encargo que recibió esta Comisión.” Y añade más adelante: “Calcarlas en preceptos sintéticos, desbrozadas de las que no convenga conservar, ha debido ser la exclusiva porfía de la Comisión: no refleja ciertamente tal propósito el Apéndice foral de esta región al fijar con mínima expresión nuestras especialidades jurídicas, retocándolas, mejorándolas y adaptándolas al progreso científico, a trueque de alejarse del cometido impuesto y de ofrecernos la justificación de nuestro voto particular.” Y no dejaban de señalar tampoco los ilustres autores de éste la fuerza material incontrastable que emanaba del artículo 13 del Código civil, cuya importancia a efectos de señalar la verdadera composición de lugar de la cuestión puesieron de relieve Guasp y Socías en estos crudos términos: “Nuestro casi yermo campo foral está perturbado por las temeridades denunciadas y asolado por la irrupción uniformista que

alienta el Código al introducirse por los espacios francos que a su señorío y merced deja el artículo 13: para no invadirlos se requiere la previa y probada ocupación en cada caso de las disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes.”

Pero los autores del voto particular no se detuvieron en el justo centro de la contemplación serena del estado de cosas creado irremediamente por la promulgación del artículo 13, sino que con tristeza y pesimismo tal vez no del todo sinceros estimaron que lo que procedía era la rendición incondicional con todas las armas de la heráldica medieval y todos los bagajes apergaminados de pragmáticas y fueros, a lo que ellos llaman “la fascinación del ejemplo europeo”. He aquí sus palabras, nubladas al parecer de profunda melancolía: “Contrapuestas y en lucha tan desigual ambas legislaciones, no es aventurado vaticinar cuál de ellas es la llamada a sucumbir: el Derecho escrito, metodizado y codificado, que goza de la libre franquicia de introducción, salvo prueba en contra, arrolla unas instituciones y lentamente corroe y extirpa al fin otras, enlazándose con ellas para mutilarlas antes, y después suplantarlas.” No debía ser, sin embargo, muy profunda la desolación que tan lúgubre panorama produjera en el ánimo de los autores del voto particular desde el momento en que, teniendo a la vista y al alcance de la mano el único remedio eficaz contra el profetizado colapso del fuero, lo rechazaban en términos harto expresivos condenando el Apéndice como favorecedor de “la petrificación perdurable de la consuetud foral en condiciones inaceptables”. Pero si tal era el efecto probable y pernicioso de la promulgación del Apéndice, no era menor el estrago que, según Guasp y Socías, sobrevendría por el mantenimiento del statu quo, ocasionando irremisiblemente la lenta absorción de la escasa legislación mallorquina; de donde se deduce que, por eliminación sucesiva de toda solución, los autores del voto, no desasistidos por un sector de opinión, anhelaban en el fondo la anexión del territorio balear al espacio vital del Código civil.

Aguda fué la réplica que al supuesto argumento de la petrificación del Derecho foral formuló el Ilustre Colegio de Abogados de Palma de Mallorca en el informe de 2 de junio de 1921, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de 11 de mayo de 1888: “Al decir Apéndice –afirmaban los letrados mallorquines–, entendemos que sea lugar apropiado para la evolución de nuestro Derecho, no esa temida cripta en que se supone que el fuero ha de morir, o petrificarse al menos imposibilitado de todo cambio. ¿Por qué ese temor? ¿Es qué el radio de acción del poder legislativo no alcanza también a las regiones forales? ¿No es perfectamente posible que ese poder, formado por elementos de toda procedencia y en que hay numerosos representantes de dichas comarcas, oiga de éstas la voz y atienda sus justas aspiraciones de mejora? Solo fuera menester crear un organismo regional –colegios de

abogados, de notarios, etc., ya se vería cómo formarlo— encargado de recoger la ola de opinión en que se condensaran los estados consuetudinarios y las aspiraciones legítimas de mejora, para transmitirla al legislador en su lugar y caso. El fuero es una ley como otra cualquiera, que debe estar adornada de cuantos requisitos esenciales integran todas las otras. ¿Y se concibe siquiera una ley irreformable? Aunque colocada modestamente en un apéndice, evolucionará siempre que lo demande la dinámica del Derecho; pero, eso sí, sin que la reforma haya de consistir precisamente, forzosamente, en la substitución del fuero por su similar de la ley común, porque tanto valdría decretar la muerte del primero. Ha de evolucionar, dentro de su espíritu. Aparte de que no son las mudanzas cosa frecuente ni apetecible en lo civil. Perduran siglos las Partidas, y hoy mismo el flamante Código no llega a su necesaria y predicha revisión, a pesar de sus notorios errores, lagunas y deficiencias.” No puede negarse que la retorsión dialéctica del Colegio de Abogados daba certeramente en el blanco, pues si los autores del Código civil, no obstante el empaque y trascendencia de su obra, habían previsto su propia falibilidad y la fatal evolución del Derecho a través del tiempo declarando a priori revisable periódicamente la nueva ordenación, por las mismas razones nadie podía abrigar fundado temor de que las compilaciones forales, de igual rango legislativo que el Código en las materias por ellas abarcadas, hubiesen de quedar perpetuamente cerradas con siete llaves para consumirse en una paulatina momificación. Por otra parte, el informe del Colegio, fruto de una mayoría decididamente entusiasta del fuero y coincidente en lo substancial con el dictamen de la Comisión preparatoria del Proyecto de Apéndice, incurre en sus mismas desviaciones, especialmente por lo que se refiere a las desorbitadas comparaciones críticas entre las instituciones del Derecho común y las peculiares del territorio, llegando el celo apologético hasta la pretendida demostración de una superioridad no ya respecto del Código, sino incluso sobre otras normas institucionales de Derecho foral.

A la vista de tales circunstancias, modificada profundamente la primitiva orden del día tan claramente señalada por Ripoll en su primera Memoria y abierto en su lugar un debate, de gran altura, desde luego, dada la calidad de los contendientes, entre partidarios del fuero y adictos de la unificación, a nadie puede extrañar que quedase por hacer la verdadera tarea impuesta de selección y autodeterminación de las peculiaridades civiles vigentes en el territorio balear. Desde el momento en que el artículo 13 del Código civil no fué unánime y previamente aceptado como único cauce y lindero del camino a seguir, estaba escrito que las aguas se desviarían irremisiblemente de su curso, pues aquel precepto fué mirado por unos como muralla que había de ser tomada al asalto y reducida a polvo, y por otros como espada mortífera clavada en el caduco corazón del fuero.

No fué inútil, sin embargo, ni muchísimo menos, el ingente trabajo consumado por los juristas baleares en el largo período transcurrido desde que Pedro Ripoll escribiera el 1880 su luminosa Memoria hasta 1921, en que el Colegio de Abogados mallorquín aprobó definitivamente el proyecto de Apéndice, cuyo texto, salvo en el tratado de la sucesión intestada y algunas supresiones y retoques acertados, no difiere substancialmente del dictamen elaborado en 1903 por la mayoría de la Comisión redactora, ni éste a su vez del primitivo esbozo articulado por Ripoll en su Memoria. Por tratarse del único intento serio, oficial o particular hecho hasta ahora para la compilación del Derecho civil de Mallorca, y para facilitar la lectura del comentario crítico que más adelante suscitará, transcribimos a continuación el texto literal del Proyecto:

TÍTULO I

Del Estatge

Artículo 1.º- Puede conferirse a una persona por acto entre vivos o por disposición de última voluntad el derecho de utilizar las habitaciones, piezas o dependencias comunes de una casa o edificio, y de las demás las necesarias para su uso particular, sirviéndose de unas y otras según su propio destino, sin perjuicio del derecho más amplio del propietario o del usufructuario.

Artículo 2.º- Este derecho se conoce en este territorio con el nombre de “estatge”.

Artículo 3.º- El “estatge” es personal de aquel o aquellos a favor de los cuales se establece, sin que pueda ser traspasado en ninguna forma a terceras personas. El que lo disfrute no viene obligado a contribuir en parte alguna a los gastos de conservación de la finca, ni al pago de sus contribuciones.

TÍTULO II

De las donaciones

Artículo 4.º- La donación podrá comprender todos los bienes así presentes como futuros del donante, o parte de ellos, siempre que éste se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.

Artículo 5.º- Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos bienes o de alguna cantidad con cargo a lo donado, pero si falleciese

sin haber hecho uso de ella pertenecerán al donatario los bienes o cantidades reservadas.

Artículo 6.º- En las donaciones universales pueden consignarse en el acto de hacerlas toda clase de substituciones, reservas, pactos y condiciones que no sean contrarias al derecho, a la moral o a las buenas costumbres.

Artículo 7.º- Las donaciones universales, por más que contengan disposiciones de carácter sucesorio y se hagan para después de la muerte del donante o de la de su consorte, son siempre irrevocables.

Artículo 8.º- Cuando haciendo uso de la facultad que concede el artículo 640 del Código civil y el 29 de este Apéndice, se donase a una persona la propiedad y el usufructo a otra u otras, sucesivamente, los llamamientos no podrán extenderse a más del cuarto grado.

Artículo 9.º- A igual limitación queda sujeta la reversión que en favor de personas distintas del donador se pactase en la donación para cualquier caso o circunstancia.

Artículo 10.- El donatario universal de bienes presentes y futuros tiene el carácter de heredero del donante y bajo este concepto debe sostener los derechos activos y pasivos de su herencia, aun en el caso de que exista un sucesor testamentario del mismo respecto de alguna porción de bienes reservada en la donación. Ésta será título suficiente para promover el juicio de testamentaría del donante.

TÍTULO III

De la sucesión testada

Sección I.ª

De los testamentos en general

Artículo 11.- Todo testamento para ser válido deberá contener institución de heredero. Ésta comprenderá la universalidad de bienes, o sea los presentes y futuros del testador.

Artículo 12.- Pueden ordenarse codicilos que deberán otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos.

Artículo 13.- La institución y substitución de heredero directo y la desheredación no podrán hacerse en codicilo, sino necesariamente en testamento.

Podrá, no obstante, en el codicilo expresarse el nombre de heredero o

herederos y determinarse la porción hereditaria en que cada uno de ellos deba entenderse instituido.

Artículo 14.- Las substitutiones fideicomisarias, los legados y demás disposiciones por causa de muerte, con excepción de las que se mencionan en el primer apartado del artículo que precede, podrán ordenarse en testamento o codicilo indistintamente.

Artículo 15.- El testamento podrá contener la cláusula de que si no pudiera valer como tal, valga por codicilo o por cualquier especie de última voluntad.

Artículo 16.- Cuando un testamento tenga defectos que no sean de los que produzcan su nulidad, si contiene la cláusula permitida a tenor del artículo anterior, valdrá como codicilo y la institución de heredero subsistirá con fuerza de fideicomiso.

En este caso el heredero está obligado al cumplimiento de los legados y de todo aquello que se disponga en el testamento y no sea privativo de esta especie de disposiciones de última voluntad a tenor de lo preceptuado en este Apéndice.

Artículo 17.- El heredero gravado con legados tiene derecho a detraer la cuarta falcidia.

Artículo 18.- Los hijos puestos en el testamento bajo una simple condición, diciendo “si mi heredero fallece sin hijos, mi herencia pasará a otra persona”, no se entienden substitutos del heredero llamados por el testador, pudiendo aquél, en caso de tenerlos, disponer libremente de la herencia; pero si la condición fuese doble, expresando “si mi heredero fallece sin hijos, y sus hijos sin hijos, en tal caso pase la herencia a otro” se reputan substitutos del heredero, llamados como tales, y entran en su caso al disfrute de la herencia.

Artículo 19.- El testador o el donante pueden facultar al heredero usufructuario o a quien se dé el usufructo para disponer de los bienes dejados o donados, de parte determinada de ellos, o de los que conserven a su muerte, a favor de uno o varios parientes determinados de unos o de otros, en la extensión y forma que tengan por conveniente; igualmente pueden imponer al heredero o donatario que tenga los bienes en plena propiedad la obligación de disponer de los expresados bienes a favor de los parientes antes indicados.

Si el heredero o donatario dejaren de usar la facultad concedida o de cumplir la obligación impuesta, por no poder o no querer, y no estuviese previsto el caso en el testamento o donación, se entenderán herederos o

donatarios los parientes más próximos en grado del causante de entre los designados por éste.

El testamento en que se use de dicha facultad o se cumpla la obligación expresada será revocable, pudiendo hacerse la designación cuantas veces quisiere el heredero o donatario.

Artículo 20.- Cuando el testador dispusiese del todo o parte de sus bienes para sufragios u obras pias o benéficas, haciéndolo de una manera indeterminada sin especificar su aplicación, los administradores nombrados estarán facultados para dar a dichos bienes o a su valor el destino que estimaren conveniente dentro del fin de la prescripción testamentaria.

Pero si mediase designación expresa, tanto por escrito como de palabra, los administradores se atemperarán a ella en el cumplimiento del encargo recibido.

Sección 2.^a

De la substitución fideicomisaria

Artículo 21.- Las substituciones fideicomisarias hasta el cuarto grado son válidas.

Artículo 22.- Podrán instituirse a título de herencia, de legado y por vía de donación y comprender el todo o parte de los bienes del que las ordene, a excepción de los que constituyan la legítima de los herederos forzosos.

Artículo 23.- El heredero fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, con las deducciones que correspondan por gastos, legítimas, créditos y mejoras, salvo el caso en que el que hubiese ordenado la substitución haya dispuesto otra cosa.

De la propia manera podrá deducir la cuarta trebeliánica si hubiese recibido inventario dentro del término legal, sin perjuicio de detraer también la legítima si fuere persona que tuviese derecho a ella.

Artículo 24.- El fideicomisario no podrá entrar en la posesión del haber objeto de la substitución sin que haya precedido la correspondiente liquidación del mismo, y el heredero gravado disfrutará del beneficio de retención de todos los bienes hasta tanto le sean abonados los créditos que a tenor de aquélla y arregladamente a los dos artículos que preceden le correspondan.

Artículo 25.- El heredero fideicomisario que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus sucesores.

Artículo 26.- La nulidad de la substitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento:

sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Artículo 27.- El poseedor de un fideicomiso podrá enajenar bienes de los comprendidos en la substitución para destinar el precio que obtenga al pago de deudas del fideicomitente.

Artículo 28.- Si se sujetasen a la substitución fideicomisaria solamente los bienes que quedasen al heredero fiduciario el día de su muerte, podrá éste disponer de las tres cuartas partes de los que constituyan la substitución, debiendo restituir en todo caso al fideicomisario otra cuarta parte.

Artículo 29.- La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia en propiedad y a otra el usufructo, será válida. Si llamase al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, no podrá extender los llamamientos a más del cuarto grado.

Artículo 30.- Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiera sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada sin que cese el gravamen, mientras que la inscripción de éste no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero o los administradores que al efecto se hubiesen designado en el testamento, podrán capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca, sin intervención ni audiencia de autoridad ni funcionario algunos.

Sección 3.^a

De las legítimas

Artículo 31.- La porción legítima se debe:

1.º A los descendientes del testador que tuviesen derecho a heredarle en primer lugar, abintestato.

2.º En defecto de los anteriores a los padres y ascendientes que estuviesen llamados a la sucesión abintestato de sus hijos y descendientes.

3.º Al viudo o viuda en los casos y cuotas en que les es reconocida en el Código civil y en éste Apéndice.

Artículo 32.- Constituye la legítima de los descendientes la tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre si aquéllos fuesen

cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excediesen de este número, contándose los hijos por cabezas y los demás descendientes por estirpes.

Las dos terceras partes o la mitad restantes, según los casos, serán de libre disposición.

Artículo 33.- Constituye la legítima de los ascendientes la tercera parte de lo que a ellos hubiese correspondido en caso de haber fallecido el descendiente abintestato.

Artículo 34.- En el caso de que el testador señale la legítima en dinero, al igual que si así conviniesen en cubrirla heredero y legitimante, se entenderá aquella satisfecha con bienes hereditarios.

Artículo 35.- Los hijos que hayan salido legalmente de la potestad de sus padres pueden otorgar a favor de éstos el finiquito de sus legítimas y derechos hereditarios. Si se otorgasen por mujer casada será precisa la intervención del marido.

Artículo 36.- En el territorio balear no rige la institución que el Derecho común llama mejoras.

Sección 4.^a

De los derechos del cónyuge viudo

Artículo 37.- Los derechos del cónyuge viudo se regulan por las disposiciones del Derecho común.

Artículo 38.- Mientras en el Código civil no se extiendan los derechos del cónyuge viudo a los casos de fallecimiento abintestato del cónyuge premuerto dejando descendientes o ascendientes, tendrá la viuda a su favor en estos casos el derecho a la cuarta marital conforme se establece en los artículos siguientes.

Artículo 39.- La viuda pobre e indotada de marido rico adquiere una parte de los bienes del difunto.

Artículo 40.- Si la viuda que estuviese en dichas condiciones concurre a la sucesión con más de tres hijos de su marido, de cualquier matrimonio que fueren, la parte que le corresponde es igual a la de cada uno de ellos.

Cuando concurra con tres hijos o menos, o con otros parientes del marido cualquiera que sea su número, o con los extraños, percibirá la cuarta parte de los bienes.

Artículo 41.- Si la mujer no tuviese hijos habidos en su matrimonio con el causante, adquirirá en propiedad la porción que le corresponde a tenor de lo dispuesto en el artículo precedente.

Si los tuviere, la adquirirá tan solamente en usufructo con la obligación de reservar la propiedad en favor de los mismos.

Artículo 42.- El cónyuge que contrae segundas nupcias teniendo hijos, u otros descendientes habidos en las primeras, no puede favorecer a su consorte, directa ni indirectamente, en acto entre vivos o de última voluntad, sino en cantidad que no exceda de lo que deje al hijo menos favorecido del primer matrimonio o en su representación al nieto o nietos.

Si lo hiciere, el exceso debe pasar por partes iguales a los hijos o nietos, en su caso, habidos en el anterior matrimonio.

Sección 5.^a

De los derechos de los hijos ilegítimos

Artículo 43.- En la sucesión testamentaria, los hijos naturales solamente tendrán derecho a alimentos reclamables a los herederos del padre.

Artículo 44.- Los hijos naturales y sus descendientes se equiparan a los legítimos en cuanto a la sucesión de la madre y parientes de ésta.

Artículo 45.- Los derechos de los demás hijos ilegítimos se regulan por las disposiciones del Derecho común.

TÍTULO IV

De la sucesión intestada

Artículo 46.- La sucesión intestada se rige en el territorio balear por el Derecho romano justiniano, con las únicas modificaciones de que, después de los parientes colaterales de cuarto grado civil, y antes de los del quinto, son llamados: en primer lugar, los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, a la totalidad de la herencia, respecto a la sucesión del padre, y en segundo lugar el cónyuge sobreviviente no divorciado; y la de que, después de los colaterales del décimo grado, entra el Estado, en la forma que determina el Código civil.

TÍTULO V

Del derecho de acrecer

Artículo 47.- El derecho de acrecer tiene lugar cuando dos o más son llamados a una misma herencia y uno de ellos renuncia su parte o es

incapaz de recibirla, o fallece, en las sucesiones testamentarias, antes que el testador.

Artículo 48.- En las sucesiones legítimas y testamentarias, la parte vacante de la herencia acrecerá siempre a los coherederos, salvo, respecto de las primeras, lo dispuesto en el artículo 922 del Código civil, y sin perjuicio, en cuanto a las segundas, de los derechos a la legítima que corresponda a los descendientes del incapacitado, con arreglo a lo prevenido en el artículo 761 del expresado Código.

Artículo 49.- El acrecimiento se verifica de pleno derecho, sin que pueda prohibirlo el testador, quedando obligado el heredero en quien recae por todas las cargas que pesen sobre la porción acrecida.

Artículo 50.- En la sucesión intestada la porción vacante acrece entre los coherederos en proporción a su parte hereditaria.

Artículo 51.- En la sucesión testamentaria cuando todos los herederos están instituídos en una misma cláusula y en partes iguales, la porción del que falta acrece a los demás por igual, pero si las porciones fuesen asignadas desigualmente el acrecimiento será proporcional.

Artículo 52.- Cuando aparezcan varios herederos instituídos en una misma cláusula, la porción del que de ellos falte acrecerá tan sólo a los demás conjuntos con él.

Artículo 53.- Si el que falte estuviere instituído en una cláusula separada que sólo comprendiese su nombre, su porción acrecerá a los demás coherederos.

Para los efectos de la distribución, en este último caso, se entenderá que forman una sola individualidad los conjuntos en una misma cláusula.

Tanto en uno como en otro caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 51 para la distribución de la parte correspondiente a los comprendidos en cada cláusula.

Artículo 54.- Entre los herederos forzosos sólo tendrá lugar el derecho de acrecer respecto de la parte de libre disposición, pero no afectará el acrecimiento a las legítimas mientras por derecho propio o por el de representación haya sucesores a quienes correspondan.

Artículo 55.- Cuando la causa del acrecimiento fuere la repudiación, sucederán en la legítima los herederos forzosos por su propio derecho y no por el de acrecer.

Artículo 56.- Entre los colegatarios sólo tiene lugar el derecho de acrecer cuando el heredero ha de entregarles una misma cosa.

Artículo 57.- La porción vacante acrece por igual o proporcionalmente, según la asignación del legado, a los colegatarios comprendidos en la misma cláusula y con arreglo a las precedentes disposiciones.

Artículo 58.- Cuando el testador hizo designación de partes cesa el derecho de acrecer aun entre los colegatarios comprendidos en la misma cláusula.

Para la distinción de ambos casos se estará a lo dispuesto en el artículo 983 del Código civil.

Artículo 59.- El testador puede prohibir el derecho de acrecer entre los colegatarios, y éstos no están obligados a aceptar la porción acrecida.

Artículo 60.- El derecho de acrecer, en el usufructo, se ajustará a las reglas que imperan en las herencias, extendiéndose sobre la porción vacante cuando el llamado a ella no puede o no quiere aceptarla.

TÍTULO VI

De los bienes de los casados

Sección I.^a

Disposiciones generales

Artículo 61.- La mujer casada puede constituirse fiadora del marido y obligarse con él de mancomún, sin necesidad de renunciar al senadoconsulto veleyano.

Artículo 62.- En el territorio balear no existe sociedad legal entre los cónyuges, ni resultan, por lo mismo, del matrimonio bienes gananciales, salvo si expresamente se estableciese aquélla en capitulaciones matrimoniales.

Artículo 63.- Si el casamiento se contrajese fuera del territorio de las Baleares, entre varón balear y mujer que no lo fuese o varón no balear y mujer nacida en este territorio, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen peculiar del país del cónyuge varón; todo sin perjuicio de lo establecido en el Código civil respecto de los bienes inmuebles.

Sección 2.^a

De la dote

Artículo 64.- Cuando ambos cónyuges conjuntamente constituyesen dote a sus hijas, se pagará por mitad o en la proporción en que los padres se

hubieren obligado, respectivamente, con los bienes propios de cada uno de ellos.

En el caso de que cualquiera de los cónyuges dotase por sí solo, deberá imputarse a sus bienes propios lo que diere o prometiére.

Artículo 65.- El marido puede constituir a la mujer soltera con la cual trate de contraer matrimonio aumento de la dote hasta la cuantía de una cuarta parte de ésta.

Artículo 66.- El viudo seguirá disfrutando el aumento dotal, aun después de fallecida la mujer a quien lo donó, durante toda su vida, sin que mientras tanto puedan reclamarlo los hijos.

Artículo 67.- En el caso de que se hubiese pactado sociedad legal de gananciales, regirán en toda su integridad las disposiciones contenidas en el capítulo III, título III, libro IV, del Código civil, sin las precedentes excepciones.

Sección 3.^a

De los bienes parafernales

Artículo 68.- Los bienes parafernales se rigen en el territorio balear por las disposiciones del Derecho común.

Artículo 69.- Los frutos de los bienes parafernales deben contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. El sobrante de estos frutos queda de propiedad exclusiva de la mujer.

TÍTULO VII

De los censos

Artículo 70.- Además de la forma que reviste el censo reservativo según el artículo 1.607 del Código civil, tiene igual carácter y naturaleza de censo reservativo el que se constituye cuando el dueño útil de un inmueble traspasa este dominio con reserva del derecho de percibir la pensión anual.

Artículo 71.- Para la redención de los censos, si no fuese conocido su capital, se regulará éste por la cantidad que resulte computada la pensión al tres por ciento. En el censo enfiteúutico, sin embargo, se computará la pensión al uno y medio por ciento.

Artículo 72.- Los censualistas al tiempo de otorgar el recibo de cualquier pensión, pueden obligar al censatario a que les dé un resguardo en que

conste haber hecho el pago, y a consignar este resguardo con escritura pública que será de cargo del mismo censalista.

Artículo 73.- La disposición del artículo 1.618 del Código civil no es aplicable a los censos constituídos o que se constituyan en el territorio balear.

Artículo 74.- El capital de toda clase de censos es imprescriptible. La prescripción afecta solamente a las pensiones, que podrán reclamarse con respecto a los últimos veintinueve años y anualidad corriente.

Artículo 75.- La falta de pago de la pensión del censo alodial o enfitéutico no produce el comiso de la finca a favor del dueño directo; éste no tiene más derecho que el de reclamar la pensión o pensiones que le sean debidas, como queda establecido para todos los demás censos en general.

Artículo 76.- Respecto del pago y cobro de los censos ha de estarse al estado posesorio. En su consecuencia, el censatario no puede cesar por su voluntad en el pago de las pensiones bajo el pretexto de que se le justifique el derecho a la percepción u otro cualquiera.

Sin embargo, si el censatario, a pesar del pago que venga efectuando, pretende que se le exima de su obligación por razón de la inexistencia o caducidad de ésta, podrá así reclamarlo en el juicio correspondiente.

Artículo 77.- El estado posesorio se pierde por el trascurso de diez años sin pagarse la pensión. Si el censalista intenta entonces continuar en el ejercicio del cobro del censo y no obtiene la conformidad del censatario, deberá también justificar la existencia de la obligación, cumpliendo tanto respecto a ella como por lo relativo a las pensiones atrasadas lo determinado en el artículo anterior.

Antes de ensayar una posición crítica sobre el conjunto de disposiciones vertidas en el Proyecto de Apéndice que acaba de transcribirse, parece oportuno rememorar y distinguir sus fuentes históricas en breve recorrido, y sin ánimo de sentar criterio técnico alguno, ya que la materia es doblemente ajena a la limitada competencia del autor de estas líneas y al alcance y finalidad de este artículo.

La conquista de Mallorca por el rey Jaime I de Aragón señala el principio de un nuevo orden legislativo, perdurado y ampliado durante todo el tiempo que el territorio insular se gobernó como reino independiente y en sus sucesivas incorporaciones al Reino de Aragón y más tarde al de Castilla, hasta la publicación en 1715 del Decreto de Nueva Planta que, al decapitar toda potestad legislativa regional, inició la tendencia centralizadora y unificadora, apenas ininterrumpida en su creciente progresión hasta nuestros días.

Conocida es la controversia enconadamente seguida y no definitivamente resuelta acerca de si los insulares, al mismo tiempo que usaron desde la conquista las libertades, franquezas y privilegios emanados del poder real, rigiéronse también por los Usatges y las constituciones de Cataluña; mas, aun cuando es históricamente cierto que el rey Pedro III ordenó en 22 de julio de 1365 que, siendo los pobladores de la Isla de Mallorca tenidos y reputados como catalanes hasta el punto de poder desempeñar los oficios o beneficios que sólo podían tener los naturales del Principado, habían de observar también las constituciones generales de Cataluña y los privilegios y usatges de la ciudad de Barcelona, no parece que tal momento legal de amplificación de la cosoberanía ciudadana llegase a señalar la vigencia efectiva del Derecho civil catalán en las Islas Baleares; por lo menos, según Ripoll (véase Memoria cit.), “no hay memoria de ningún documento antiguo que dé razón de que en ninguna época se hayan arreglado las contiendas ni se hayan sujetado los actos civiles de los habitantes de este territorio a aquellas constituciones y privilegios”. Y el hecho de que un autor tan ilustre y ponderado como Castán recoja con implícita aprobación la cita de Ripoll, añade extraordinario valor a la opinión negativa de éste.

Parece, en cambio, fuera de duda que el inmenso vacío de legislación civil observado en el Reino de Mallorca, pues las libertades y franquezas concedidas por sus reyes se referían principalmente al orden municipal, administrativo, penal y procesal, fué llenado con la recepción de los Derechos canónico y romano, cuya asimilación hubo de favorecer sin duda la privilegiada posición geográfica de las Islas y el floreciente comercio material e intelectual que su ingreso en la civilización cristiana y europea dió por resultado.

Sea como fuere, es lo cierto que en una compilación confeccionada (“con especial cuidado”, según Ripoll) en 1622, de orden de los jurados de la ciudad, por los doctores Pedro Juan Canet y Antonio Mesquida Romaguera, se continuó una ordenación, sin fecha, en que se estatuyó y ordenaba que todo cuanto se encontrase dispuesto por las franquezas y privilegios, pragmáticas, ordenaciones, estilos y buenos usos del Reino había de observarse como Derecho municipal, y que en los casos no dispuestos por él se atendiese al Derecho canónico, y a falta del mismo al Derecho común, o sea el romano conocido siempre con dicho nombre.

Sin negar la fuerza de este dato histórico los juristas Guasp y Socías coinciden, en su tan citado voto particular al dictamen sobre el Proyecto de Apéndice, en disminuir su importancia, añadiendo que en todo caso la compilación de Canet y Mesquida lo que prueba es que la primera fuente de Derecho supletorio fué la canónica y no la romana, pues que la legislación canónica era la verdaderamente común de las Baleares, “como de toda

Europa en los siglos medios”. Por su parte, el notario Mascaró en su opúsculo Derecho foral de Mallorca, publicado en 1883, afirma que el rey Jaime II dispuso en septiembre de 1276 que las Islas se rigieran por los Usatges y constituciones de Cataluña, en cuanto no se opusieran a los usos y costumbres del país, pero, aparte de que siempre quedaría en pie la ausencia de todo vestigio de documentos de aplicación del Derecho de Cataluña, los dichos de Mascaró no hallan confirmación en otros investigadores de mayor solvencia. Y de todo ello lo menos aventurado es concluir que puede fijarse el arraigo del Derecho romano en las Islas en el siglo XVII, siquiera fuese como supletorio de las franquicias, estilos y buenos usos que complementaban el Derecho canónico, lo cual viene a comprobarse por el hecho de que el exiguo repertorio de instituciones civiles hoy vigentes y sentidas como propias en el territorio insular acusan, a través de su evolución secular consuetudinaria, su distinguible origen romano, y sólo alguna de ellas, como el testamento por fiduciario o distributivo, procede claramente de un texto de una Decretal canónica.

La mayor raigambre del Derecho romano tiene, además, otras confirmaciones tan seguras, aparte de los numerosos documentos de aplicación del Derecho privado constantes en los archivos, como el Auto dictado en 25 de junio de 1765 por el Oidor de la Real Audiencia Ventura Ferrán obrando con carácter de Juez Visitador con especial comisión del Consejo de Castilla, por el que se aprobaba íntegramente cierta Instrucción dirigida a los notarios y redactada a requerimiento del nombrado Oidor por los juristas Onofre Gomila y Nicolás Roca; y en dicha Instrucción no se mencionan otras disposiciones que las romanas y los privilegios especiales de la Isla.

“Con respecto a estos privilegios e inmunidades –dice, por su parte, Ripoll (ob.cit.)–, como también por lo tocante al uso y estilo que a la sombra de las mismas habían tomado cuerpo en las curias, habiendo sido reducidas a compilación de orden de Arnaldo de Erill, Gobernador y Lugarteniente general del Reino en 29 de julio de 1344, para que tuviesen fuerza de estatuto. Cerca de un siglo después, o sea en 1413, se llevó a cabo otra publicación en virtud de Real Privilegio y por mandato de Pelay Uniz, que había venido a desempeñar aquel elevado cargo, refundiéndose posteriormente en una colección que se conoció con el nombre de Ordenaciones de Berenguer Uniz, sin duda por ser éste el primero de los jurados que intervinieron en tal trabajo y que fué sancionada por Alfonso IV de Aragón; y, finalmente, atendiendo a que gran parte de las antiguas franquezas estaba en desuso y se observaba entre ellas y las demás que se hallaban en observancia notable falta de orden y concierto, se ordenó por el Grande y General Consejo del Reino en el año 1603 que se practicase una nueva Recopilación” (la compuesta por Canet y Mesquida en 1622). Por cierto que

una de las cuestiones generadoras de mayor confusión en el campo de las especialidades civiles de Mallorca, la fijación de la legítima del ascendiente, dió lugar a que algún autor invocase en auxilio de su tesis ciertas Ordinacions noves contenidas en la Recopilación de Canet y Mesquida, y a que, en ocasión del profundo estudio realizado por la Comisión redactora del Apéndice, se fijase el alcance de aquellas Ordinacions en el sentido de negar su vigencia. Parece ser, según los redactores del Proyecto, que los compiladores de 1622 no limitaron su trabajo a reproducir en una colección las disposiciones legales en vigor, sino que pretendieron traducir en otras que apellidaron “noves” lo que eran solamente opiniones particulares más o menos discutidas y más o menos consagradas por el uso y la costumbre; pero éstas Ordinacions noves, esto es, las que no contaban con un abolengo positivo entre los privilegios concedidos por los monarcas, no tuvieron sanción en ningún tiempo de parte del “Gran i General Consell”.

Guasp y Socías, siempre en la brecha cuando se trata de discutir la bondad y vigencia de las especialidades regionales recogidas en el Proyecto de Apéndice, no vacilan en desacreditar el vigor y alcance de las recopilaciones medievales, y apelan hasta el argumento ad hominem recordando que el Gobernador Pelay Uniz fué perseguido de orden real por sus abusos de autoridad; y por lo que se refiere al texto de las Ordinacions, denuncian la presencia de interpolaciones en los ejemplares modernos y no se convencen por el hecho de que en el siglo XVII los fragmentos dudosos fuesen transcritos en las Ordinacions i Sumari dels Privilegis, Consuetuts i Bons Usos del Regne de Mallorca, escritas por el notario y archivero perpetuo de la Universidad Antonio Moll, pues sostienen que éste se limitó a copiar una de las hojas escritas en las que se lee el supuesto aditamento “tan sólo purificable –según los autores citados– en la fuente legal que pudiera limpiarla de su dudosa autenticidad”.

Mas, lo que importa a la postre de todo el estudio histórico realizado y sin perjuicio del más profundo que podría y debería emprenderse sin demora para acreditar hasta lo imposible la certeza y concreción de las fuentes del Derecho mallorquín, es conocer la vigencia y seguridad de los institutos supérstites, ya que para el civilista y para los encargados de la aplicación del Derecho desde sus respectivas alturas no es tan interesante el abolengo y la legitimidad de nacimiento del Derecho aplicable como el grado de salud y de general asentimiento de que goce en nuestros días, con independencia de la pureza de su etiqueta de origen. ¿Qué importa, por ejemplo, para sentar o negar la imprescriptibilidad del capital censuario, que fuese destituido Pelay Uniz en el siglo XIV de su cargo de Gobernador del Reino, ni siquiera, en fin de cuentas, que la imprescriptibilidad fuese o no sancionada en sus Ordinacions? En el decurso de los siglos hallaremos

normas jurídicas cuya fuente legal es inatacable e indiscutida su original vigencia y que, sin embargo, fuera pueril hoy tenerlas como integrantes de cualquier sistema de Derecho aplicable: tal sucede, sin ir más lejos, con las donaciones de bienes futuros (por lo menos en la Isla de Mallorca), con las substituciones fideicomisarias más allá del segundo grado, con los codicilos, con el senadoconsulto veleyano, instituciones todas ellas caídas en el más completo desuso voluntario, es decir, sin la acción destructora del centralismo o de la adversa jurisprudencia.

El criterio crudamente realista a que aludimos, el que efectivamente debía presidir los trabajos empeñados en la compilación moderna del Derecho territorial de Baleares, que derivaba incluso con fuerza de ley del texto del artículo 13 del Código civil, es, a juicio del autor de estas líneas, el único que puede guiar con acierto cualquier tarea nuevamente emprendida para resolver en las Islas el llamado problema de la coexistencia de legislaciones civiles, tarea a la que vuelve a brindar favorable oportunidad la actitud del Poder central, conmovido por la unánime decisión del importante Congreso de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946. Y ya que de ello se trata y es coincidente deseo del pueblo y de los juristas baleares resolver definitivamente el problema, ha de ser útil consignar, sin perder de vista el carácter general de este artículo, que si la extraordinaria labor realizada años atrás por cuantos con una u otra opinión acudieron con entusiasmo y saber a la finalidad de compilar el Derecho territorial vigente no fructificó en un resultado positivo, en parte por la notoria desviación sufrida y en parte por la tradicional inconstancia de gobernantes y gobernados, no por ello cabe concluir que el trabajo hecho fué inútil ni estéril el esfuerzo. La elaboración y la depuración técnica de la norma jurídica, que es cosa muy distinta de su creación sobre todo en materia civil, fué llevada a cabo por los juristas isleños a través de las vicisitudes que hemos ido comentando, sino con unidad cronológica y unanimidad de criterio, con acierto y competencia indudables, y en este sentido puede afirmarse que nadie podrá recomenzar la empresa sin tener en cuenta y madurar profundamente la obra de nuestros predecesores. Desde la Memoria de Pedro Ripoll, que por su profundidad, buen sentido y notable tecnicismo superó ampliamente los fines oficiales a que estaba destinada, hasta el Informe del Colegio de Abogados de 1921 pasando por la “innegable y bien cimentada autoridad científica, la erudición intensa y la dialéctica vigorosa” atribuidas a los miembros de la Comisión redactora del Proyecto de Apéndice por sus oponentes señores Guasp y Socías, a quienes la mínima justicia que puede hacerse es concederles idénticos méritos personales, ha quedado a la disposición de los estudiosos de nuestros días un pingüe legado científico y patriótico que no sólo debe ser aceptado pura y simplemente, sino conservado con celo de fiduciarios para estímulo y

ejemplo de las generaciones venideras.

Lo dicho y sentido no es obstáculo para estimar oportuna la revisión crítica del Proyecto definitivo de Apéndice con mirada rápida y de conjunto, para señalar las perspectivas actuales y las posibilidades que haya de ofrecer la nueva ordenación, si es que llegan a actualizarse las condiciones necesarias para su efectividad.

Y lo primero que habrá de reconocer el exégeta del Proyecto de Apéndice es que ninguna institución peculiar vive y alienta en el seno de la sociedad civil de Mallorca que no fuese cuidadosamente recogida en él con todo cariño y con apreciable precisión técnica. Son, en cambio, en nuestra opinión varios de sus epígrafes expresión de normas jurídicas arcaicas y desusadas, cuyo dibujo y contorno es ya apenas visible, por borroso, en el espejo de la aplicación del Derecho. No tiene justificación, por ejemplo, el título I del Proyecto al consagrar con pretensiones de especialidad consuetudinaria opuesta al Código civil la institución vulgarmente llamada “Estatge”, divergencia tildada de “notoria puerilidad” por los autores del voto particular, a la vista del artículo 523 del Código común que, en efecto, ofrece en su texto la flexibilidad necesaria para que el derecho de habitación siga manteniendo en el territorio la amplitud que el testador o contratante quieran conferir de acuerdo con la costumbre.

Tampoco el título II del Proyecto puede decirse que contenga un substratum de normas jurídicas comúnmente aceptadas y seguidas, ya que es lo cierto que en materia de donaciones es observado sin contradicción, por lo menos en la Isla de Mallorca, el título II del libro III del Código civil. No negamos la legítima fuente de origen de las especialidades que en el Proyecto se consignan, pero hoy sería aventurado y difícil sostener y probar la presencia viva de una costumbre que sancione la validez de las donaciones de bienes futuros, y aun las mismas donaciones universales, si es cierto que de hecho se otorgan con alguna frecuencia no suelen adoptar dicha forma, sino la de donaciones singulares de bienes múltiples, y aun es más frecuente encubrirlas bajo la simulación relativa de la compraventa (actes de venut), todo ello sin que conozcamos factor alguno coactivo que haya desterrado la costumbre contraria, por lo que cabe concluir que su progresiva desaparición del campo de la aplicación del Derecho se debe exclusivamente al abandono voluntario, determinado por el continuado cambio de valoración de los fundamentales principios éticos que rigen la convivencia y sucesión familiar. Si algún sitio conserva, por más que en franca decadencia, reminiscencias de la donación universal de bienes presentes y futuros es la Isla de Ibiza, principalmente bajo la forma de capitulaciones matrimoniales (heredaments).

El mayor acervo de singularidades propias del territorio mallorquín se nutre de la materia sucesoria, aunque se trata más bien de instituciones de derecho territorial que de normas forales propiamente dichas, ya que las divergencias apreciables respecto del contenido del Código común consisten en observancias casi literalmente procedentes de los textos romanos justinianeos. En diferentes puntos de la sucesión testada no sólo está plenamente demostrada la vigencia de la legislación romana por una jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior y posterior a la publicación del Código civil sin titubeo ni vacilación, sino que la práctica constante y diaria del Derecho avala el vigor no desmentido de tales observancias, invocadas y seguidas en litigios y escrituras. Ningún notario se atrevería hoy por hoy, en nuestra opinión, autorizar en Mallorca un testamento de mallorquín desprovisto de institución de heredero, ni a liquidar los alcances legitimarios de un descendiente a base de un quantum distinto al señalado por el Derecho justiniano. Y tal es y debió ser la fuerza de la realidad impuesta a los autores del Proyecto de Apéndice que Guasp y Socías, nada remisos en acumular razones contrarias a la perduración del fuero, no pudieron oponer frente a los artículos del Proyecto relativos a la sucesión testada otra razón que la uniformidad impuesta a las tres Islas (Mallorca, Menorca e Ibiza) y la supuesta injusticia que, a su parecer, significaba la posibilidad de que obtenga mayor cuota legítima el hijo con cuatro hermanos (la quinta parte de la mitad, o sea una décima) que el que tenga sólo tres (la cuarta parte de un tercio, o sea la doceava parte). Pero ya hemos dicho en diversos lugares que compilar el Derecho peculiar de un territorio no consiste en seleccionar las mejores instituciones a manera de exquisito florilegio, ya que si así fuera no es probable que obtuviese el primer premio la codificación castellana de 1888, sino en condensar en un texto claro y manejable el cuerpo vivo y móvil de aquellas instituciones realmente presentes en la organización jurídicocivil del país, y hay que convenir en que el Proyecto de Apéndice, al constatar la vigencia de ciertas especialidades sucesorias, cumplió con acierto la finalidad perseguida y recopiló normas de Derecho claramente integradas en la excepción consagrada por el artículo 13 del Código civil, y ello no sólo en cuanto a la institución de heredero y a la legítima del ascendiente, sino por lo que se refiere a otros puntos. Así es justa, por ejemplo, la alusión a la cuarta falcidia, al testamento por fiduciario o distributivo (institución consuetudinaria de grandísimo y persistente arraigo, cuyos orígenes se hallan en una Decretal canónica), si bien es aventurada la redacción del Proyecto en cuanto extiende la facultad a los casos de donación y a los usufructuarios extraños al testador; y a la legítima de los descendientes, materia esta última en otro tiempo muy discutida y confusa y hoy poco menos que incuestionable en el sentido que refleja el artículo 33 del Proyecto, de acuerdo con el texto de la Novela XVIII de

Justiniano que asimiló a la cuota legitimaria de los hijos la antigua cuarta concedida por el Derecho antiguo a otras personas: “hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est”.

No tiene, en cambio, justificación tan clara la inclusión en el Proyecto de la cláusula codicilar y sus consecuencias, práctica hoy punto menos que desconocida, contradictoria en sí misma e incluso con el rigorismo del “nemo pro parte” que se mantiene en Mallorca, no obstante la alusión que hacen Guasp y Socías a un caso aislado de contradicción del mismo por los Tribunales de la región; ni de la extensión de las substituciones fideicomisarias más allá del cuarto grado, cuya caducidad es notoria; ni del contenido del artículo 34, que define un delicadísimo concepto del derecho a la legítima de dudosa seguridad en Mallorca. Y son, si no injustificadas, por lo menos innecesarias e impropias la repudiación expresa de la mejora, sobradamente expresada al definir el alcance de las legítimas de los descendientes, y la extensión de los derechos de la viuda, en forma de cuarta marital, a la sucesión intestada del marido con descendientes o ascendientes, ya que, admitida la vigencia del Derecho común por lo que se refiere a los haberes del cónyuge viudo, no era función propia del Apéndice suplir lagunas o deficiencias del Código (y tal fué el propósito confesado literalmente en el artículo 38), sin olvidar, por otra parte, que la mencionada extensión incide de lleno en la materia de la sucesión intestada, que merece comentario aparte.

El artículo 46 del Proyecto definitivo se acoge sin reservas a la fórmula tradicional del Derecho romano justiniano para el régimen de la sucesión intestada, siendo ésta una modificación introducida por el Colegio de Abogados en contra del parecer de la Comisión redactora que había acordado aceptar en términos generales las disposiciones del capítulo III, título III, libro III del Código civil. Fundábase la Comisión en que las diferencias entre ambas legislaciones, la común y la especial, eran exiguas y accidentales, por lo que el riesgo de aceptar la primera no exponía conflictos ni perturbaciones, mientras que el Colegio de Abogados, con opuesto parecer, estimaba que “debido al unitarista empeño de someter la sucesión intestada a la ley común... estallan conflictos, no ya en el terreno doctrinal, sino, lo que es peor, en la práctica”. No es grave imprudencia sospechar que ni la abnegada renuncia del fuero consumada por la Comisión, ni la aspiración maximalista reflejada en el texto definitivo por voto del Colegio de Abogados responden en su explicación oficial a la interna y verdadera convicción de unos y otros; lo más probable es que todos coincidieran en apreciar que la sucesión intestada venía rigiéndose secularmente en Mallorca por el título I de la Collatio nona o Novela CXVIII de Justiniano, apreciación que

implícitamente compartían incluso los paladines del “unitarista empeño” Guasp y Socías al reconocer que la sujeción a las disposiciones del Código civil “lleva aparejada una subversión del estado jurídico”, rotunda afirmación difícilmente compatible con las “diferencias exiguas y accidentales” a que aludía la Comisión. La clave de tan singulares actitudes sólo puede hallarse, a nuestro juicio, en la contusión tremenda que por aquel entonces causaba a redoblados golpes sobre el indefenso territorio de las regiones forales la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo cimentada atrevidamente sobre la Ley de Mostrencos, “aniquilando el fuero en todos los ámbitos españoles y sujetando a todas las regiones a los preceptos del Código civil”. Ese criterio jurisprudencial, contumaz y decidido, había abierto una profunda brecha, desde entonces acá ampliada incesantemente hasta la rotura total del frente, que hizo reaccionar de distinta manera a unos y otros, doloridos todos por la herida, pues mientras los miembros de la Comisión debieron ver por perdida irremisiblemente la causa del Derecho justiniano y optaron con disimulo por renunciar a su blanca mano con gesto de sacrificio, el Colegio de Abogados reaccionó con mayor optimismo estimando que el fuero sólo estaba “ligeramente agrietado” y optó por aspirar a la conservación integral, horrorizado además por la general desorientación en que sumía a letrados, Tribunales y público el inesperado injerto del Código civil en nuestra sucesión intestada.

Desde luego tenían razón todos y seguirán teniéndola quienes afirmen que la substitución del Derecho justiniano por las disposiciones del Código civil en materia de sucesión intestada no tuvo lugar en Mallorca por voluntario desistimiento o siquiera por resignada aquiescencia. Nunca fué repudiado aquél espontáneamente, ni se dió lugar normalmente a un derecho de opción que pudiese decidir el cambio sin estrago ni violencia. Hoy día, a bastantes lustros de distancia, subsiste la verdad de lo ocurrido, pero paralelamente subsiste también la fuerza del hecho consumado y es claro que tras muchos años de aplicación sumisa del Código civil no serían menores ni menos perniciosos los efectos de un brusco retorno al Derecho tradicional que los causó la fulminante aniquilación de éste por impulso de la jurisprudencia adversa. Divorciadas al parecer la solución justa de la prudente, todo parecer personal podría ahora añadir leña al fuego, y es posible que sólo la autonomía de la voluntad, abierta con la máxima cautela y sin precipitaciones de ninguna clase, pueda proporcionar airosa salida a tan importante conflicto.

No puede cerrarse el comentario al tratado de sucesiones del Proyecto de Apéndice sin consignar el acierto que supone su artículo 42, al consagrar la vigencia de la Ley “Si ex priore matrimonio” o “Hac edictali”, que es la 6.^a del título IX, libro V del Codex repetitae praelectionis. La regla justiniana, que

nada tiene que ver con la reserva binupcial del Código civil, pero que es francamente opuesta a otras de sus disposiciones, mantiene en Mallorca vigor reconocido y es justo respetarla, mirando incluso desde el estrecho objetivo del artículo 13. Igual asentimiento merece, por otro lado, la inclusión en el Apéndice de la “definición de legítima” (artículo 35), especialidad típicamente foral de Mallorca, cuyo origen directo se encuentra en un Privilegio expedido en la ciudad de Lérida por el rey Jaime I en el mes de marzo 1274, aclarado por el rey Sancho en noviembre de 1319 desde Perpignan, y confirmado por sus sucesores y por la práctica y usos generales. Trátase de una peculiaridad de sucesión contractual, abiertamente contradictoria del Código común, que continúa aceptada sin contradicción y hállase recogida en diversos documentos contemporáneos de aplicación del Derecho.

El título VI del Proyecto definitivo de Apéndice acepta sin titubeos la plena vigencia del régimen de absoluta separación de bienes entre los cónyuges, único punto donde pudieron abrazarse foralistas y unitaristas, ya que estos últimos, no obstante su clara predilección en el terreno doctrinal por la sociedad de gananciales, no vacilan en reconocer que la separación es “hábito de nuestro pueblo” y que el sistema del Código “tan contrapuesto al actual no puede imponerse por sorpresa que traería aparejado el irreparable agravio con las consiguientes y no previstas repercusiones en las liquidaciones sucesorias de los casados al disolverse el matrimonio”, para llegar finalmente a proponer (véase voto particular de Guasp y Socías) que el apartado segundo del artículo 1.315 del Código quede redactado en la siguiente forma: “A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá, en las Islas Baleares, contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.” Claro ejemplo de cuanto se dijo en párrafos anteriores acerca de la relatividad de conceptos de perfección en lo que toca a la aplicación viva de las instituciones civiles, lo constituye la especialidad que nos ocupa, al evidenciarse que si la familia castellana medra y florece sin dificultad a la sombra de la sociedad conyugal, fuera, además de injusto, notoriamente erróneo sospechar que el hogar mallorquín construido sobre material tan seco como aparentemente es la separación patrimonial absoluta ofrezca menores garantías de robustez moral y económica, con la clara conclusión de que la mera comparación de valores intrínsecos y absolutos no es criterio certero para dictaminar sobre la eficacia y resultados de las normas de Derecho familiar. Los ilustres autores del voto particular, de haber sobrevivido, habrían podido comprobar que un régimen tan duramente criticado por ellos y que estimaban no debía subsistir aunque

no fuera más que “por beneficencia”, sobrevive con toda lozanía y sin mengua del alto prestigio de la familia mallorquina treinta años después, ¡y qué treinta años!, de haber profetizado como fácil la adaptación progresiva de los gananciales.

Si el régimen de separación absoluta es piedra fundamental de la construcción jurídica del hogar mallorquín, resulta, en cambio, prácticamente desconocida la dote y por ello está fuera de lugar el contenido de la sección 2.^a del título VI del Proyecto, que intenta dar fuerza de ley a especialidades sin figura real y que por consiguiente en nada obstan a la adopción del sistema dotal del Código civil para el inusitado caso de que alguien desee adoptar tal instituto. Y lo mismo cabe decir respecto a las intrascendentes diferencias señaladas sobre frutos de bienes parafernales, máxime teniendo en cuenta que, por ausencia de bienes dotales y gananciales, la designación específica carece en Mallorca de todo interés, siendo más acertada la referencia a la integridad de los bienes de los cónyuges, que, respecto de sus frutos, formulan Guasp y Socías en la redacción propuesta del artículo 1.315 del Código civil.

Finalmente, el título VII del Proyecto de Apéndice está dedicado a los censos y es, aplicando la célebre frase de Scaevola, la pequeña sala de momias del Derecho mallorquín, donde figuran archivadas dos singularidades de notorio relieve que el Proyecto registra con firmeza: la imprescriptibilidad del capital censuario y la protección jurídica del estado posesorio del censualista. Remóntase la primera, según la Comisión redactora, seguida en este punto sin mutación por el Colegio de Abogados, a una Ordinació de las compiladas por Arnaldo de Erill en 1344, cuya autenticidad discuten, según ya vimos, Guasp y Socías, por más que no sea éste el único ni principal motivo de su oposición a la imprescriptibilidad que tildan sarcásticamente de “intangibles y sacrosantas”, sino la personal convicción de los autores del voto particular, apoyada en la derrota de la institución en otras regiones españolas a través de la doctrina y de cierta jurisprudencia dictada en litigios procedentes de Aragón y Cataluña, en el dictamen emitido por tres juristas mallorquines en la primera mitad del siglo pasado a instancia de la Diputación Provincial, y finalmente en el vacilante sentido de la jurisprudencia local, más bien inclinada, según las estadísticas hasta la fecha, por la prescriptibilidad.

No son frecuentes los casos de aplicación de una u otra doctrina en el territorio insular ni es hoy la imprescriptibilidad del capital censuario cuestión de vida o muerte para la economía patrimonial del territorio, pero si debe consignarse que la imprescriptibilidad sigue ocupando en la mente de letrados y ciudadanos el lugar que regularmente le confirió la costumbre, con independencia del origen legal claro o turbio de la misma, y que los

escasos litigios ocurridos desde 1916 hasta la fecha registran una decidida vuelta, por parte de los Tribunales de la región, al respeto de la consuetud de que se trata, sin que se conozca caso alguno resuelto por sentencia del Tribunal de casación. Y lo mismo cabe decir respecto al plazo de prescripción de la acción personal para el cobro de las pensiones, que según la costumbre pueden reclamarse con respecto a los últimos veintinueve años y la corriente. Sobre este punto, sin embargo, aun admitiendo que perdura en la conciencia jurídica del país la noción señalada, es justo reconocer que pueden suscitarse serias dudas, ya que al parecer la antigua Ordenación recopilada por Erill no señala un término especial de prescripción para la acción censuaria, sino que se limita a consignar el plazo como aplicación de la norma general que fijaba en treinta años el plazo de duración de las acciones personales en la Isla de Mallorca. Si esto es así, no deja de ser muy discutible la posibilidad de mantener como privilegio o excepción la prescripción larga en contradicción con la observancia general e incuestionable del artículo 1.964 del Código; y en este sentido no deja de impresionar la opinión del documentado Ripoll, que tacha de anomalía la duplicidad de plazos de prescripción de acciones de idéntica naturaleza y llega a proponer el ajuste de la acción censuaria, en cuanto al lapso prescriptivo, a los términos del Derecho común.

Mayor relieve merece la protección jurídica del estado posesorio del censualista, sancionada por la misma compilación de 1344 y confirmada por la costumbre generalmente observada, que Ripoll, viene a definir en la siguiente forma: “El censatario que satisface las pensiones de un censo, reconociendo con ello, sino se quiere el derecho al menos la posesión en que se halla el censualista de percibir las, no puede por su propia autoridad y tomándose la justicia por su mano cesar repentinamente en el pago; como una persona que experimenta un gravamen o limitación en su propiedad, no puede rechazar el acto que lo constituye mientras otro tenga en su favor el estado posesorio del mismo.” Trataríase, pues, en nuestro caso, de una protección posesoria indistinguible de la que otorga el artículo 446 del Código civil y a la que fuese aplicable por analogía la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1879 y 11 de julio de 1881, según la cual lo mismo se afecta y perturba la razón suprema de la protección posesoria, o sea el orden público, privando a uno con violencia o clandestinamente de una cosa corporal que poseía, como de un derecho que cuasi poseía.

Sin embargo, razones de peso se oponen a la construcción aludida: en primer lugar, la acción para reclamar el pago de las pensiones reviste con frecuencia carácter personal, y en tales casos fuera imposible concebir la posición del acreedor censualista como idéntica o parecida siquiera a la del

poseedor material de una cosa o derecho; en segundo término, la asimilación de la posesión inmaterial que, a efectos del disfrute de los remedios interdictales, estableció la jurisprudencia antes citada no tiene el desorbitado alcance de acoger toda clase de derechos aparentes bajo protección posesoria, sino sólo aquellos que guardan directa relación con las cosas materiales; y finalmente no puede dejar de observarse que el impago de las pensiones censuales no constituye acto jurídico propiamente dicho, sino omisión o simple negación de actividad; de donde se sigue que en ningún caso podrá alcanzar el grado de perturbación o despojo exigido mediante “actos” por el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de general aplicación en todo el territorio patrio. Entendemos, en consecuencia, que es impropia la denominación de protección posesoria aplicada a la especialidad de que se trata, y que ésta consiste substancialmente en un juego de presunciones situadas a caballo entre el Derecho sustantivo y el procesal y cuyo aspecto más relevante consiste en la inoponibilidad por parte del deudor censatario de cualesquiera excepciones causales en el juicio donde se le reclame el pago de las pensiones, siempre que a su vez el acreedor accionante haya llenado el presupuesto procesal de acreditar a limine iudicii el cobro anterior y constante de las mismas pensiones. Aun así concebida, la peculiaridad que nos ocupa habrá de suscitar siempre serios problemas, ya que, por ejemplo, la sentencia dictada en juicio promovido para el cobro de pensiones no habría de alcanzar el valor de cosa juzgada, desde el momento en que está reservada expresamente al censatario la acción para postular la inexistencia o caducidad de la obligación “en el juicio correspondiente”, según el texto del Proyecto de Apéndice; pero no se dice cómo podría ocurrir tal cosa teniendo en cuenta que la acción del censalista se ejercita normalmente en juicio declarativo contra cuya ejecutoria es imposible insistir según la Ley de Trámites; ni se resuelve tampoco en el Apéndice, como es natural, cuáles serían las posibilidades del deudor censatario de atravesar reconvencción en el juicio petitorio de pensiones, para discutir la cuestión causal o de fondo. Todos estos problemas, de indudable importancia y cuya solución en uno u otro sentido puede reducir a la nada el contenido de la institución comentada, afectan demasiado a los ámbitos del Derecho procesal para no sentir fundado temor de que cualquier Juzgado comarcal tenga en sus manos la posibilidad legal de destruir, con el Código rituario en la mano, todo el vigor de la antigua consuetud.

Expuesto lo que precede, no es difícil establecer cuáles son las fuerzas que con eficacia pueden actualmente luchar contra la terrible regla general dictada en el artículo 13 del Código civil, cuya vigencia, de buen o mal grado, ha de admitirse en las Islas Baleares en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente

estén vigentes, y al hablar de éstas conviene dejar sentado que el Derecho romano viene siendo considerado desde el Tribunal Supremo como Derecho foral supletorio en Mallorca, lo que constituye, a juicio de Castán, una “arbitraria exageración” y que seguramente se explica presumiendo que el Tribunal Supremo, a la vista de las compilaciones de fueros, privilegios, usos y costumbres que mencionan la observancia del Derecho romano, singularmente la de 1622, construyó la denominación de legislación foral supletoria, no con el riguroso criterio de atender al contenido substancial de los fueros y privilegios, sino más generosamente en vista de las referencias auténticas que, respecto de la vigencia del Derecho romano, reflejan aquéllas.

Nada sabemos sobre lo que el porvenir reserva a las especialidades civiles consagradas en Mallorca por ley o por costumbre y observadas comúnmente en manifiesta contradicción con el Derecho común. Sinceramente deseamos que la aspiración, nunca más sentida que ahora, de fijar y desbrozar con claridad su contenido y límites reales pueda ser satisfecha sin mengua de los legítimos atributos del poder público ni mutilación del estado jurídico sentido y vivido en la región, y creemos finalmente que la nueva tarea que acaso se reanude con la alta finalidad apuntada respetará, sin contiendas partidistas y sin veleidades arqueológicas, pero también sin fáciles y simplistas tendencias hacia la insolvente comodidad de manuales únicos, lo que queda vivo y pletórico de energía del cuerpo de Derecho civil mallorquín.

V.- DISCURSOS

**V.1- DE INGRESO, DE
D. JOSEP MARIA QUINTANA PETRUS**

**V.2- DE CONTESTACIÓN,
DE D. PEDRO AGUILÓ MONJO,
AL DE INGRESO DEL SR. QUINTANA**

**V.3- DE APERTURA DEL CURSO 2009-2010,
DE D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS**

**V.4- DE APERTURA DEL CURSO 2004-2005,
DE D. EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS**

V.1- LENGUA I DRET A LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS: UNA OPCIO PER LA LENGUA PRÒPIA

Josep M^a Quintana Petrus

El 2 de Octubre de 2009 Josep María Quintana leyó, en el espléndido marco de la sala de actos del Consell de Menorca, su discurso de ingreso en la Academia, en un acto solemnísimos en el que no faltó ninguna de las autoridades de la Illa ni tampoco los Consellers menorquines integrantes del Goven Balear. Se desplazaron expresamente para este acto a la vecina isla un número muy considerable de Académicos. El tema abordado en el discurso de ingreso –que se inserta a continuación– fue de una novedad manifiesta, pues se situó dentro de una nueva rama del Derecho, que empieza a ser cultivada por los estudiosos, cual es la relativa a las lenguas y su problemática; siendo demostrativo de ello el que, semanas después, se leyera en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya un discurso de ingreso titulado “L’Oficialitat lingüística, un concepte jurídic”, del que es autor Lluís Jou i Mirabent. El trabajo elaborado por Josep María Quintana es de gran interés científico, partiendo de los textos legales de aplicación (Constitución, Estatuto de Autonomía y leyes y decretos autonómicos relativos a la lengua) y de la jurisprudencia constitucional y ordinaria para fundamentar sus propias conclusiones, en bastantes puntos discrepantes de lo argumentado por los autores del conocido “Manifiesto por la lengua común”. Estamos, en definitiva, ante un discurso muy actual y coherente, que la Academia tiene la satisfacción de poner a disposición de todos los juristas y, en especial, de los interesados en los temas jurídico-lingüísticos.

SUMARI

1. Els règims jurídicolingüístics
2. El règim jurídic de les “Llengües espanyoles” en el bloc de la constitucionalitat
3. La regulació estatutària
4. Conclusions

Molt Honorable senyor president del Consell Insular de Menorca, il·lustríssim senyor president de l'Acadèmia, excel·lentíssims i il·lustríssims senyors acadèmics, senyores i senyors:

Penso que en iniciar el meu discurs d'ingrés en aquesta corporació, el primer que he fer, enllà de reconèixer l'honor que significa ocupar el lloc que va deixar vacant per l'excel·lentíssim senyor Miquel Coll Carreras, segurament el més gran jurista que hagi donat mai l'illa de Menorca, mestre de qui tant vaig aprendre durant els anys que, sota la seva presidència, vaig ser vocal del Consell Consultiu, és justificar per què he escollit la llengua com a matèria entorn de la qual ha de girar la meva reflexió jurídica.

Però si, com ha demanat el nostre president en reiterades declaracions, convé que obrim les inquietuds d'aquesta corporació a la societat, si volem que la nostra tasca jurídica es faci ressò dels problemes que afecten a la vida quotidiana, penso que hauríem d'anar acotant aquells que són font de conflicte i que, des de la nostra posició de juristes, podem contribuir a la seva resolució.

No crec que hagi d'explicar a ningú dels qui avui m'acompanyen en aquest acte el caràcter bifront que, com s'escau a la naturalesa jurídica dels consells insulars, es dona també en la meva persona. Perquè si és cert que la meva vida professional s'ha desplegat entorn del dret, ho és també que la meva vida afectiva sempre ha implicat un compromís inestroncable amb la llengua i la literatura. I si el dret ha marcat la meva ocupació, és indubtable que la llengua ha definit la meva passió. “Dret”, doncs, i “Llengua” són els substantius que defineixen per excel·lència les disciplines a què he servit, però aquests substantius han anat sovint acompanyats de dos adjectius indispensables: els adjectius “balear” i “català” pel que fa referència al dret, ja que, pràcticament, tota la meva carrera ha transcorregut entre Catalunya i les Balears, i han estat el dret català i el balear –o amb clares repercussions sobre les nostres Illes Balears (ja que l'Estatut no és, òbviament, dret comunitari sinó dret estatal)– els que han ocupat especialment els meus estudis i preocupacions com a jurista, alhora que és l'adjectiu “català” el que sempre ha acompanyat la meva condició de lingüista i d'escriptor, doncs el meu compromís cultural s'ha desplegat inequívocament entorn –i en el marc– de la literatura en llengua catalana, llengua aquesta que és també la pròpia de les Illes Balears, segons ens diu l'article 4 del nostre Estatut d'Autonomia (EAB). Llengua i literatura a la qual han contribuït grans escriptors i pensadors illencs, des de Ramon Llull fins a Baltasar Porcel, passant per juristes, que han estat alhora escriptors destacats, com el dramaturg Joan Ramis i Ramis, el filòleg Vicenç Albertí Vidal, els poetes Marian Aguiló

Fuster, Joan Alcover Maspons o Marià Villangómez Llobet, i el també poeta, narrador i assagista Jaume Vidal Alcover, entre d'altres.

Llengua i dret són dues realitats en contacte. La primera és un atribut de l'ésser humà; el segon és una de les seves creacions més subtils i sofisticades. La llengua és un codi de signes que permet que els homes ens puguem d'entendre; el dret, un conjunt de normes que fan possible les relacions humanes. Però “diverses són les parles i diversos els homes –va escriure Salvador Espriu– / i convindran molts noms a un sol amor”¹. I val a dir que no sempre aquest desig es produeix fàcilment i sense friccions. És aleshores quan haurem d'acudir al dret per a resoldre-les. Per això no convé oblidar la proposta que féu el director general de la UNESCO, Koichiro Matsuura, el març del 2005, quan ens recordava que “el nostre planeta és la casa comuna d'un gran nombre de pobles, cada un amb la seva llengua, la seva cultura i les seves tradicions. Aquesta diversitat –deia– és una font infinita de creativitat i ha de ser vista com a riquesa per a tota la humanitat”. Però de fet, molts cops aquesta diversitat és també font de conflictes que ens obligaran a acudir al dret. Heus ací, doncs, el perquè de la meua reflexió jurídica.

La llengua, que en la seva estructura no coneix d'estats ni de lleis, tret d'aquelles que regulen el seu propi mecanisme intern de desenvolupament, és sovint objecte de debat i de conflicte, precisament perquè diverses són les llengües i no sempre és factible que “tots els noms convinguin a un sol amor”. I és molt corrent que les diverses –i sovint enfrontades– posicions polítiques elaborin un discurs que, més enllà de continguts d'ordre ideològic o moral, aportin també elements de caràcter jurídic que poden o no adequar-se a l'estat de dret que deriva del bloc de la constitucionalitat.

Així doncs, quan per exemple els redactors del “Manifiesto por la lengua común”² afirmen que “contar con una lengua política común es una enorme riqueza para la democracia, aún más si se trata de una lengua de tanto arraigo histórico en todo el país y de tanta vigencia en el mundo entero como el castellano”, expressen una opinió sense contingut jurídic, que puc i vull subscriure plenament. Com no té tampoc connotacions jurídiques –encara que en aquest cas el seu criteri no és compartit per mi– la seva posició favorable a l'asimetria que consagra la regulació constitucional entre

1 - Salvador Espriu.- “La pell de brau”, poema XXX. París 1961.

2 - El “Manifiesto por la lengua común” fou publicat el 24.06.08 en el diari El País i anava signat per Mario Vargas Llosa, José Antonio Marina, Aurelio Arteta, Félix de Azúa, Albert Boadella, Carlos Castilla del Pino, Luis Alberto de Cuenca, Arcadi Espada, Alberto González Troyano, Antonio Lastra, Carmen Iglesias, Carlos Martínez Gorriarán, José Luis Pardo, Alvaro Pombo, Ramón Rodríguez, José M^a Ruiz Soroa, Fernando Savater y Francisco Sosa Wagner.

el castellà i les altres llengües espanyoles. En canvi, sí que té –o tindria en el seu cas– conseqüències jurídiques, la materialització del desig expressat en el “Manifiesto”, perquè “una normativa legal de rango adecuado” establís clarament que “1. La lengua castellana es COMÚN Y OFICIAL a todo el territorio nacional, siendo la única cuya comprensión puede serle supuesta a cualquier efecto a todos los ciudadanos españoles”.³

Més enllà, però, del que puguem desitjar que es produeixi de lege ferenda, penso que val la pena que reflexionem sobre aquestes qüestions a partir de l’anàlisi que ens proporciona el “dret lingüístic”, aquesta relativament nova disciplina jurídica que s’ha anat elaborant per resoldre els conflictes que es produeixen en les comunitats diverses i plurilingües, tan bon punt l’Estat ha esdevingut conscient que rere les llengües s’hi troben drets inalienables de la persona que han de tenir en compte la llei i les polítiques que duen a terme els poders públics. El dret lingüístic constitueix, doncs, una disciplina que té com a objecte d’estudi les qüestions derivades de l’existència d’una multiplicitat de llengües en contacte en un territori determinat. Aquest abasta els drets lingüístics dels ciutadans i el règim jurídic de la llengua. I com a qualsevol disciplina jurídica, es troba fortament vinculada a un estat en concret.

He dit que la llengua és un atribut de la persona, però només té sentit dins un context comunitari, i és precisament aquesta dimensió comunitària de la llengua la que esdevé pauta fonamental a l’hora d’articular políticament i jurídicament els drets idiomàtics de cada grup i la coexistència de grups lingüístics diferents al si de l’Estat. I des d’un punt de vista sociològic, cal afirmar amb von Humboldt que “la seva diversitat [la de les llengües] no es basa en una diversitat de sons i signes, sinó en una diversitat de formes d’entendre el món”. És a causa d’això que cada cop són més els lingüistes que defensen el principi que “totes les comunitats lingüístiques són iguals en dret”. En definitiva, que des del punt de vista de l’estructura interna, no hi ha res que faci més rica o més pobra una llengua, més complexa o més senzilla; constatació que ens permet avui concloure que totes les llengües tenen un mateix valor, ja que totes són prou flexibles per adaptar-se als nous contextos culturals i socials a què s’han d’enfrontar.

L’articulació, doncs, entre les diferents llengües en contacte dins una comunitat és sempre una decisió política que els ciutadans han de decidir democràticament. I aquesta decisió, que, en el nostre cas, articularà la pluralitat lingüística dins l’Estat espanyol, pot respondre a principis diversos. No es tracta, doncs, de principis que admetin tan sols una única formulació, ni que responguin tampoc a exigències d’un hipotètic Dret Natural.

3 - Respecto les majúscules del manifest.

Ens trobem més aviat davant de decisions polítiques que, al si d'estats democràtics consolidats, poden derivar –en els casos extrems– en el reconeixement de l'oficialitat de totes les llengües que coexisteixen en el territori d'un estat, o bé en el reconeixement d'una sola llengua com a oficial, sense a penes consideracions a les altres; passant per moltes i diverses solucions intermèdies.

En termes generals, en les situacions freqüents d'estats constituïts per diferents grups lingüístics, els principis i les polítiques adoptats pels òrgans de poder comuns repercutiran, de manera inevitable, en la situació sociolingüística dels diversos components ètnics. En aquest sentit, l'Estat pot donar prioritat als criteris d'igualtat entre les diferents llengües i assumir-les com a representatives de l'Estat, o bé, contràriament, potenciar la jerarquització de les comunitats lingüístiques i, en lloc de protegir les llengües minoritàries,⁴ tendir a debilitar-les o eliminar-les i a imposar una única llengua oficial en la comunicació pública. Heus ací per què el factor lingüístic, normalment amb la conjunció d'altres greuges (de tipus econòmic, social, etc.), es pot trobar en l'origen dels conflictes nacionals o comunitaris que se susciten a l'interior dels estats.

Avui, en un context força generalitzat de descentralització política dels estats, les possibilitats de respecte i protecció de la diversitat lingüística enllacen amb la distribució territorial interna del poder estatal, que pot comportar modalitats d'institucionalització del règim lingüístic diferenciades en l'àmbit de l'Estat i de cadascuna de les entitats polítiques subestats. Així, doncs, enfront del model d'homogeneïtzació lingüística impulsada des de l'Estat-nació, els sistemes de descentralització política i administrativa implantats en la majoria d'estats moderns ofereixen l'oportunitat d'articular la realitat multilingüe d'acord amb principis de no-conflicte i de col·laboració.

Això explica que, si el principi liberal de la igualtat davant l'ordenament jurídic, aplicat als ciutadans considerats individualment, va entrar molt aviat en els textos constitucionals, també hi hagi entrat, encara que més tardanament, el principi del pluralisme, en el qual trobem sempre un subjecte de

4 - Els conceptes de minoria lingüística o llengua minoritària provenen del dret internacional. Amb tot, cal distingir entre els dos conceptes esmentats, ja que no necessàriament una minoria lingüística ha de parlar una llengua minoritària (hi ha minories que empren grans llengües, ubicades en altres entitats polítiques; aquestes minories les anomenem exoglòssiques). Aplicat a l'àmbit lingüístic, sol ser la manca de poder decisor en el pla estatal el que determina la condició minoritària d'una comunitat lingüística determinada. L'argument numèric del nombre de parlants queda en segon terme (només així s'explica que l'islandès –amb dos-cents mil parlants– no es consideri minoritari i sí el jurd, amb aproximadament 10 milions de parlants), ja que és la presència d'estructures estatals pròpies el que fa que una comunitat lingüística –i la seva llengua– deixi de ser minoritària des de la perspectiva internacional.

caràcter col·lectiu, ja que en aquest cas es tracta d'un principi de caire social i cultural.

Aplicat a la llengua, aquest principi del pluralisme lingüístic es troba a les constitucions que reconeixen la diversitat lingüística, bé directament a partir de la menció de l'existència de diferents llengües, bé indirectament amb la referència a la pluralitat de pobles o de cultures. Tenim, doncs, que el pluralisme lingüístic i/o cultural no és un valor aïllat, sinó que, com els altres principis constitucionals, ha d'inspirar i fonamentar les altres previsions de la Constitució: en particular, l'estructura de l'Estat, els seus poders i els drets dels ciutadans.

El reconeixement de la diversitat lingüística i la recepció consegüent del principi pluralista, a escala constitucional, impliquen la declaració de les llengües utilitzades en el territori estatal, bé com a llengües oficials, bé com a llengües que necessiten polítiques de foment o de protecció. Fins i tot es pot donar aquest reconeixement fent que la Constitució esmenti genèricament les minories lingüístiques. El principi d'oficialitat de les llengües és, doncs, una conseqüència derivada del reconeixement del plurilingüisme. Aquesta és la causa que en un estat com el francès, on no es reconeixia cap dret a les minories lingüístiques de llengua no francesa, la Constitució de 1958 no esmentés tan sols l'oficialitat del francès ni fes tampoc cap referència a la llengua de l'Estat.

El principi constitucional d'oficialitat (i el de la protecció de la diversitat lingüística), d'acord amb el reenviament a la llei, troba múltiples manifestacions concretes, les quals es poden agrupar segons dos tipus ideals que proposa la doctrina: a) El criteri de la personalitat, a partir del qual les normes lingüístiques s'estableixen d'acord amb les característiques de les persones afectades individualment, com ara la seva llengua materna, la llengua dels nivells educatius anteriors, la de l'educació dels pares o la de la seva preferència lingüística, entre altres. I b) el criteri de la territorialitat, el qual implica que les normes lingüístiques s'estableixen segons el territori. Així, tots els habitants d'un territori determinat rebran el mateix tractament, i la seva situació jurídica es regularà a través d'un mateix règim lingüístic, mentre que en altres territoris poden establir-se altres règims jurícolingüístics diferents.

El primer criteri suposa l'establiment de drets individuals, que acompanyen la persona allà on sigui; el segon, en canvi, atorga drets col·lectius, que protegeixen les comunitats lingüístiques assentades en un territori. En el primer cas, preval l'individu; en el segon, la col·lectivitat.

1. Els règims jurícolingüístics

Pel que fa als règim sociolingüístic dels estats, la doctrina actual

n'assenyala tres:⁵ El primer distingeix entre els estats que reconeixen el plurilingüisme i els que no l'assumeixen com a principi estatal. El segon criteri diferencia entre els estats que opten per atorgar l'estatut d'oficialitat a més d'una llengua o escullen el règim de la modalitat per a les llengües menys difoses o minoritzades. I finalment, el darrer criteri atén a l'eficàcia de la declaració de l'oficialitat.

Aquests criteris combinats donen, almenys, quatre tipus d'estats segons el règim lingüístic que estableixen:

1.1. El monolingüisme oficial: França

El cas de França és paradigmàtic pel que fa a l'ús de la llengua com a factor d'integració de la "nació francesa", objectiu que s'ha considerat incompatible amb l'atorgament d'un estatus constitucional o legal a les diferents minories lingüístiques presents en el territori estatal. I és la situació hegemònica de la qual gaudia el francès en la pràctica, la que explica que els poders públics no consideressin necessari proclamar-ne formalment l'oficialitat, qüestió que es va plantejar arran de la reforma constitucional imposada per la signatura del Tractat de Unió Europea de 1992. Aleshores es va incloure un nou article 2.2 a la Constitució de 1958, que disposa que "la llengua de la República és el francès". Declaració de la qual se'n deriven conseqüències jurídiques, i en concret, que el legislador no pot adoptar disposicions contradictòries com ho seria de preveure l'ús d'una llengua diferent per part de les administracions o serveis públics, o bé permetre l'ús paritari amb el francès d'una altra llengua en una part del territori.⁶

1.2. La protecció de les minories lingüístiques: Itàlia

Itàlia, que és un estat en el qual es parlen moltes llengües en el seu territori, va néixer com un estat lingüísticament unitari. Els primers reconeixements formals de la diversitat lingüística es produeixen durant el primer terç del segle XX i responen a raons de política internacional a causa dels tractats de pau signats al final de la Primera Guerra Mundial. Amb aquests precedents, la Constitució italiana del 1947 inclogué un

5 - Vegeu el capítol segon "Els diferents models jurícolingüístics a Europa" dins l'obra col·lectiva "Dret Lingüístic", coordinada per Jaume Vernet.- Cossetània edicions, 2003.

6 - Aquesta és la causa per la qual el Consell Constitucional, consultat pel president de la República, dictaminés la inconstitucionalitat de la signatura de la "Carta europea de les llengües regionals o minoritàries en el marc del Consell d'Europa" sense modificar prèviament l'article 2 de la Constitució francesa. D'aquesta manera, França s'ha quedat al marge de la Carta, fet que l'alinea amb els països més retrògrads des del punt de vista del reconeixement del pluralisme lingüístic i cultural.

article 6 pel qual s'explicita que “la República tutela amb normes específiques les minories lingüístiques”, principi que ha dut a l'articulació de diferents fórmules: a) Els casos de doble oficialitat, que permet que parlem de dues llengües (com el francès i l'italià a la Vall d'Aosta, o de l'alemany i l'italià al Trentino-Alto Adige) dotades d'un estatus d'oficialitat territorialitzada; i b) els casos de protecció de minories lingüístiques, d'acord amb una llei estatal de 1999, que desenvolupa l'article 6 de la Constitució, alhora que també es declara per primer cop l'italià com a llengua oficial de la República.

1.3. El plurilingüisme institucional: Finlàndia

A Finlàndia, l'ordenació jurídica del multilingüisme atén la presència de dues llengües disseminades desigualment sobre el territori: el finès i el suec, les quals reben una mateixa consideració com a idiomes oficials o nacionals. Aquesta qualificació comporta un tractament igualitari dels parlants d'ambdues llengües en l'àmbit estatal. Diversament, però, en el nivell local, el reconeixement dels drets lingüístics es modula dins de cada circumscripció segons la proporció del nombre de parlants de cada llengua.⁷

1.4. El federalisme lingüístic: Bèlgica

Les dues grans llengües (el francès i el neerlandès) que es corresponen amb els dos grans grups lingüístics (el való i el flamenc, respectivament) es troben clarament territorialitzades, són oficials en els territoris respectius i comparteixen l'oficialitat a la capital, que és de majoria francòfona. A més, cal esmentar la presència d'una minoria germanòfona en nou municipis de l'est del país, on l'alemany és la llengua oficial. Finalment, reben un tractament de minories els municipis situats en la frontera lingüística que divideix horitzontalment l'Estat, els quals s'adscriuen a la regió lingüística flamenca o francòfona, per bé que la població que anteriorment tenia com a llengua materna la de l'altra gran regió conserva certs drets lingüístics.

Vista, doncs, la diversitat de sistemes coexistents en el nostre entorn cultural, difícilment podem subscriure –entenent-lo com un valor absolut– el principi assumit pels redactors del “Manifiesto” d'acord amb el qual “la lengua castellana es común y oficial a todo el territorio nacional, siendo la única cuya comprensión puede serle supuesta a cualesquier efecto a todos los

7 - En assolir la independència (1917), la Constitució finlandesa de 1919 declarà el suec i el finès llengües nacionals, obviant les diferències entre ambdues pel que fa al nombre de parlants. En l'actualitat, la minoria suecòfona s'estima que no arriba al 6% de la població de Finlàndia.

ciudadanos españoles”.

Quan així es manifesten aquests intel·lectuals, actuen de manera completament simètrica al nacionalista català o balear que afirma que la llengua pròpia de Catalunya i de les Illes Balears és el català i que, per tant, aquesta és la sola llengua que tots els ciutadans han de saber. Ambdós són nacionalistes i ambdós creuen que, per alguna raó que se m’escapa, el castellà impregna Espanya i el català Catalunya i les Illes Balears. Com si el Gran Arquitecte de l’Univers, per dir-ho en una terminologia maçònica, ho hagués establert així des de la nit dels temps. El problema amb què es troben aquestes dues posicions nacionalistes radicals radica en el fet Espanya i Catalunya, que Espanya i les Illes Balears, es superposen i, per tant, els diferents projectes nacionalistes entren en conflicte. Per a uns nacionalistes, el català ha de ser relegat a l’excusat, per als altres és el castellà que ha de jugar aquest rol tan íntim.⁸

Però defugint aquestes posicions radicals, hem de ser capaços de resoldre el conflicte, un conflicte la resolució del qual només es pot dur a terme civilitzadament i democràticament acudint al dret.

I com resol aquest el conflicte lingüístic que produeix la presència de dues llengües en contacte en un mateix territori el dret espanyol vigent?

2. El règim jurídic de les “Llengües espanyoles” en el bloc de la constitucionalitat

A la Constitució espanyola trobem diversos articles que fan referència, directament o indirectament, a la realitat plurilingüe de l’Estat: Així a l’Exposició de motius, on parla de protegir les “cultures i tradicions, llengües i institucions dels pobles d’Espanya”; a l’article 3, bàsic per a l’ordenació de la realitat plurilingüe dels espanyols; a l’article 20.3, en manant el plurilingüisme als mitjans de comunicació social, i al 148.1.17, on reconeix la competència autonòmica en matèria d’ensenyament dels idiomes propis. També a la disposició final, on preveu la publicació oficial de la Constitució en castellà i en les “altres llengües d’Espanya”.

Indirectament caldria referir-se també a l’article 14, on es consagra el principi d’igualtat i el reconeixement implícit de la prohibició de discriminació per raó idiomàtica a la seva clàusula general del final; i a l’article 9.2, que promou que la llibertat i la igualtat de l’individu i dels grups siguin reals i efectives. D’aquests articles, i del conjunt que conforma el

8 - Pere Quintana.- “Una nova impostura intel·lectual”.

bloc de la constitucionalitat, podem deduir que el “règim jurídic” de la llengua s’articula entorn de tres elements: 1) L’oficialitat de la llengua castellana. 2) La doble oficialitat. I 3) El concepte de llengua pròpia.

2.1. L’oficialitat de la llengua castellana

Diu l’article 3.1 de la Constitució (CE) que “el castellà és la llengua espanyola oficial de l’Estat”. I a continuació, afegeix que “tots els espanyols tenen el deure de conèixer-la i el dret a usar-la”. No hi ha dubte, doncs, que la Constitució proclama el castellà com l’única llengua oficial del conjunt de l’Estat, i el Tribunal Constitucional s’ha encarregat de dir que la noció d’Estat prevista a l’article 3.1. adopta un sentit ampli i es refereix a l’ens compost en el seu conjunt o complexitat, incloent-hi tots els poders públics estatals; per tant, també els autonòmics i locals.⁹

La doctrina entén també que de l’oficialitat en deriven directament alguns drets individuals, com per exemple el dret a rebre l’ensenyament d’aquesta llengua en el si de l’ensenyança obligatòria i el dret d’ús. En aquest punt és clara la jurisprudència constitucional quan afirma que “en los territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística, el uso por los particulares de cualquier lengua oficial tiene efectivamente plena validez jurídica en las relaciones que mantengan con cualquier poder público radicado en dicho territorio, siendo el derecho de las personas al uso de una lengua oficial un derecho fundado en la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía” (STC 82/1986, FJ 3).

Encara més, segons el T.C., “el art. 3.1 de la Constitución establece un deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los españoles, y cuyo conocimiento puede presumirse en cualquier caso, independiente de factores de residencia o vecindad. No ocurre, sin embargo, lo mismo con las otras lenguas españolas cooficiales en los ámbitos de las respectivas Comunidades Autónomas, pues el citado artículo no establece para ellas ese deber, sin que ello pueda considerarse discriminatorio, al no darse respecto de las lenguas cooficiales los supuestos antes señalados que dan su fundamento a la obligatoriedad del conocimiento del castellano” (STC 84/1986, FJ 2).

9 - “Hemos visto que, según el núm. 1 del art. 3 de la Constitución, el castellano es la lengua española oficial del Estado, y entendiéndose obviamente aquí por ‘Estado’ el conjunto de los poderes públicos españoles, con inclusión de los autónomos y locales, resulta que el castellano es lengua oficial de todos los poderes públicos y en todo el territorio español” (STC 82/1986, FJ 2).

Aviat, però, veurem que la cosa no és tan simple. I ho veurem tot seguit en desglossar les conseqüències de la doble oficialitat

2.2. La doble oficialitat

L'article 3.2 CE preveu, en efecte, que “les altres llengües espanyoles seran també oficials en les respectives Comunitats Autònomes d'acord amb els seus estatuts”. És, doncs, d'aquest article que es dedueix la doble oficialitat lingüística en determinats territoris –aquells on hi hagi més d'una llengua oficial–. I de l'imperatiu verbal –“seran també oficials [...] d'acord amb els seus Estatuts”– es desprèn que l'oficialitat de les altres llengües està consagrada en el text constitucional i correspon a aquests estatuts autonòmics determinar l'àmbit i l'abast de la declaració d'oficialitat prèviament reconeguda per la Constitució. Correspondrà, doncs, als estatuts d'autonomia l'establiment del règim jurídic d'aquestes altres llengües, i també el seu abast oficial.

El primer que ens hem de plantejar ara és si pot haver-hi un deure de conèixer aquestes altres llengües oficials en determinats territoris, partint de l'afirmació que els efectes de la declaració d'oficialitat d'una llengua són iguals, tant per al castellà com per a les altres llengües declarades oficials pels estatuts d'autonomia. Avui són molts els autors que admeten aquest paral·lelisme en el contingut de l'oficialitat i que rebutgen, consegüentment, una idea de jerarquitització entre les distintes llengües oficials. Malgrat això, el Tribunal Constitucional va declarar inconstitucional l'establiment per una llei autonòmica d'un deure genèric de coneixement en relació amb el gallec,¹⁰ i també en ocasions ha admès que es pot al·legar vàlidament desconeixement de la llengua autonòmica.¹¹ Però això no exclou, com analitzaré tot seguit, que

10 - Diu el TC que “la inexistencia de un deber constitucional del conocimiento del gallego, nada tiene que ver con las previsiones del Estatuto de Autonomía de Galicia respecto del derecho de los gallegos a conocer y usar la lengua propia de su Comunidad (art. 27.20), a fin de garantizar su ‘uso normal y oficial’ (art. 5.3); pues el deber de conocimiento del gallego no es un simple instrumento para el cumplimiento de los correspondientes deberes y el ejercicio de las mencionadas competencias, como alega el representante de la Junta de Galicia, sin perjuicio de que la acción pública que en tal sentido se realice pueda tener como finalidad asegurar el conocimiento de ese idioma por los ciudadanos de Galicia”. (STC 84/1986, FJ 3).

11 - Diu el Tribunal Constitucional que “El art. 8.3 permite a los poderes públicos ‘hacer uso exclusivo del euskera para el ámbito de la Administración Local, cuando en razón de la determinación sociolingüística del municipio no se perjudiquen los intereses de los ciudadanos.’

Este precepto no incurre en inconstitucionalidad por incompetencia, conforme a la interpretación que aquí se ha dado al art. 3.1 de la Constitución y el 6.1 y 2 del EAPV, sin que quepa oponérsele, en cuanto al título del 10.4, normativa básica alguna de régimen local en sentido contrario.”

de les disposicions estatutàries i del seu desplegament legislatiu es puguin derivar indirectament deures de coneixement de les llengües oficials diferents del castellà.

Feta, però, aquesta precisió –important precisió–, cal veure que de l'article 3.2 CE es dedueix un paral·lelisme clar entre les dues llengües oficials en els territoris on els estatuts d'autonomia reconeixen aquest caràcter a la llengua originària d'aquell territori, de manera que en aquests cal parlar de doble oficialitat [del castellà i de la llengua pròpia –concepte que tractarem més endavant]. Per això és preferible que es parli de doble oficialitat més que de cooficialitat, perquè no hi ha d'haver cap mena de jerarquització d'una llengua sobre l'altra, com ens va ensenyar Puig Salellas. I això perquè la llengua del territori –el català en el nostre cas– és la llengua oficial per una raó interna: la de ser la llengua pròpia de les Balears (art. 4 EAB), mentre que el castellà ho és per una raó externa: la de ser la llengua de l'Estat.¹²

2.3. L'abast de la competència autonòmica en matèria lingüística

L'anàlisi d'aquesta competència implica resoldre diverses qüestions:

a) Quant a l'atribució, cal dir que la competència en matèria lingüística no es troba entre les reservades a l'Estat per l'article 149 CE i només hi ha una referència indirecte dins les matèries que poden correspondre a les comunitats autònomes, ja que l'art. 148.1.17 CE preveu que aquestes poden assumir competències en relació amb el foment de la cultura, de la investigació i, si s'escau, de l'ensenyament de la llengua de la comunitat. Aquesta

En cuanto a la inconstitucionalidad material que el Abogado del Estado invoca, y que la parte vasca trata de salvar basándose en la necesidad de que existan zonas monolingües en euskera en cuanto que lengua minoritaria en situación diglósica, e independientemente del hecho de que haya hoy también otros medios de salvaguardar el euskera, es inexcusable, desde la perspectiva jurídico-constitucional a la que este Tribunal no puede sustraerse, señalar que la exclusión del castellano no es posible porque se perjudican los derechos de los ciudadanos, que pueden alegar válidamente el desconocimiento de otra lengua cooficial. Pues bien, el citado art. 8.3 prevé la redacción exclusiva en euskera, sin que logre reducir su alcance la genérica salvedad de no perjudicar los derechos de los ciudadanos, ya que este precepto es una excepción ('no obstante lo preceptuado anteriormente...'); a los anteriores apartados del artículo, que disponen la redacción bilingüe de disposiciones normativas, resoluciones, actas, notificaciones y comunicaciones como regla general.

Por ello, el art. 8.3 viene a ser inconstitucional por infracción de lo dispuesto en el art. 3.1 de la Constitución, en relación con la no existencia del deber de conocimiento del euskera en zona alguna del territorio del Estado, que resulta del art. 6 del EAPV" (STC 82/1986, FJ 10).

12 - Josep M. Puig Salellas.- "Doble oficialitat i llengua pròpia: dues llengües i un territori". Marcial Pons, 2009.

competència ha estat recollida per alguns estatuts, entre ells el de les Balears, i ha estat acceptada per la STC 74/1989, que habilita determinades comunitats autònomes, d'acord amb els seus estatuts d'autonomia, a regular l'abast i els efectes de la cooficialitat (STC 82/1986, 123/1988, 56/1990 i 337/1994),¹³ un cop l'estatut ha establert el caràcter oficial o no de les llengües.

b) Quant al contingut de la competència, cal dir que, segons el Tribunal Constitucional, la modulació de l'oficialitat és l'objecte principal de la competència lingüística. Això significa que la Comunitat Autònoma determinarà el significat de llengua oficial, i indicarà les conseqüències jurídiques annexes a la seva declaració. Així mateix, correspon a la Comunitat Autònoma determinar el significat concret d'altres principis juridicolingüístics que conformen el bloc de la constitucionalitat, especialment els mandats derivats dels preceptes corresponents de la Constitució i dels estatuts d'autonomia. Finalment, també el Tribunal Constitucional ha reconegut la competència de les comunitats autònomes de promocionar la seva llengua pròpia oficial, per normalitzar-la.

c) Quant a la concurrència d'aquesta competència amb altres de l'Estat, pel fet que no es tracta d'una competència específica, sinó genèrica, convé observar, amb el Tribunal Constitucional, que mai les competències sectorials de l'Estat podran “convertirse en un obstáculo que bloquee o vacíe la competencia que sobre normalización lingüística tiene la Comunidad Autónoma” i, a més a més, que “el ejercicio de la competencia autonómica de normalización lingüística tiene por fuerza que incidir en materias también acotadas por otros títulos competenciales reservados al Estado” (STC 74/1989, FJ 2 i 5).

d) Quant a l'abast territorial o institucional, convé no perdre de vista que la Constitució i els estatuts d'autonomia garanteixen un abast territorial de les disposicions de cada Comunitat Autònoma. En conseqüència, la legislació autonòmica s'aplica fonamentalment a l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma respectiva, i no només a l'Administració autonòmica, com s'encarregava de recordar la STC 82/1986. Per tant, i com ja he dit, el mandat de compliment afecta tot el territori de la comunitat, no només les institucions dependents d'aquesta.

13 - Diu en aquest sentit el TC que, “como añade el art. 3.3 de la Constitución, ‘la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección’; respeto y protección que por definición incumben al Estado en sentido estricto y también a las Comunidades Autónomas, algunos de cuyos Estatutos de Autonomía les encomiendan, por lo demás, expresamente, garantizar el uso de ambas lenguas oficiales y adoptar los medios necesarios para asegurar su conocimiento [...]; todo ello sin olvidar las referencias a la protección de otras lenguas o modalidades lingüísticas no oficiales contenidas en varios Estatutos” STC 82/1986, FJ 4).

2.4. El concepte de llengua pròpia

Alguns estatuts d'autonomia incorporen un concepte –el de llengua pròpia– que no és sobrer ni es troba mancat d'efectes jurídics. És aquest, doncs, un concepte que se sol lligar a d'altres que fan referència a aspectes identitaris de la comunitat. Això es veu molt clar en el Preàmbul del nostre Estatut d'Autonomia vigent, on es declara que “La llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, i la nostra cultura i tradicions són uns elements identificadors de la nostra societat i, en conseqüència, són elements vertebradors de la nostra identitat”.

Aquest és, doncs, un concepte del qual el legislador autonòmic derivarà la política dita de “normalització” d'aquesta llengua pròpia, distinta del castellà, ja que a ell correspon assegurar-ne la pervivència i desenvolupament com a codi lingüístic complet per tal que l'ús de la llengua pròpia en tots els àmbits de la vida pública sigui una realitat i que la vida d'aquesta es desplegui amb plenes garanties d'igualtat respecte de la llengua que és oficial a tot l'Estat. Propòsit que es veia molt clar en el Preàmbul de l'Estatut d'Autonomia de 1983, en el qual llegíem que “la Comunitat té com a objectiu dur a terme les accions pertinents d'ordre institucional perquè el català [...] ocupi el lloc que li correspon en qualitat de llengua pròpia”. I és en aquest concepte de llengua pròpia on, com acabo de dir, se situa el fonament metajurídic de la idea normalitzadora que obligarà a formular polítiques lingüístiques orientades a l'assoliment dels objectius pretesos per l'Estatut.

El concepte de llengua pròpia implica, doncs, l'entrada en joc d'un element diferenciador en el marc de la doble oficialitat espanyola, i aquesta diferenciació es fa a favor de la llengua territorial, que és l'única que mereix aquest qualificatiu.

Veiem, doncs, que l'article 3.3 la Constitució s'ha complementat després amb els textos estatutaris, tot establint-se d'aquesta manera un sistema normatiu en certa manera reequilibrador. Aquest s'ha aconseguit mitjançant els imperatius constitucionals de protecció i respecte i del concepte estatutari de llengua pròpia.

Dit això, veiem ara quines conseqüències extreu l'Estatut del concepte de llengua pròpia, i també del de doble oficialitat del castellà i del català.

3. La regulació estatutària

3.1. El concepte de llengua pròpia: conseqüències jurídiques que se'n deriven

Hem vist que correspon als estatuts d'autonomia regular la matèria

lingüística dins el marc constitucional. L'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears, aprovat per la Llei Orgànica 1/2007, de 28 de febrer, inicia aquesta regulació a l'art. 4, sota l'epígraf de "La llengua pròpia", encara que aquest intitulat promet més que no dona, doncs el seu contingut no s'expressa amb la contundència de l'Estatut de Catalunya de 2006, que, a l'article 6.1 diu textualment: "La llengua pròpia de Catalunya és el català. Com a tal, el català és la llengua d'ús normal i preferent de les administracions públiques i dels mitjans de comunicació públics de Catalunya, i és també la llengua normalment emprada com a vehicular i d'aprenentatge en l'ensenyament".

En el cas de les Balears, l'article 4.1 parteix de la declaració feta en el Preàmbul que ja he esmentat i pressuposa que la llengua catalana és la pròpia d'aquesta comunitat, però es limita a dir que "la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, tindrà, juntament amb la castellana, el caràcter d'idioma oficial". A partir d'aquesta afirmació de la doble oficialitat (de la que parlaré més endavant), l'article 4 de l'Estatut estableix una sèrie de drets i de deures en absoluta paritat entre una i altra llengües que d'alguna manera buida de contingut aquesta definició, fet que resulta força criticable des del meu punt de vista, perquè la naturalesa jurídica de llengua pròpia deuria significar o expressar un lligam indissociable entre la llengua i l'àmbit del qual es tracta. Tanmateix, és del caràcter de llengua pròpia, atribuït a la catalana, d'on es deriva una conseqüència jurídica bàsica: la de ser el català la llengua normalment emprada per l'Administració. En aquest sentit, l'Administració, atenent al caràcter de llengua pròpia que té la catalana, ha d'operar i relacionar-se en aquesta llengua de forma principal, perquè és la de la comunitat a què serveix, això sens perjudici del dret d'opció política dels particulars a expressar-se en castellà i sense que tampoc l'Administració exclougui o desconeixi aquesta llengua en la seva relació amb els ciutadans (STC 337/1994, FJ 21).¹⁴

És probable que aquesta darrera afirmació no sigui pacífica entre nosaltres, atesa la poca contundència del text estatutari, però troba

14 - Diu, entre altres coses, aquest FJ que "el catalán, lengua propia de Cataluña, es lengua oficial en el territorio de la Comunidad Autónoma en virtud del art. 3.2 CE y el art. 3 del EAC y, en lo que aquí interesa, es también la lengua de la Generalidad y de la Administración territorial catalana, de la Administración local y de las demás corporaciones públicas dependientes de la Generalidad (art. 5.1 de la Ley 7/1983). Lo que indudablemente incluye a la Administración educativa, de la que dependen los Centros docentes radicados en Cataluña en virtud de la competencia asumida en el art. 15 del EAC. Además, como se ha puesto de relieve por los intervinientes en este proceso constitucional, la mencionada Ley tiene como objetivo, perfectamente legítimo (SSTC 69/1983, 74/1989 y 46/1991), el desarrollo del art. 3 del EAC 'para llevar a cabo la normalización del uso de la lengua catalana en todos los ámbitos y garantizar el uso normal y oficial del catalán y del castellano' (art. 1.1). Por tanto, el deber que se contiene en el precepto cuestionado se vincula directa y exclusivamente con la finalidad de

arguments sòlids en la doctrina del Tribunal Constitucional que ha parlat del concepte de “llengua pròpia” a la STC 46/1991, en dir que considerava ajustat a la Constitució l’art. 34 de la Llei de funció pública de Catalunya. En aquest cas, el Tribunal ha afirmat que és raonable valorar el coneixement de la llengua catalana com a requisit general de capacitat perquè el català és la llengua pròpia de l’Administració, o sigui, és la llengua de l’Administració, i per tant, és una “llengua d’ús preceptiu” (STC 46/1991, FJ 2 i 3).¹⁵ És, doncs, aplicant el bloc de la constitucionalitat que el Tribunal Constitucional ha afirmat que “en efecto, el catalán, lengua propia de Cataluña, es lengua oficial en el territorio de la Comunidad Autónoma [...] y, en lo que aquí interesa, es también la lengua de la Generalidad y de la Administración territorial catalana, de la Administración local y de las demás corporaciones públicas dependientes de la Generalidad” (STC 337/1994, FJ 21).

D’aquesta doctrina hem, doncs, de deduir la plena constitucionalitat de l’article 6 de la Llei de Normalització Lingüística de les Balears (LNL) de 29

normalización del uso del catalán que deben asumir y hacer realidad los Centros docentes situados en Cataluña; y el adjetivo ‘normal’, que emplea el art. 20 de la Ley en relación con los fines que ésta pretende alcanzar, sólo indica el carácter de lengua usual o habitual que se quiere otorgar al catalán en las actividades oficiales de los Centros docentes”.

15 - En el FJ 2 d’aquesta sentència diu el TC que “de lo expuesto, resulta claro que la exigencia de conocimiento del catalán para el acceso a la función pública de la Administración de la Generalidad no es discriminatoria desde la vertiente de la igualdad de los españoles en todo el territorio nacional. Cuestión distinta, que analizaremos seguidamente, es la de si esa exigencia comporta un factor de discriminación personal entre quienes tienen conocimientos de catalán y quienes no los tienen en cuanto al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 CE, en relación con el art. 14 CE). I a aclarir aquest dubte dedica el TC el FJ 3 de la sentència esmentada en aquests termes: “Sin embargo, el inciso impugnado del art. 34 de la Ley catalana 17/1985, al establecer la exigencia de conocimiento del catalán, parte de lo dispuesto en el inciso precedente, en el que se recogen los principios constitucionales de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103 CE). Y dentro de estos principios es donde se sitúa el requisito de conocimiento del catalán. No resulta aceptable el argumento del Abogado del Estado de que esa exigencia puede suponer un obstáculo para acceder a la función pública para quien carezca del conocimiento del catalán. El propio principio de mérito y capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito ad extra, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y un mérito que, según el art. 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar, y por tanto guarda la debida relación con el mérito y capacidad, tal como impone el art. 103 CE (STC 27/1991, fundamento jurídico 4º)”.

d'abril de 1986, quan deriva del caràcter de llengua pròpia la prescripció del català com a llengua de l'Administració.¹⁶

Veiem, doncs, que el concepte “llengua pròpia” comporta efectes jurídics clars, i això sens perjudici que, com a conseqüència de la doble oficialitat del català i el castellà, es derivin deures per a l'Administració d'atendre en castellà els ciutadans que així ho manifestin.

Malgrat, doncs, la poca contundència de l'article 4 de l'Estatut, aquest desplega la competència normativa derivada del concepte de llengua pròpia a l'art. 35, en matèria d'ensenyament d'aquesta llengua, tot establint que “La Comunitat Autònoma té competència exclusiva per a l'ensenyament de la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, d'acord amb la tradició literària autòctona. Normalitzar-la serà un objectiu dels poders públics de la Comunitat Autònoma”.

Del concepte de “llengua pròpia” es deriven, doncs, en definitiva, importants efectes jurídics. Els principals són aquests:

1. Que el català és la llengua de la Comunitat autònoma de les Illes Balears (art. 6.1 LNL) i que, com a conseqüència d'això, ho és del Govern Autònom, del Parlament i dels Consells Insulars i, en general de l'Administració Pública, de l'Administració Local i de les corporacions i institucions públiques dependents de la Comunitat Autònoma. Ho és, doncs, de tota l'Administració autonòmica. Per això l'article 9 LNL diu que el Govern de les Illes Balears ha de regular, mitjançant disposicions reglamentàries, l'ús normal de la llengua catalana, oralment o per escrit, en les activitats administratives dels òrgans de la seva competència; i l'article 34.1 LNL afegeix que el Govern autonòmic ha d'assegurar l'ús de la llengua catalana en totes les funcions i activitats de tipus administratiu que realitzin les institucions i organismes que en depenen. És a conseqüència d'aquest mandat que l'article 34.3 ordena que les bases de convocatòria per proveir places a la Comunitat Autònoma i a les corporacions locals han d'incloure una referència expressa al coneixement de la llengua catalana.¹⁷

D'aquest mandat sorgeix també l'articulat de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears,

16 - També és com a conseqüència de ser el català la llengua pròpia de les Balears que els articles 43 i 44 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, preceptuïn que l'Administració autonòmica i les entitats que integren l'Administració instrumental han d'emprar el català en les seves actuacions internes, en la relació entre elles, en les comunicacions i les notificacions adreçades a persones residents en l'àmbit lingüístic català i en la tramitació dels procediments. Això sens perjudici del dret de les persones interessades a presentar escrits, documents, a fer manifestacions o a rebre notificacions i comunicacions en castellà si ho sol·liciten.

17 - Vegeu el Decret 100/1990, de 29 de novembre, que regula l'ús de les llengües oficials de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

l'article 30 de la qual disposa que les relacions de lloc de treball de personal funcionari i de personal laboral han d'incloure, entre altres dades, el nivell de coneixement de llengua catalana, en els termes que s'estableixin reglamentàriament. I més endavant, l'article 50 de la mateixa Llei fixa com un dels requisits generals d'accés a la funció pública autonòmica el d'acreditar el coneixement de la llengua catalana que es determini reglamentàriament, respectant el principi de proporcionalitat i l'adequació entre el nivell d'exigència i les funcions corresponents. Tot en compliment de la STC 46/1991, FJ 4, que mana relacionar els nivells d'exigència del català amb la capacitat requerida per dur a terme la funció de què es tracta.¹⁸

2. Que la normalització de la llengua catalana és un deure de la Comunitat autònoma (art. 35 EAB), que aquesta ha de dur a terme d'acord amb els preceptes de l'Estatut i els derivats de la LNL que el desenvolupa.¹⁹

18 - Diu el FJ 4: "Cuestión distinta, como subraya el representante del Parlamento de Cataluña, es la de la proporcionalidad de esa exigencia, en función del tipo y nivel de la función o puesto a desempeñar, que viene impuesta por el art. 23.2 CE, pues sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. Ciertamente una aplicación desproporcionada del precepto legal podría llevar a resultados discriminatorios, contrarios tanto al art. 14 como al 23.2 CE. Pero ello no resulta directamente del precepto impugnado, que entendido en sus propios términos, no tiene nada de objetable desde el punto de vista constitucional. [...] Por consiguiente, en tanto que en las concretas convocatorias de los concursos u oposiciones de acceso a los Cuerpos y Escalas o plazas de la Función Pública de la Generalidad no se utilice la exigencia de conocimiento del catalán de manera irrazonable y desproporcionada impidiendo el acceso a la función pública de determinados ciudadanos españoles, no se vulnerará la igualdad reconocida por el art. 23.2 CE. En todo caso, se trata de meras hipótesis, no basadas en evidencia fáctica alguna, y que en absoluto desvirtúan la constitucionalidad del inciso final del art. 34 de la Ley catalana 17/1985".

19 - Per això, l'article 9 LNL estableix el següent: "1. El Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ha de regular, mitjançant disposicions reglamentàries, l'ús normal de la llengua catalana, oralment o per escrit, en les activitats administratives dels òrgans de la seva competència. 2. El Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ha de promoure la normalització de la llengua catalana, oralment o per escrit, als registres públics no dependents de la Comunitat Autònoma. 3. Els Consells Insulars i les Corporacions Locals han de regular l'ús de la llengua catalana dins l'àmbit de la seva competència d'acord amb els principis i les normes d'aquesta Llei. Així mateix, els poders públics han de promoure les corresponents mesures de cara a la progressiva capacitat del personal de l'Administració Pública i de les empreses de caràcter públic a les Illes Balears, en l'ús de la llengua catalana (art. 16 LNL). També ha de promoure el coneixement i desenvolupament de la llengua i cultura catalanes, especialment des de la perspectiva de les Illes Balears, en tots els mitjans de comunicació social (art. 27 LNL)".

A més, d'aquest mandat es deriven:

a) El deure per part de les Administracions públiques de prendre les mesures necessàries per a fer efectius la promoció, el coneixement i l'ús normal de la llengua catalana (art. 4 LNL),

3. Que el coneixement de la llengua catalana és un mèrit preferent en la resolució dels concursos i de les oposicions per proveir els llocs de magistrats i jutges (art. 97.2 EAB) i per a la provisió de les places de notaris i registradors (art. 99 EAB).²⁰

així com d'expedir les còpies o les certificacions en català, llevat del cas que l'interessat o la persona o entitat que les requereixen en sol·licitin la versió castellana (art. 8 LNL).

b) El deure per part dels poders públics d'adoptar les mesures pertinents i de proveir els mitjans necessaris per al coneixement i ús de la llengua catalana en tots els àmbits i activitats de la vida social (art. 33 LNL).

c) El deure del govern, dels consells insulars i de les corporacions locals per assegurar l'ús de la llengua catalana en totes les funcions i activitats de caire administratiu que realitzin les Institucions i Organismes que en depenen (art. 34 LNL) i de garantir l'ensenyament de la llengua catalana als funcionaris i d'altres empleats públics al servei de l'Administració Autònoma (art. 35 LNL).

d) El deure del govern de promoure l'ensenyament de la llengua catalana als adults (art. 36 LNL) i de tots els poders públics per fomentar l'ús d'aquesta llengua a la publicitat (art. 37 LNL).

e) El deure del govern d'assumir la planificació, organització, coordinació i supervisió del procés de normalització de la llengua catalana i d'informar anualment el Parlament sobre la seva evolució (art. 39 LNL), així com d'establir un pla, amb l'assessorament de la Universitat, per tal que la població prengui consciència de la importància i utilitat de la normalització de la llengua catalana i de la conservació, foment i transmissió de la cultura pròpia de les Illes Balears. També de realitzar una enquesta sobre la situació actual de la llengua catalana a les Illes Balears, en relació al coneixement i a l'ús per part dels ciutadans d'aquesta llengua, i ha de promoure l'elaboració d'un mapa sociolingüístic de les Illes Balears. (art. 40 LNL).

h) El deure del govern de promoure, d'acord amb els òrgans competents, la normalització de l'ús de la llengua catalana a l'Administració perifèrica de l'Estat, a l'Administració de Justícia, en els registres, a les empreses públiques i semipúbliques i a qualsevol àmbit administratiu no dependent del Govern de la Comunitat Autònoma (Disposició Addicional 1ª) i podrà sol·licitar al Govern de la Nació i a les Corts Generals els convenis de cooperació i de relació que es considerin oportuns per tal de salvaguardar el patrimoni lingüístic comú, així com efectuar la comunicació cultural entre les Comunitats autònomes que comparteixen la llengua catalana com a llengua pròpia (Disposició Addicional 2ª LNL).

20 - Contra aquest mandat estatutari s'ha al·legat el principi d'igualtat i de no-discriminació, contingut a l'article 14 de la Constitució. Després d'alguns titubeigs, el Tribunal Constitucional va aclarir aquesta matèria a la STC 46/1991, quan va considerar conforme amb els articles 14 i 23.2 CE l'exigència del català com a requisit de capacitat en l'accés a la funció pública al servei de la Generalitat. De manera que, actualment, tant la doctrina del Tribunal Constitucional com la del Suprem accepten totalment la valoració de la llengua com a mèrit o requisit de capacitat, sempre aplicant però el paràmetre de la raonabilitat de la mesura presa (l'exigència lingüística ha de respondre a l'ús de la llengua en les funcions que s'han de desenvolupar) i al criteri de proporcionalitat entre el nivell d'exigència i les tasques desenvolupades del lloc que s'ha de cobrir.

Seguint aquests mateixos criteris, l'article 32.1 de la Llei 2/1989, de la Funció Pública de la comunitat i l'article 24 del Decret 100/1990, de 29 de novembre, establiren que el Govern ha de fixar els criteris per determinar els nivells de coneixement de català dels llocs de treball del

4. Que el català, com a llengua pròpia de les Illes Balears, és oficial a tots els nivells educatius (art. 17 LNL).²¹

5. Que el català és la llengua usual en emissores de ràdio i de televisió i en altres mitjans de comunicació social de titularitat de l'Administració Autònoma o sotmesos a la seva gestió (art. 28.1 LNL).²²

3.2. La doble oficialitat

Mentre que el concepte de llengua pròpia implica un contingut històric i sociològic que lliga una determinada llengua al territori i a la comunitat que hi habita, el concepte de llengua oficial té una connotació estrictament jurídica. Una llengua serà oficial perquè així ho estableix la llei.

La Constitució, després de dir que “el castellà és la llengua espanyola oficial de l'Estat”, diu que “tots els espanyols tenen el deure de conèixer-la i el dret d'usar-la” (art. 3.1). I afegeix tot seguit que “les altres llengües espanyoles seran també oficials en les respectives Comunitats Autònomes d'acord amb els seus Estatuts” (art. 3.2).

personal al servei de l'Administració de la Comunitat. En aquesta línia, per desplegar els dos preceptes es va dictar el Decret 222/1996, de 21 de desembre, pel qual s'establien les instruccions per fixar els criteris per a la determinació dels nivells de coneixement de català en relació amb els llocs de treball de l'Administració de la Comunitat Autònoma, corresponents al personal funcionari.

Tots aquests preceptes han passat a la Llei 3/2007, de 27 de març, de la Funció pública en els termes ja esmentats. Llei, aquesta, que desplega el Decret 114/2008, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament que regula l'exigència de coneixements de llengua catalana en els procediments selectius d'accés a la funció pública, per a ocupar llocs de treball que es convoquen en l'àmbit de l'administració de la Comunitat autònoma de les Illes Balears.

21 - Això implica que l'Administració ha de prendre les mesures necessàries per fer efectiu aquest dret (també, òbviament, a fer efectiu el dret dels qui volen estudiar en castellà) i que la llengua i la literatura catalanes, amb especial atenció a les aportacions de les Illes Balears, hagin d'esser ensenyades obligatòriament en tots els nivells i graus i modalitats de l'ensenyament no universitari. Per això s'ha de garantir el compliment d'aquesta disposició en tots els centres docents (art. 19.1 LNL).

22 - Per això el Govern ha d'impulsar la normalització de la llengua catalana a les emissores de ràdio i canals de televisió estatals o privats, a fi de promoure l'ús del català com a llengua pròpia de les Illes Balears (art. 28.2 LNL), i durà una política de col·laboració, en matèria de ràdio i televisió amb altres Comunitats Autònomes que tinguin el català com a llengua pròpia (art. 30.1 LNL), potenciarà la producció i exhibició de pel·lícules realitzades, doblades o subtítolades en català, d'altres mitjans audiovisuals i d'edicions fonogràfiques en llengua catalana amb mesures adequades les representacions teatrals: espectacles i d'altres manifestacions culturals en català, contribuirà al foment del llibre i altres publicacions en llengua catalana amb mesures que en potenciïn la producció editorial i la difusió (art. 31.1,2 i 3 LNL) i donarà suport econòmic als mitjans de comunicació que emprin la llengua catalana de forma habitual (art. 32.1 LNL).

En reconèixer, doncs, l'existència de diverses llengües oficials, per bé que algunes limitades territorialment, la Constitució proclama el principi del pluralisme, que es garantirà a través dels estatuts d'autonomia i la legislació autonòmica de desenvolupament. Per tant, el castellà serà oficial en tot l'Estat, però haurà de compartir aquesta oficialitat amb altres llengües (que la Constitució qualifica també d'espanyoles) en els territoris on aquestes hagin estat reconegudes com a tals pels seus respectius estatuts d'autonomia.

Fixeu-vos que la Constitució mai no parla de cooficialitat (expressió que sí que ha emprat, però, el Tribunal Constitucional i també el Tribunal Suprem), sinó d'oficialitat d'una i altra llengua, quan es doni el cas. Cadascuna de les dues llengües té, doncs, una oficialitat plena. Per això en aquests territoris sembla més adient parlar de doble oficialitat.

Estem, doncs, en condició de veure que, si bé el dret a tria lingüística de les institucions i el procés normalitzador són una conseqüència del caràcter de llengua pròpia, els drets i deures lingüístics deriven bàsicament del caràcter de llengua oficial. Per tant, les institucions –les de les Balears en el nostre cas– hauran d'actuar compel·lides per tot una sèrie de deures que deriven del caràcter de ser el català la llengua pròpia del territori que administren o bé on actuen, mentre que el dret a la llibertat d'elecció per part del ciutadà de les Balears deriva directament del caràcter de llengua oficial.

És per això que no hi ha contradicció, ni menys encara incompliment legal, en afirmar que la noció de llengua pròpia habilita molts mandats en què es fa el català d'ús obligatori (per bé que no exclusiu), cosa que genera unes obligacions a les Administracions públiques, a les Corporacions de dret públic, com per exemple, aquesta Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears, així com també a institucions i entitats, obligacions que, al seu torn, esdevenen drets per als ciutadans que volen gaudir d'una atenció en aquesta llengua pròpia (el català en el nostre cas). L'oficialitat, doncs, queda modulada per la declaració de llengua pròpia, de manera que es generen usos oficials diferents per al castellà i el català d'acord amb la circumstància que aquest gaudeix de l'estatut de llengua pròpia de les Illes Balears.

Segons el Tribunal Constitucional, l'abast i els efectes de l'oficialitat estan configurats per la legislació autonòmica, d'acord amb els respectius estatuts d'autonomia (STC 82/1986, 123/1988 i 337/1994). En conseqüència, la legislació autonòmica ha de regular els usos oficials que es poden derivar de l'oficialitat declarada estatutàriament a l'article 4.1, segons el qual, "la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, tindrà, juntament amb la castellana, el caràcter d'idioma oficial".

I això implica la necessitat de parlar dels drets i dels deures lingüístics derivats de la doble oficialitat.

3.2.1. Els drets lingüístics

Parlar dels drets lingüístics (com també parlar dels deures) és una qüestió francament delicada perquè de seguida provoca discussions on aviat apareix la visceralitat i on sovint es perden les formes. De seguida sorgeix una paraula mítica: “llibertat”, com si aquesta permetés als uns i als altres de fer qualsevol cosa. I això no és cert. No ho és, doncs –com voldrien alguns–, que la teoria de la llibertat lingüística permeti a una administració autonòmica desconèixer certs drets constitucionals dels qui volen viure sempre en castellà, però tampoc no ho és –com voldrien uns altres– desconèixer el dret dels qui volen viure fent servir la llengua pròpia de la Comunitat Autònoma que és, a més, oficial. I tanmateix hauria de ser possible arribar a un mínim acord, al qual només podrem accedir si assumim una sèrie de principis que no poden deixar de ser avaluats i acceptats des del respecte a la llei.

Potser, doncs, que fixem el primer d'aquests principis: que la teoria de la llibertat lingüística és vàlida per explicar relacions estrictament privades, però en canvi és clarament insuficient per justificar l'engranatge de drets i deures que es poden donar entre el poder i els ciutadans, i fins i tot, en moltes de les relacions que aquests darrers mantenen entre sí. I això perquè el fenomen lingüístic (considerat tant des de l'òptica estrictament comunicativa com des d'una perspectiva cultural) és un fet col·lectiu i, com a tal, tot el ventall de drets i obligacions individuals que s'hi articulen han de tenir en compte aquesta dimensió col·lectiva, que exigeix un ordenament jurídic que reguli la llengua o les llengües presents en una comunitat política. Ordenament que trobem en el bloc de la constitucionalitat, del qual deriven un conjunt de drets i de deures, que afectaran a les persones i les institucions, i que, com hem vist, s'articulen sobretot a partir dels conceptes d'oficialitat i de llengua pròpia. Drets, però, que no constitueixen, almenys des del punt de vista de les seves garanties, drets fonamentals. Els drets lingüístics es configuren, en canvi, com a drets públics subjectius de caràcter ordinari, exigibles davant dels poders públics, però sense cap via privilegiada de defensa jurisdiccional ni el límit per al legislador que suposa el contingut essencial dels drets fonamentals, d'acord amb l'article 53 CE, sense que això vulgui dir que algun dret fonamental no contingui algun aspecte lingüístic.

No és aquest el lloc per recollir tots i cadascun dels drets lingüístics, si bé cal referir-se a aquells que han estat més discutits i han provocat més controvèrsia. Res, doncs, no ve més a tomb que referir-me altre cop al “Manifiesto” per veure on aquesta controvèrsia és present. I ho dic, això, perquè els intel·lectuals que el signen, partint d'una premissa netament ideològica que ells donen per vàlida, (“[que] hay una asimetría entre las lenguas españolas oficiales, lo cual no implica injusticia (?) de ningún tipo

porque en España hay diversas realidades culturales pero sólo una de ellas es universalmente oficial en nuestro Estado democrático”), obliden absolutament l'estatut jurídic de les llengües, i en concret, les conseqüències jurídiques derivades precisament del concepte –també jurídic– de llengua oficial. Per això, acudint als principis (sens dubte constitucionals) de llibertat lingüística i de no discriminació per raó de la llengua (drets que observen, però, només des del punt de vista del castellà), es permeten fer afirmacions tan contundents com aquesta: “los ciudadanos que hablan cualquiera de las lenguas cooficiales tienen derecho a recibir educación y ser atendidos por la administración en ella, pero las lenguas no tienen el derecho de conseguir coactivamente hablantes ni a imponerse como prioritarias en educación, información, rotulación, instituciones, etc... en detrimento del castellano (y mucho menos se puede llamar a semejante atropello ‘normalización lingüística’)”, afirmació que diu alguna veritat però no tota la veritat. Perquè si bé és cert que la llibertat d'emprar la llengua que es vulgui forma part del dret de la llibertat de l'individu,²³ davant el qual els poders públics han d'observar un deure d'abstenció, també ho és que, juntament amb un deure de conèixer la llengua oficial (deure entès com una càrrega explícita en el cas del castellà i implícita en el cas del català), es genera en el ciutadà el dret de conèixer la llengua, cosa que, al seu torn, suposa per al poder públic (Estat o Comunitat Autònoma) el deure de disposar dels mitjans indispensables perquè aquell la pugui aprendre.

I no podem, doncs, negar –com sembla que neguen els autors del “Manifiesto”– aquest deure implícit de conèixer la llengua oficial de la Comunitat Autònoma diferent del castellà, i això perquè el Tribunal Constitucional ha avalat en les seves sentències el deure dels alumnes que pretenen superar els cicles obligatoris de mostrar que coneixen suficientment les llengües oficials de la Comunitat Autònoma d'allà on han cursat els estudis,²⁴ fet que

23 - Si bé aquesta llibertat no està reconeguda expressament per la norma fonamental, hauríem d'enquadrar-la dins de diversos drets fonamentals, i especialment en els que reconeix l'article 20.1 de la Constitució (“a) A expressar i difondre lliurement els pensaments, les idees i les opinions mitjançant la paraula, l'escriptura o qualsevol altre mitjà de reproducció.- b) A la producció i a la creació literària, artística, científica i tècnica.- c) A la llibertat de càtedra.- d) A comunicar o a rebre lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió. La llei regularà el dret a la clàusula de consciència i al secret professional en l'exercici d'aquestes llibertats.” També podríem esmentar l'article 24.1 (que regula el dret a obtenir la tutela judicial efectiva), l'article 27.1 (que regula el dret a l'educació i reconeix la llibertat d'ensenyament), o bé l'article 44.1 (que encomana als poders públics que promoguin i tutel·lin l'accés de tothom a la cultura).

24 - Diu el Tribunal Constitucional que “Problema distinto del examinado hasta ahora es si, aun siendo el Estado titular de la competencia para fijar los horarios mínimos, se excedió en el modo de ejercerla, como también alega el Gobierno vasco. Es cierto que en casos como el presente cabe la posibilidad de ese exceso, ya que los horarios mínimos tienen como finalidad, según se ha dicho, asegurar el cumplimiento de las enseñanzas mínimas, y ello ha de hacerse

esdevé un veritable deure d'aprenentatge de les llengües oficials i que pot tenir conseqüències respecte de l'exercici efectiu del dret de tria lingüística. I això fa també indispensable que els docents tinguin els coneixements lingüístics adequats. Veiem, doncs, com n'és, de discutible, la primera gran conclusió del "Manifiesto", d'acord amb la qual "1. La lengua castellana es [...] la única cuya comprensión puede serle supuesta a cualquier efecto a todos los ciudadanos españoles". Aquesta afirmació, aplicada –com ells pretenen– als ciutadans d'una Comunitat Autònoma que té com a llengua pròpia una altra diferent del castellà, no és jurídicament acceptable.

Cosa ben diferent és el dret d'opció lingüística que té tot ciutadà de fer un ús vàlid jurídicament de la llengua oficial escollida davant dels poders públics i dels particulars. I aquest dret que el ciutadà té a usar la llengua que esculli deriva, precisament, del principi d'oficialitat. Si a la nostra Comunitat Autònoma són oficials el català i el castellà, el ciutadà té dret a usar la llengua que vulgui. Ara bé, aquesta afirmació no es correspon amb la que conté la segona conclusió a què arriben els redactors del "Manifiesto", en afirmar que "2. Todos los ciudadanos que lo deseen tienen derecho a ser educados en lengua castellana, sea cual fuere su lengua materna". Perquè aquesta afirmació va més enllà del dret d'ús de la llengua i entra en el debat, força més complex: el de la llengua a l'ensenyament.

I a l'hora de parlar de la llengua a l'ensenyament hem d'esmentar d'entrada la doctrina del Tribunal Constitucional, i en concret, aquella sentència on es diu que és "del reconocimiento de la cooficialidad del castellano y de la lengua propia de una Comunidad [que] se deriva el mandato para los poderes públicos, estatal y autonómico, de incluir ambas lenguas cooficiales como materia de enseñanza obligatoria en los Planes de Estudio, a fin de asegurar el derecho, de raíz constitucional y estatutaria a su utilización" (STC 337/1994, FJ 14). I, atenent a l'esquema constitucional de distribució de competències, és al legislador autonòmic a qui correspon

en forma que no vacíen de contenido práctico las competencias de las Comunidades Autónomas, que en el caso de la vasca las ostenta de acuerdo con el art. 16 de su Estatuto, que dice:

'En aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Constitución, es de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio del art. 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el art. 149.1.30 de la misma y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía.'

El Gobierno vasco hace particular hincapié en el hecho de la cooficialidad del castellano y el euskera, en efecto todos los habitantes de Euskadi tienen el derecho a conocer y usar ambas lenguas (art. 6.1 del Estatuto). Ello supone, naturalmente, que ambas lenguas han de ser enseñadas en los centros escolares de la Comunidad con la intensidad que permita alcanzar ese objetivo. Y es de observar en este mismo sentido que tal deber no deriva solo del Estatuto sino de la misma Constitución". (STC 87/1983, FJ 15)

regular l'aprenentatge de la llengua oficial pròpia de la Comunitat Autònoma. I és aquesta legislació la que configura l'aprenentatge del català com un deure dels alumnes, i la que també garanteix –evidentment!– que al final del cicle educatiu obligatori tots han de poder emprar correctament tant el català com el castellà.²⁵

Ara bé, segons ha dit el Tribunal Constitucional, aquest dret constitucional a l'educació no comprèn un hipotètic dret de l'alumne –o dels seus representants legals– a escollir la llengua en la qual es realitzarà l'ensenyament (o llengua vehicular). En aquest sentit, el màxim intèrpret de la Constitució diu que “ninguno de los múltiples apartados del artículo 27 CE –ni el primero, al reconocer los derechos de todos a la educación, ni el segundo o el séptimo, en los que aparecen claramente mencionados los padres de los alumnos [...]– incluye, como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores” (STC 195/1989, FJ 3). En tot cas, l'elecció de centre educatiu per raó de llengua és un dret de rang legal i, consegüentment, només existeix en la mesura que l'atribueixi l'ordenament infraconstitucional i s'ha d'exercir dins les disponibilitats organitzatives que ofereix el sistema educatiu. Això s'expressa en diverses sentències i, especialment, a la STC 337/1994 –que resolvia la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel Tribunal Suprem en relació amb els preceptes de la Llei de Normalització Lingüística de 1983, de Catalunya, que definien els models de conjunció lingüística–, sentència que va establir amb tota claredat que la decisió sobre la llengua de l'ensenyament s'inscriu en l'esfera competencial dels poders públics, als quals correspon definir el model lingüístic escolar vigent dins cada Comunitat Autònoma. Per consegüent, si bé les lleis poden reconèixer un dret a l'elecció lingüística en el terreny de l'ensenyament, no es tracta d'un dret de reconeixement preceptiu ni en cap cas absolut.²⁶

3.2.2. Els deures lingüístics

Els deures lingüístics neixen, com els drets, de l'oficialitat de les llengües, i afecten, doncs, al castellà i al català. Ja hem vist respecte d'aquell el deure constitucional que explicita l'article 3 CE de conèixer l'idioma que és oficial a tota Espanya. Però de tot el que venim dient és clar que també es produeix en molts casos un deure implícit de conèixer el català –quan aquest és la llengua pròpia de la comunitat–, encara que no d'usar aquesta llengua.

25 - Vegeu els articles 17 a 26 de la Llei de Normalització Lingüística de 29 d'abril de 1986.

26 - També el Tribunal Suprem avalà el sistema de conjunció lingüística en la Sentència de 17 d'abril de 1996.

D'acord amb aquests principis, hem de presumir, doncs als ciutadans –si més no a priori– que coneixen els idiomes oficials de la Comunitat Autònoma i, si aquest coneixement no es té, és el mateix interessat qui ho ha d'acreditar.

Ara bé, si en relació al ciutadà no podem dir que aquest tingui el deure de conèixer aquesta llengua (tret del cas que aquest sigui un alumne subjecte al procés educatiu d'una comunitat autònoma amb llengua pròpia), quan es tracta d'Administracions públiques, aleshores els deures que aquestes assumeixen en relació a les llengües oficials són força més amplis. Així –ni que sigui de manera sintètica– podem assenyalar els deures de disponibilitat (arts. 2 i 5 LNL) i d'atenció, tant activa o passiva, en cadascuna de les llengües oficials (arts. 6 a 12 LNL). Deures que també es fan extensius a les persones jurídiques (art. 3 LNL que remet a l'article 2 de la mateixa llei), així com a d'altres esferes: concretament als funcionaris de l'Administració de Justícia, ja que dins l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, tots els ciutadans tenen dret a poder dirigir-se a aquesta Administració en la llengua oficial que estimin convenient d'usar, i no se'ls pot exigir cap classe de traducció (art. 11.1 LNL), perquè cal tenir en compte que totes les actuacions, documents, escrits, realitzats o redactats en català, són totalment vàlids i eficaços davant els tribunals i els jutjats de les Illes Balears. Circumstàncies aquestes que naturalment afecten als notaris i registradors, en la seva relació amb els ciutadans, ja que aquests tenen dret a ser assabentats en la llengua que elegeixin (art. 11.2 LNL).

Pel que fa a la llengua pròpia, la llei diu que l'Administració té el deure específic d'utilitzar-la (arts. 6 i 7 LNL), i d'adoptar les mesures necessàries per a la seva normalització (art. 10 i Títol IV de la LNL). La llei ordena també que la inscripció dels documents en els registres públics dependents de la Comunitat Autònoma es faci en català (art. 12 LNL), que la retolació pública sigui també en català i estableix un ordre de prioritat en favor d'aquesta llengua en els casos de retolació bilingüe (art. 15 LNL), ordena que la toponímia sigui en català (art. 14 LNL) i exigeix que els Poders Públics prenguin les mesures necessàries de cara a la capacitació del personal de l'Administració (art. 16 LNL) i específicament de l'Administració de la justícia (art. 11.3 LNL). També en matèria d'ensenyament (Títol II de la LNL)²⁷ i dels mitjans de comunicació social (Títol III de la LNL).

27 - En matèria d'ensenyament, a més del Títol II LNL (arts. 17 a 26) cal ressenyar el Decret 92/1997, de 4 de juliol, que regula l'ús i l'ensenyament de i en llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, en els centres docents no universitaris de les Illes Balears, i l'Ordre del conseller d'Educació, Cultura i Esports, de 12 de maig de 1998, per la qual es regulen els usos de la llengua catalana, com a llengua d'ensenyament en els centres docents no universitaris de les Illes Balears.

4. Conclusions

Si observem el bloc de la constitucionalitat d'una manera objectiva i freda, haurem de concloure que, en matèria lingüística, el legislador ha intentat establir –és clar que amb major o menor fortuna– una sèrie de principis bàsics que configuren el marc legal de les llengües en contacte en els diversos territoris de l'Estat espanyol que posseeixen una llengua pròpia diferent del castellà, principis que, en un primer estadi, han desplegat els estatuts d'autonomia –que, no ho oblidem, són lleis orgàniques de l'Estat–, i després les lleis que les comunitats autònomes han promulgat en l'exercici de la seva competència sobre la llengua, la cultura i l'ensenyament. Regulació aquesta que ha completat finalment la doctrina jurisprudencial, també amb major o menor encert. És, doncs, amb tots aquests elements que s'han anant elaborant les bases d'una nova disciplina jurídica, el “Dret lingüístic”, que, com apuntava Miguel Ángel Aparicio en el pròleg del que és probablement el primer tractat sobre la matèria –llibre que devem al professor Jaume Vernet i als seus col·laboradors–, constitueix ja avui “una disciplina amb fonaments metodològics propis”

No hi ha dubte que des de posicions nacionalistes (que, diguem-ho clarament, no només es donen del costat de les comunitats autònomes amb llengua pròpia diferent del castellà) cadascú podrà opinar el que vulgui. I podrà també demanar que, de lege ferenda, el legislador (constitucional i ordinari) prengui el camí que a ells sembla més adequat i que millor s'adapta als seus impulsos ideològics. Però el jurista que no pretén, sinó, estudiar i interpretar el marc legal en què ens movem, ha de treballar sempre amb els elements que la llei, la jurisprudència i la doctrina posen a la seva disposició.

Aquest no és, però, el camí que han fet els intel·lectuals que signaren el “Manifiesto”. Tampoc és el camí que han seguit els qui, al·legant la defensa de la llibertat d'expressió i la llibertat d'elecció de llengua, han construït frases tan enginyoses, i tan perverses alhora, com aquella que diu que “tan dictadores son los que prohíben una lengua como los que la imponen”,²⁸ donant per entès que les comunitats que han optat pel sistema d'immersió com a model de conjunció lingüística (model del que naturalment es pot discrepar), imposen la llengua catalana de manera dictatorial i, per tant, il·legalment i antidemocràticament, oblidant, és clar, no sols la constitucionalitat declarada d'aquest model, així com també de les polítiques de protecció i de normalització de les llengües minoritàries que algunes

28 - Aquest cop cito de memòria Fernando Savater. No guardo la referència de l'article on va fer aquesta afirmació.

comunitats han dut a terme d'acord amb aquella màxima de Lacordaire segons la qual “entre el fort i el feble, és la llibertat qui oprimeix i la llei qui allibera”.

Més greus esdevenen aquestes actituds quan són juristes els qui fan afirmacions tan insostenibles com aquella de Francisco José Hernando, president aleshores del Tribunal Suprem i del Consell General del Poder Judicial, que atacà la política lingüística de la Generalitat de Catalunya dient que “no creo que se deba imponer a nadie el conocimiento de una lengua que luego no tiene una proyección positiva en otros aspectos de la vida”. Sentència que esdevé sens dubte la demostració palpable d'un fet per a mi incompreensible: que juristes que ocupen un rang tan alt en els Poders de l'Estat, emetin opinions sobre les llengües espanyoles minoritàries que, no sols hem de qualificar com a ofensives, sinó també contràries al mandat que conté l'article 3.3 de la Constitució Espanyola, que les considera “un patrimoni cultural que serà objecte d'especial respecte i protecció”.

Nosaltres, senyors acadèmics, no som polítics, o si és que ho som, sabem que no és aquest el marc on hem de defensar el nostre posicionament ideològic. Nosaltres som juristes, membres d'aquesta Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears que té com a finalitat “l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració a la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica” (art. 2 dels Estatuts). I és precisament l'estudi i la investigació del dret el que m'ha mogut a escriure aquest discurs d'ingrés i el que ha de regir el meu comportament al costat vostre en la meva vida acadèmica.

Moltes gràcies.

**V.2- DISCURS DE CONTESTACIÓ AL D'INGRÉS
EN L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE LES ILLES BALEARS
DEL SENYOR JOSEP MARIA QUINTANA PETRUS
PER PART DE L'ACADÈMIC
SENYOR PERE ANTONI AGUILÓ MONJO**

Dándose cumplimiento a lo previsto en el art. 14 de los estatutos de la Corporación, el Académico Pedro A. Aguiló Monjo contestó, en nombre de la Academia, el discurso de ingreso de Josep Maria Quintana, y, por avatares que no viene al caso indicar, fue muy escaso el tiempo de que dispuso para su preparación; pero, a pesar de ello, tuvo su disertación –que a continuación se recoge– una profundidad admirable. Dentro de un tono general de beneplácito con las afirmaciones que se contienen en el discurso de ingreso, no dejó de poner de relieve algunas discrepancias, centradas particularmente en el alcance del deber de conocimiento de la lengua oficial autonómica, ya que sostiene que, en su referencia a la Administración y a las instituciones públicas presenta una obligatoriedad absoluta, mientras que para los ciudadanos se configuraría más como una carga dirigida a la obtención de un determinado resultado, como sería el conocimiento de la lengua autonómica para ingresar en la Administración de las Illes. Revisó también la normativa catalana –en especial la sancionadora– en materia de etiquetado y rotulación, dando sobre todos estos actualísimos temas su autorizada opinión.

I

Agraïments

En primer lloc vull agrair al president que m'hagi designat per contestar en nom de l'Acadèmia al discurs del nou acadèmic electe, el senyor Josep Maria Quintana Petrus. No obstant això, he de lamentar que raons de salut han impedit a l'acadèmic de número, el senyor Félix Pons Irazazábal, inicialment designat, culminar la labor encarregada, encara que hagi pogut comptar amb les seves notes manuscrites inicials, la qual cosa vull ressaltar expressament.

Les raons per al meu agraïment són, com a mínim, de tres tipus: la primera, perquè recau en mi l'honor i la responsabilitat del discurs de contestació, a pesar de ser el darrer dels acadèmics que ha donat lectura al seu discurs d'ingrés; la segona, per la meva particular relació amb el senyor Miguel Coll Carreras, que, per mort, va deixar vacant el lloc de l'Acadèmia que ocuparà el senyor Josep Maria Quintana Petrus. El primer va ser el meu cap en l'Advocacia de l'Estat i el meu president en el Consell Consultiu. Va ser, segons el meu parer, el jurista més complet que, almenys en dret públic, ha conegut la nostra generació. Amb el segon vaig compartir la primera etapa del Consell Consultiu, des del 1993 fins al 2001, i vaig poder apreciar el seu rigor i la seva sòlida formació jurídica; i la tercera, per l'admiració que sent pel nou acadèmic, per l'amplitud i la generalitat dels seus sabers, que fugen de l'especialització, i per la rigorosa disciplina que s'imposa en el treball.

Així, essent un jurista inicialment format en el dret privat, sense deixar de practicar-lo en el Registre de la Propietat i de cultivar-lo en diferents articles publicats en revistes especialitzades, ha tingut una intensa dedicació al dret públic, com ho proven els seus estudis sobre l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, sobre la Llei electoral per a les Illes Balears o sobre el dret d'aigües. De la mateixa manera, la seva formació inicial, com a llicenciat en filosofia i lletres i doctor en filologia romànica, s'ha traduït en una dedicació professional a la història i a la literatura, amb els fruits, en assajos i novel·les, de tots ben coneguts.

II

El tema del discurs: una qüestió polèmica

L'autor del discurs ens explica les raons profundes de l'elecció del tema, "Llengua i dret a la comunitat autònoma de les Illes Balears: una opció per a la llengua pròpia", quan afirma que:

Dret, doncs, i llengua són els substantius que defineixen per excel·lència les disciplines a què he servit, però aquests substantius han anat sovint acompanyats de dos adjectius indispensables: els adjectius balear i català pel que fa referència al dret [...] alhora que és l'adjectiu català el que sempre ha acompanyat la meua condició de lingüista i d'escriptor [...].

Es tracta, no obstant això, d'un tema polèmic perquè la llengua és, en molts de casos, un dels ingredients principals del projecte d'identitat d'un poble, amb components ètnics, culturals i polítics que configuren el concepte de nació. Tot això s'aguditzava en el cas d'Espanya, que constitueix un Estat que comprèn diferents nacionalitats i regions i que està format per territoris en què conviuen comunitats lingüístiques de la llengua pròpia del territori juntament amb comunitats lingüístiques de la llengua de l'Estat.

A més, el discurs que es contesta adopta una posició deliberadament polèmica pel fet d'enfrontar-se obertament al grup d'intel·lectuals que varen subscriure en els mitjans de comunicació el "Manifest per la llengua comuna" en defensa del castellà.

En tot cas, el plantejament que s'adopta és estrictament jurídic i limitat a la regulació estatutària de les Illes Balears, sens perjudici de l'anàlisi general dels règims de dret comparat i de les exigències derivades del bloc de la constitucionalitat.

III

Llengua, territori i Estat: doble oficialitat

Tal com assenyala Jesús Prieto de Pedro en el seu llibre *Llengües, llenguatge i dret*, la relació entre les llengües i el dret ha de ser de llibertat, la qual cosa comporta que els ciutadans han de poder comunicar-se en la llengua triada sense que es produeixi cap intervenció dels poders públics. Aquesta configuració dels drets lingüístics com a drets de llibertat es manifesta en els camps de les relacions privades i de la creació artística, però en les relacions entre els ciutadans i les administracions públiques la llengua perd el seu estatus de llibertat per convertir-se en un dret públic de caràcter subjectiu. La Constitució espanyola regula els aspectes relatius a la llengua a partir del reconeixement del pluralisme lingüístic que consagra l'article 3, però no inclou els drets lingüístics entre els drets fonamentals susceptibles d'empara constitucional, tot i que pel fet d'estar inclosos en el títol preliminar s'hagin de considerar principis bàsics del text constitucional.

El discurs del nou acadèmic està sòlidament construït i fonamenta les

seves afirmacions en la normativa vigent i en la jurisprudència constitucional i ordinària. Però, actualment, una de les qüestions més candents, generada per l'article 6.2 de l'Estatut de Catalunya de 2006, pendent ara per ara de sentència del Tribunal Constitucional, és sens dubte la del deure de coneixement de la llengua oficial autonòmica. Però abans d'arribar a la seva anàlisi, és imprescindible una breu reflexió sobre la regulació constitucional de la pluralitat lingüística.

L'article 3 de la Constitució espanyola diu:

1. El castellà és la llengua espanyola oficial de l'Estat. Tots els espanyols tenen el deure de conèixer-la i el dret a usar-la.

2. Les altres llengües espanyoles seran també oficials en les respectives comunitats autònomes d'acord amb els seus estatuts.

3. La riquesa de les distintes modalitats lingüístiques d'Espanya és un patrimoni cultural que serà objecte d'especial respecte i protecció.

El primer apartat regula l'oficialitat del castellà com a llengua espanyola caracteritzada per les notes següents:

a) És la llengua oficial en tot el territori de l'Estat;

b) És la llengua oficial de l'Estat, entenent com a tal, segons el FJ 2 de la sentència del Tribunal Constitucional núm. 82/1986, “[...] el conjunt dels poders públics espanyols, incloent els autònoms i locals [...]”;

c) És la llengua oficial de tots els espanyols; i

d) Tots ells tenen el deure de conèixer-la i el dret a usar-la. Tengui en compte que s'utilitza el terme deure, que és més propi de la moral i l'ètica, i no el d'obligació, com a mandat imperatiu exigible de naturalesa jurídica, l'incompliment del qual, si està degudament tipificat, pot, inclús, donar lloc a una sanció. L'abast d'aquest deure de coneixement, segons el Tribunal Constitucional, es reconduïx al fet que no se'n pot al·legar vàlidament el desconeixement.

El segon apartat, en contraposició, determina l'oficialitat de les altres llengües espanyoles “en les respectives comunitats autònomes d'acord amb els seus estatuts”, la qual cosa suposa: a) que la seva oficialitat es limita a l'àmbit territorial de la comunitat autònoma respectiva i b) que seran els estatuts d'autonomia —i les lleis autonòmiques que els despleguin— els que modularan el contingut de l'oficialitat esmentada. No és, en canvi, la llengua d'un Estat i manté silenci sobre les persones destinatàries d'aquesta oficialitat, del deure de conèixer-la i fins i tot del contingut del dret a utilitzar-la.

Tres són les notes que deriven de l'examen comparatiu dels apartats 1 i 2 de l'article 3 de la Constitució:

a) La vinculació del pluralisme lingüístic i la cooficialitat amb el principi de territorialitat. Les STC 82, 83 i 84/1986 varen al·ludir al “sistema de cooficialitat territorial establert per l'article 3.2 CE” i varen afirmar que “el criteri delimitador de l'oficialitat del castellà i de la cooficialitat d'altres llengües espanyoles és el territori, independentment del caràcter estatal (en sentit estricte), autonòmic o local dels diferents poders públics”. No obstant això, també des del primer moment, la doctrina es va referir als efectes supraterritorials quan una llengua gaudeix d'oficialitat en el territori de diverses comunitats autònomes, la qual cosa ha generat el concepte de llengua coincident, que evita la necessitat de traducció, segons l'article 36.3 de la Llei 30/1992 o l'article 231.4 de la Llei orgànica del poder judicial; als efectes extraterritorials, dels quals són mostra l'ús, certament ocasional, de les llengües cooficials en el Senat o la possibilitat de presentar escrits en aquestes llengües en les delegacions oficials comercials de les comunitats autònomes fora del seu territori. Més importància adquireix la formulació de l'article 33.5 del nou Estatut de Catalunya de 2006, segons el qual els ciutadans de Catalunya tenen dret a relacionar-se per escrit en català amb els òrgans constitucionals i amb els òrgans jurisdiccionals d'àmbit estatal, que tindran, en tot cas, plena eficàcia jurídica i hauran de ser atesos i tramitats, encara que afegeixi l'ambigua i inconcreta frase “d'acord amb el procediment establert per la legislació corresponent”; i als efectes infraterritorials quan la seva oficialitat o ús no abasta el territori de tota la comunitat autònoma.

b) La remissió a l'Estatut d'autonomia com a norma jurídica que ha de fixar el règim de drets i deures que la declaració d'oficialitat de la llengua autonòmica comporta. En aquest sentit, un ampli sector de la doctrina a Catalunya (Milian i Massana, Vernet, Pérez Fernández, Puig Salellas, Jou i Mirabent, entre d'altres) sosté que “l'omissió en el text constitucional d'un equivalent deure de conèixer per a les altres llengües espanyoles distintes del castellà no s'ha d'entendre com una prohibició per al seu establiment, ni com el reconeixement d'un estatut degradat d'oficialitat, sinó més aviat com una remissió a les comunitats autònomes perquè siguin elles les quals fixin el règim jurídic-lingüístic (drets i deures) de les seves llengües autòctones (Pérez Fernández en el llibre Estudios sobre el Estatuto Jurídico de las lenguas en España).

c) La llengua oficial autonòmica no és la llengua d'un Estat. Aquesta idea té particular importància en els temes relatius a la Unió Europea, ja que les llengües de la Comunitat, llengües de la Unió o llengües del Tractat s'identifiquen en la pràctica amb les llengües estatals. Fins i tot l'irlandès, llengua parlada habitualment per a penes vint mil persones i amb un ús

oficial molt reduït o quasi simbòlic, ha obtingut, pel seu caràcter estatal, a partir de 2007, el reconeixement de llengua oficial de la Unió quan va ser inclosa en el catàleg de l'article 1 del Reglament del Consell 1/1958, de 15 d'abril, pel qual es fixa el règim lingüístic de la CEE. En canvi, les llengües oficials regionals, però no estatals, no reben aquesta consideració. Per a aquestes llengües, en un llarg procés que passa per la Resolució d'11 de desembre de 1990, sobre la situació de les llengües a la Comunitat i la de la llengua catalana —que pràcticament no va produir efectes— i per les Conclusions del Consell de Ministres d'Afers Generals i Relacions Exteriors de la Unió Europea, de 13 de juny de 2005, sobre l'ús oficial de les llengües diferents de les esmentades en el Reglament núm. 1/1958, només s'han obtingut determinades prerrogatives d'ús i de publicitat, que no de publicació, que necessiten la intermediació de l'Estat que s'ha de fer càrrec de les traduccions. A més, algunes directives, com per exemple la 92/27/CEE sobre etiquetatge i prospectes dels medicaments d'ús humà, exigeixen la utilització de la llengua oficial de l'Estat membre en el territori del qual es comercialitzen.

El tercer apartat es refereix a les modalitats lingüístiques que, al meu entendre, comprèn totes aquelles que no han obtingut el reconeixement legal d'oficial. Per a aquestes exigeix especial respecte i protecció com a patrimoni cultural i és important recordar que això resulta aplicable a les llengües oficials autonòmiques fora del territori de la comunitat autònoma respectiva.

IV

El deure de coneixement de la llengua oficial de la comunitat autònoma respectiva

Com és sabut, i ha declarat reiteradament el Tribunal Constitucional, l'oficialitat d'una llengua en un territori comporta que les actuacions que s'hi duguin a terme davant qualsevol administració pública (inclosa, per tant, l'Administració de l'Estat) tenen plena validesa i eficàcia sense necessitat de traducció, la qual cosa, per tant, implica el dret dels ciutadans d'adreçar-se a les administracions esmentades en qualsevol de les llengües declarades oficials en el territori i el correlatiu deure de coneixement d'aquelles, que han d'atendre els ciutadans respectant el seu dret d'opció lingüística. Tot això deriva de la declaració d'una llengua com a oficial d'un territori, sigui, com ha ressaltat amb encert el nou acadèmic, per la raó interna de ser-ne la llengua pròpia, sigui per la raó externa de ser la llengua de l'Estat en què s'integra.

En canvi, el Tribunal Constitucional (per exemple, en el FJ 2 de la Sentència núm. 84/1986, de 26 de juny, reproduït en el discurs) no deriva, com semblava lògic, el deure de coneixement d'una llengua de la seva declaració com a oficial d'un territori, de manera que admet que vàlidament es pugui al·legar, en el dit territori, el desconeixement de les altres llengües oficials distintes del castellà, ja que només reconeix aquell deure general per a aquest últim, perquè així ho estableix de forma expressa el text constitucional i perquè és la llengua oficial comuna de tot l'Estat i de tots els espanyols. I encara caldria afegir que aquest deure de coneixement del castellà és general, però no absolut, perquè el Tribunal Constitucional també ha sostingut que no es pot al·legar vàlidament quan entra en conflicte amb el dret de defensa o amb el de tutela judicial efectiva, que han de prevaler davant aquell.

El nou acadèmic estima en canvi que la qüestió no és tan simple i adverteix, a partir de l'afirmació que els efectes de la declaració d'oficialitat d'una llengua són iguals, tant per al castellà com per a les altres llengües oficials autonòmiques, que molts d'autors admeten aquest paral·lelisme en el contingut de l'oficialitat i rebutgen la idea de jerarquització entre les distintes llengües oficials. Per això, conclou admetent que “[...] de les disposicions estatutàries i del seu desplegament legislatiu es puguin derivar indirectament deures de coneixement de les llengües oficials diferents del castellà”. Aquesta argumentació es podria ampliar en el sentit de sostenir, com hem anticipat, que l'article 3.2 de la Constitució remet el contingut de l'oficialitat de la llengua autonòmica, tant en el vessant del dret d'usar-la com en el del deure de conèixer-la, als estatuts d'autonomia respectius.

Aquest és el criteri seguit a Catalunya, que ja el va mantenir en l'article 3.4 de l'Estatut d'autonomia de 1979 i en l'article 5 c de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística, que conté un mandat dirigit a la Generalitat consistent a crear “les condicions que permetin d'arribar a llur igualtat plena quant als drets i deures dels ciutadans de Catalunya”. I és clar que en incloure els deures lingüístics es pretenia englobar també el deure de coneixement que comportàs la impossibilitat d'al·legar la ignorància del català en el seu àmbit territorial i la consegüent obligació d'aprendre'l.

Aquest plantejament ha culminat en l'article 6.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, segons el qual: “el català és la llengua oficial de Catalunya. També ho és el castellà, que és la llengua oficial de l'Estat espanyol. Totes les persones tenen el dret d'utilitzar les dues llengües oficials i els ciutadans de Catalunya tenen el dret i el deure de conèixer-les”. No obstant això, la qüestió del deure de coneixement del català està pendent de la sentència que ha de dictar, d'aquí a poc temps, el Tribunal Constitucional.

Si es tenen en compte els precedents de la jurisprudència constitucional no sembla probable que l'esmentat deure general de coneixement del català pugui prosperar, ja que les sentències fins ara dictades han desvinculat el deure de coneixement d'una llengua de la seva declaració com a oficial en un territori, i d'aquesta manera han desactivat la línia argumental que pregona la igualtat i el paral·lelisme en el contingut de l'oficialitat de les llengües i que possibilita que els estatuts d'autonomia respectius, en concretar l'abast de l'oficialitat de la llengua autonòmica, omplin el silenci de l'article 3.2 de la Constitució i determinin el contingut no sols del dret a utilitzar-la sinó del deure de conèixer-la.

Contràriament, hem anticipat que el Tribunal Constitucional predica aquest deure general únicament del castellà, perquè només en relació amb aquesta llengua ho estableix l'article 3.1 de la Constitució com a llengua de tot l'Estat i de tots els espanyols. En tot cas, sosté el nou acadèmic que les regulacions dels estatuts d'autonomia i les disposicions que els despleguen en aquesta matèria han configurat un conjunt del que denomina deures de coneixement de la llengua oficial autonòmica, que ho són per a les administracions i institucions públiques, encara que consider que quan es refereixen als ciutadans es tracta més pròpiament de càrregues que han de ser aixecades per obtenir un resultat. Aquest és el cas, per exemple, del coneixement del català per accedir a la funció pública que la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 46/1991 permet establir com a requisit vinculat als principis de mèrit i capacitat sempre que se supediti a criteris de proporcionalitat i raonabilitat; o del català i del castellà al final del període d'escolaritat obligatòria. En aquest tema, com en molts altres del dret (pens, per exemple, en la denominada escala de demanialitat que es produeix entre l'autèntica concessió i la simple autorització), hi ha supòsits de gradació entre la simple càrrega, que si s'incompleix produeix com a únic efecte no obtenir el resultat, i la imposició d'un deure o l'establiment d'una obligació jurídica que, si s'incompleix, pot conduir a la imposició d'una sanció. Pens que no deixa de ser una càrrega l'exigència, continguda en l'article 34.2 de l'esmentada llei catalana 1/1998, d'etiquetar necessàriament, com a mínim en català, els productes catalans que gaudeixen de denominació d'origen, de denominació comarcal o de denominació de qualitat, ja que és una exigència emmarcable en l'obtenció de la denominació de producte català, però m'oferiria més dubtes el deure de retolar en català els establiments comercials privats, configurat com a obligació jurídica amb la consegüent possibilitat d'imposició de sancions en cas d'incompliment. Aquesta imposició suposaria desconèixer l'oficialitat del castellà i vulneraria el dret d'opció lingüística que deriva de l'esmentada doble oficialitat. Seria qüestió distinta que, en el marc del procés de normalització lingüística, s'arbitrassin mesures de foment i protecció per incrementar la retolació en català dels establiments.

La conceptualització sostinguda com a càrrega resulta també de la jurisprudència del Tribunal Constitucional quan en el FJ 2 de la Sentència núm. 46/1991, relativa al coneixement de la llengua catalana com a requisit d'accés a la funció pública, afirma que:

El propio principio de mérito y capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfecta - ment incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito ad extra, independiente del mérito y capacidad acreditados, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales [...]

La situació a les Illes Balears és substancialment distinta. La Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears regula la qüestió que examinem en l'article 4 (abans era el 3, que ara correspon a la matèria de la insularitat), sota el títol de "Llengua pròpia", sense cap variació en relació amb la redacció anterior derivada de la reforma estatutària de 1999, en els termes següents:

1. La llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, té, juntament amb la castellana, el caràcter d'idioma oficial.
2. Totes les persones tenen el dret de conèixer-la i utilitzar-la, i ningú no pot ser discriminat per causa de l'idioma.
3. Les institucions de les Illes Balears han de garantir l'ús normal i oficial dels dos idiomes, han de prendre les mesures necessàries per assegurar-ne el coneixement i han de crear les condicions que permetin arribar a la igualtat plena de les dues llengües quant als drets dels ciutadans de les Illes Balears.

Aquest article qualifica la llengua catalana com la pròpia de les Illes Balears (després ens referirem a les seves conseqüències) i en declara l'oficialitat, encara que això només comporti el dret de conèixer-la i usar-la, sense estendre-ho al deure de conèixer-la. Per això, l'incís final de l'apartat tres reproduceix la regla abans esmentada de l'article 3.4 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979, encara que en referir-se a la igualtat plena final de les llengües només al·ludeix als drets, però no als deures, dels ciutadans de les Illes Balears.

En conseqüència, hauria de ser pacífic que a les Illes Balears no hi ha el deure general de conèixer el català, entès com a impossibilitat d'al·legar-ne vàlidament el desconeixement, sens perjudici, és clar, de les mesures de foment i protecció que la legislació de normalització lingüística imposa, de la configuració del seu coneixement i utilització com a càrrega que ha de ser acreditada i aixecada per obtenir determinats resultats i dels deures que genera per a les administracions l'obligació d'atendre l'ús de la llengua oficial autonòmica.

V

La potencialitat del concepte de llengua pròpia

El discurs d'ingrés ressalta, al meu entendre amb encert, que “el concepte de llengua pròpia implica un contingut històric i sociològic que lliga una determinada llengua al territori i a la comunitat que hi habita [mentre que] el concepte de llengua oficial te una connotació estrictament jurídica. Una llengua serà oficial perquè així ho estableix la llei.”

Els redactors de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979 varen recollir la noció de llengua pròpia, com quelcom diferent de l'oficialitat que comparteix amb el castellà, probablement com a conseqüència de la insatisfacció derivada de la redacció de l'article 2 de l'Estatut de 1932 que simplement afirmava que “el català és, com el castellà, llengua oficial a Catalunya”. El concepte de llengua pròpia remet a la identificació de la llengua amb el territori i amb les institucions pròpies d'aquest i serveix com a element singularitzador d'un poble. Així es desprèn de l'article 2 de la Llei catalana 1/1998, de política lingüística, segons el qual “el català és la llengua pròpia de Catalunya i la singularitza com a poble” i de l'article 6.1 del nou Estatut d'autonomia de Catalunya, de 2006, quan afirma que “La llengua pròpia de Catalunya és el català. Com a tal, el català és la llengua d'ús normal i preferent de les administracions públiques i dels mitjans de comunicació públics de Catalunya, i és també la llengua normalment emprada com a vehicular i d'aprenentatge en l'ensenyament.”

Compartesc amb el nou acadèmic la transcendència d'aquest concepte que converteix la llengua pròpia en la d'ús normal de totes les institucions, també pròpies, del territori, la qual cosa constitueix un àmbit que ultrapassa de molt el de les administracions públiques considerades en la seva major amplitud. Però, a més, és la llengua d'identificació del territori, i per tant de la toponímia i de les vies de comunicació, i la llengua preferent i vehicular de l'ensenyament, en els termes precisos i extensos que es contenen en el discurs d'ingrés.

El nou Estatut d'autonomia de les Illes Balears, encara que titula l'article 4 com "Llengua pròpia", no conté cap regulació que, amb rang estatutari, desplegui el contingut i els efectes jurídics que deriven de la qualificació del català com a llengua pròpia. Aquest silenci queda omplert per la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística, que en la mateixa exposició de motius ja adverteix que:

Les Illes Balears s'incorporen a l'àrea lingüística catalana amb la conquesta de Mallorca pel Rei Jaume I [...]. Des d'aleshores, el català és la llengua pròpia de les Illes Balears i ha estat sempre l'instrument amb què els illencs han fet les seves màximes aportacions a la cultura universal [...]. Des del segle xiii, la llengua catalana, al costat del llatí per a certs usos, es converteix en la llengua de la Cancelleria i en la de l'Administració en general, així com de la predicació i d'altres activitats públiques i formals; i també és la llengua emprada pel poble com a instrument d'intercomunicació social.

I a més afegeix que:

[...] l'oficialitat de la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, es basa en un estatut de territorialitat, amb el propòsit de mantenir la primacia de cada llengua en el seu territori històric. L'oficialitat del castellà, establerta per la Constitució en tot l'Estat, es basa en un estatut personal, a fi d'emparar els drets lingüístics dels ciutadans, encara que la seva llengua no sigui la pròpia del territori.

El discurs d'ingrés ha desenvolupat els importants efectes jurídics que deriven del concepte de llengua pròpia i es contenen en la Llei de normalització lingüística. Entre aquests interessa ressaltar els que configuren el català com a llengua normal de les institucions pròpies i com a llengua del territori. A la primera qüestió es refereix l'article 6.1 quan estableix que "El català, com a llengua pròpia de la comunitat autònoma de les Illes Balears, ho és també del Govern autònom, del Parlament i dels consells insulars i, en general, de l'Administració pública, de l'Administració local i de les corporacions i institucions públiques dependents de la Comunitat Autònoma". A la segona, l'article 14.1 quan assegura que "Els topònims de les Illes Balears tenen com a única forma oficial la catalana". A més, en ambdós casos s'imposaven terminis per al compliment de les normes esmentades. Així, la disposició transitòria primera afirma que "Dins l'àmbit de l'Administració, pel que fa a l'ús de la llengua catalana, el període d'adaptació dels serveis i organismes que disposa aquesta Llei no pot excedir de tres anys en el cas del Govern de la Comunitat Autònoma, dels consells insulars, de

l'Administració local i d'altres entitats públiques dependents del Govern de la Comunitat Autònoma"; i la disposició transitòria segona afegeix que "Tots els rètols indicadors, als quals es refereix l'article 14, i que no són escrits en català, o ho són incorrectament, han de ser escrits correctament en aquesta llengua en un termini màxim de tres anys".

Els altres dos àmbits que mereixen atenció significativa són el de l'ensenyament i el dels mitjans de comunicació social. Per al primer es preveu que "el català, com a llengua pròpia de les Illes Balears, és oficial a tots els nivells educatius" (article 17) i "[...] ha de ser matèria obligatòria en els programes d'educació permanent dels adults" (article 24.1); que "els alumnes tenen dret a rebre el primer ensenyament en la seva llengua, sigui la catalana o la castellana"; i que "El Govern de la Comunitat Autònoma, a fi de fer efectiu el dret a l'ensenyament en llengua catalana ha d'establir els mitjans necessaris encaminats a fer realitat l'ús normal d'aquest idioma com a vehicle usual en l'àmbit de l'ensenyament en tots els centres docents". Per als segons s'imposa que el català ha de ser la llengua usual en emissores de ràdio i televisió i en altres mitjans de comunicació social de titularitat de l'Administració autonòmica o sotmesos a la seva gestió i es preveu impulsar la normalització de la llengua catalana en els de titularitat privada a fi de promoure l'ús del català com a llengua pròpia de les Illes Balears (article 28).

Convé no oblidar que el títol del discurs es refereix a "Llengua i dret a la comunitat autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua pròpia" i que, també per al segon terme, dret, l'article 87 del nou Estatut d'autonomia utilitza el títol de dret propi, de manera anàloga i correlativa al de llengua pròpia, i estableix que "[...] és aplicable al seu territori preferentment a qualsevol altre, segons els termes prevists en aquest Estatut". I és clar que aquest dret propi no és només el dret públic generat en l'exercici de les competències atribuïdes a la Comunitat Autònoma, sinó, també, el dret civil propi de les Illes Balears, a la conservació, modificació i desplegament del qual es refereix, com a competència exclusiva, l'article 30, apartat 27, de l'actual Estatut d'autonomia.

VI

Algunes consideracions addicionals derivades del concepte de normalització lingüística

En la contestació a la demanda del Recurs d'inconstitucionalitat núm. 955/1986, interposat per l'Estat contra determinats articles de la Llei 3/1986, que va donar lloc a la STC núm. 123/1988, de 23 de juny, ja vaig advertir que

la normalització de la llengua catalana era imposada per l'article 14 de l'Estatut d'autonomia de 1983 en establir que "[...] la seva normalització serà un objectiu dels poders públics de la Comunitat Autònoma" i que no es tractava d'una simple llei en matèria lingüística sinó d'una llei de normalització lingüística que suposava un procés progressiu per superar "[...] l'actual situació de discriminació i desemparament de la llengua catalana a les Illes Balears que la realitat sociolingüística posa de manifest i l'exposició de motius de la llei proclama [...]" És cert que, al meu entendre, s'ha avançat, però ho és també que queda encara molt de camí per recórrer.

Vull, també, referir-me a dos aspectes de la normalització lingüística: al seu caràcter de procés progressiu encaminat a la superació d'una situació de desigualtat de partida del català enfront del castellà i a la necessitat d'incrementar la conscienciació lingüística dels ciutadans per aconseguir la igualtat real, plena i efectiva en la utilització d'ambdues llengües oficials. És significatiu del primer la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del T.S.J. núm. 121/2008, d'11 d'abril (ponent Sr. Fiol Gomila), que anul·la determinats articles del Decret 162/2003, que rebaixen l'exigència de coneixement de la llengua catalana en els procediments selectius d'accés a la funció pública, amb l'argumentació següent: "Efectivament, una simple lectura dels preceptes transcrits al primer fonament de dret —els impugnats per la part actora— evidencien una clara regressió en l'exigència dels coneixements de la llengua catalana, pròpia de la comunitat, que va clarament en contra de l'esperit del legislador". Paradigma del segon és l'estudi de Bartomeu Colom i Pastor titulat Els principis de la Llei de normalització lingüística a les Illes Balears quan expressa que "[...] un dels principis sobre el quals pivota la Llei és el de lliure elecció lingüística [...]" Doncs bé, si no s'eleva la consciència dels catalanoparlants perquè facin ús de llur llengua a cadascuna de les ocasions, la Llei de normalització i la política que incorpora fracassaran. La consciència social sobre la importància del coneixement i l'ús de la llengua catalana, com diu la Llei a l'article 1.2, l'ha de tenir tots els ciutadans de la comunitat, incloent-hi, per descomptat, els no catalanoparlants."

A més, convé deixar constància d'algunes de les fites més importants que s'han produït en el procés de normalització lingüística, a partir de la Llei 3/1986:

a) El Decret 100/1990, de 29 de novembre, que regula l'ús de les llengües oficials de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

b) El Decret 92/1997, de 4 de juliol, que regula l'ús de l'ensenyament de i en llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, en els centres docents no universitaris, conegut com a decret de mínims.

c) L'article 8 de la Llei 11/2001, de 15 de juny, d'ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears, que en referir-se als drets lingüístics dels consumidors preveu el dret a ser atesos en la llengua oficial que triïn en els establiments al detall que disposin d'una plantilla de més de tres treballadors. La mateixa llei, a més, promou l'ús progressiu de la llengua catalana en les activitats comercials, així com en els rètols, símbols i distintius dels establiments.

d) Els articles 43 i 44 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears que, respectivament, desenvolupen l'ús del català en l'actuació administrativa, tant interna com en les relacions interadministratives, i l'ús del català en els procediments administratius.

e) L'article 5.2 de la Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears, que proclama que "[...] tots tenen el dret a rebre informació sanitària en la forma més idònia per a la seva comprensió i en una de les llengües oficials de la comunitat autònoma, i assegurar-se que aquella sigui intel·ligible pels pacients."

f) Finalment, s'ha d'al·ludir a l'informe de 21 de setembre del 2005 del Comitè d'Experts sobre l'aplicació de la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries, subscripta el 5 de novembre de 1992 i ratificada per Espanya el 9 d'abril del 2001. Aquest informe, quan avalua l'aplicació de la part III de la Carta a la llengua catalana a les Illes Balears, adverteix les autoritats de la necessitat d'incrementar les mesures que promoguin i assegurin l'ús normal d'aquesta llengua, amb referències especials als àmbits de l'ensenyament, dels mitjans de comunicació i de la justícia.

VII

Sobre l'abast de la competència autonòmica en matèria lingüística

En primer lloc, com fa el nou acadèmic, és necessari advertir que la matèria lingüística no constitueix un títol competencial en sentit estricte (fonament jurídic 6, de la STC núm. 147/1996). No apareix entre els reservats a l'Estat per l'article 149 CE i només es preveu en l'article 148.1.17 CE com a referit al foment de la cultura, de la investigació i, si escau, de l'ensenyament de la llengua de la comunitat autònoma. A la protecció i al foment de la cultura autòctona es refereix l'article 34 del nou Estatut d'autonomia de les Illes Balears, i a l'ensenyament de la llengua pròpia, l'article 35. D'altra banda, el mandat de l'article 4.3 del mateix Estatut

adreçat a les institucions de les Illes Balears fonamenta la modulació i el contingut de l'oficialitat del català a les Illes Balears, com també la seva promoció i normalització. Es tracta d'una "competència" genèrica que no pot ser buidada per l'exercici, per part de l'Estat, de competències sectorials concurrents, com ha ressaltat el discurs, però que, en molts casos, acompanya l'exercici de competències autonòmiques específiques. En aquests casos, la doctrina del Tribunal Constitucional sosté la prevalença del títol específic autonòmic enfront del genèric derivat del mandat de normalització, de manera que el conflicte es planteja entre les competències específiques de l'Estat i les també específiques de la comunitat autònoma en concurrència. La Sentència del Tribunal Constitucional núm. 69/1988, de 18 d'abril, en el FJ 2, ho expressa així:

Este mandato de normalización del uso de las lenguas oficiales en el territorio catalán no confiere, pues, competencia específica alguna a la Comunidad Autónoma frente al Estado, debiéndose, en consecuencia, establecer que la competencia estatutaria ejercida al aprobarse el Decreto 389/1983, de 15 de septiembre, no fue otra que la atribuida por el artículo 12.1.5 del Estatuto –Defensa del consumidor i del usuario–, pues la materia regulada por dicho Decreto autonómico es la información de los consumidores y usuarios.

En conseqüència, la sentència esmentada analitza el conflicte de competència des de la concurrència del títol autonòmic de la defensa dels consumidors i usuaris i de l'estatal de l'article 149.1.16 CE de bases i coordinació de la sanitat, que comprèn la defensa de la salut dels consumidors, però no entre aquest darrer i la competència genèrica de normalització lingüística.

VIII

Conclusió

Com hauran pogut comprovar, particip, en allò essencial, dels posicionaments que sobre la llengua i el dret ha sostingut el nou acadèmic en el seu discurs d'ingrés, incloent, en particular, la importància atorgada al concepte de llengua pròpia, perquè d'aquest concepte, al contrari del de doble oficialitat, deriva un ús únic, normal o, almenys, preferent d'aquella en molts importants i determinats àmbits. Les meves discrepàncies, o simples matisacions, es produeixen més aviat davant silencis o qüestions menys desenvolupades, com la del deure general de coneixement de la llengua oficial autonòmica o les derivades de l'abast territorial limitat d'aquesta

última o de no ser llengua oficial d'un Estat o de la imposició d'una autèntica obligació jurídica d'ús d'aquesta llengua que vulneri el dret d'opció lingüística i l'oficialitat, també, del castellà i pugui, fins i tot, comportar la imposició de sancions.

En tot cas, la qualitat jurídica del discurs amb què Josep Maria Quintana ha ingressat en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears confirma l'encert de la seva elecció i garanteix que la seva participació millorarà el nivell dels treballs que l'Acadèmia duu a terme.

V.3- EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN DERECHO PENAL: “REALIDAD O FICCIÓN”

Gabriel Garcías Planas

El artículo que se inserta a continuación constituyó el discurso de inauguración del curso académico 2009-2010, encontrándonos ante un tema de gran interés y actualidad, como lo son todos los que delimitan las fronteras del Derecho Penal. Se pusieron de relieve, ante todo, las motivaciones de orden político –pacto social–, político criminales –prevención general– y criminológicas del principio de intervención mínima, añadiéndose a ello un posible fundamento constitucional, derivado de los arts. 1.1, 9.2, 9.3 y 10.1 de nuestra Constitución. Se pasa después a las más importantes resoluciones judiciales que han dedicado a la materia tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo; y se hace una referencia al hoy debatido tema de la mediación penal –con lo que se da un papel preponderante a la víctima–, como alternativa ante lo que algunos autores han llamado “el fracaso del Derecho Penal”.

Vaya por delante mi agradecimiento a todos los compañeros de la Academia, que decidieron proponerme para que fuera yo quien pronunciase la conferencia inaugural del Curso Académico 2009 – 2010.

Esas páginas escritas, no tienen otra pretensión, que dar estructura a lo que en su día, fué una charla informal y carente de soporte documental; por ello es posible que se omitan cuestiones tratadas y que se añadan algunas nuevas que me parezcan de interés; para ello me ha sido de gran utilidad algunos artículos, de relevantes penalistas, y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El Principio de Intervención Mínima es un límite al “*ius puniendi*”, basado este a su vez en el Principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

El Derecho Penal, se rige por el llamado Principio del Hecho, se contemplan éstos a través de comportamientos activos en la mayoría de casos u omisivos en unos pocos; por eso algunos autores han puesto de manifiesto que el Derecho Penal impone no sólo prohibiciones sino también mandatos.

Pero estos comportamientos activos u omisivos deben lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Sin embargo tal afirmación es insuficiente, porque con ella seguiría siendo posible la perniciosa huída hacia el Derecho Penal y la perversión del bien jurídico.

Ello hace que se establezcan límites político-criminales al “*ius puniendi*”. Sólo cuando es necesario e imprescindible y cuando no se ofrezcan garantías de éxito para las demás ramas del derecho debiera aplicarse el Derecho Penal.

De ahí que el fundamento lo hallamos en razones de tipo político, político-criminales y criminológicas, bien entendido que siempre irá dirigido al Legislador y no al Juez como aplicador del derecho. Del fundamento político debemos decir que se basa en la Doctrina del pacto social; de ahí que partiendo del pensamiento utilitarista ilustrado se haya dicho que el derecho a castigar ha tenido su origen en el contrato social; por lo que las personas han renunciado sólo a una parte de su libertad, pequeña por cierto, es decir, la mínima que garantice su tranquilidad. Por lo que todo exceso es un abuso. En consecuencia toda pena excesiva y desproporcionada es injusta y contraria al pacto social; el fundamento político-criminal, que no previene de la comisión de delitos y que demasiada severidad refleja impotencia o fracaso, lo que significa que debe hacerse un uso parco si hay otros medios más benignos; aunque, desde luego, ninguna política-criminal puede prescindir del castigo; y finalmente del criminológico, que la huída

hacia el Derecho Penal puede ser incluso un factor criminogeno. Ello recuerda aquel adagio “*pesime republique plurinae leges*”.

El Principio de Intervencion Minima, se concreta bajo dos aspectos, la subsidiariedad (*ultima ratio*) y la fragmentariedad. El primero, significa que solo deberá aplicarse el Derecho Penal, cuando no tengan cabida otras ramas del derecho, normalmente menos gravosas y que recortan menos el derecho fundamental a la libertad; de ahí que Concepcion Arenal, dijera con acierto que para hacer un Código Penal hay que ser muy amante de la libertad. No hay que confundir, sin embargo, tal concepto con lo proclamado en el artículo 8.2 del Código Penal, que como es sabido se refiere a la subsidiariedad entre normas penales. La idea de “*ultima ratio*” inmersa en la subsidiariedad lleva implícito que cuando surjan conflictos deberá acudir a sistemas metajurídicos basados en políticas sociales justas de distinta índole, tales como, acceso al empleo, vivienda, educación, etc.; y a mecanismos extrapenales de índole administrativos laborales o civiles; y sólo en último lugar a sanciones penales; es decir, como hemos dicho, sólo se deberá acudir a la sanción penal cuando los recursos a otros procedimientos sea insuficiente. Por ello se cuestiona cada vez mas, el uso indiscriminado que se hace del Derecho Penal, creando ante nuevas situaciones nuevos tipos penales, innecesarios, poco meditados, y que constituyen lo que ha venido a llamarse Derecho Penal simbólico. Tal concepto obedece, a aquel reproche del que se sirve el Legislador ilegitimamente del Derecho Penal para producir efectos simbólicos en la sociedad y que se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal.

El principio de “*ultima ratio*” aun cuando no constituye para algún autor un principio básico de la justicia penal, es desde luego una expresión del Derecho Penal liberal. Hoy por hoy y como soporte a tal principio debemos barajar los conceptos de bagatelización, de descriminalización y despenalización; empezando por estos últimos, despenalizar significa convertir en lícito un hecho previamente punible; y despenalizar implica la degradación del delito desde el campo penal, al campo administrativo, criterio éste último seguido en países de la Unión Europea tales como Alemania, Italia, Portugal.

La idea de la bagatelización, como opción político-criminal, debemos distinguir entre delitos de bagatela propios e impropios. Los propios, aparecen en una previsión legislativa, que contienen en abstracto la insignificancia; y a los impropios están constituidos por hechos que en general nos resultan insignificantes, pero que se revelan en concreto como hechos de escasa relevancia.

Es precisamente para hacer frente a los mismos que nace la idea de descriminalización o despenalización.

En cuanto a la fragmentariedad, significa que el Derecho Penal no lo castiga todo y que todo lo que castiga, no lo castiga frente a cualquier ataque; por ello, solo una parte de bienes jurídicos son merecedores de su protección con penas y medidas. En la actualidad, los Constitucionales y los socialmente relevantes; no se justifica por tanto, la creación de un tipo penal para la tutela de cualquier bien jurídico, solo para bienes jurídicos importantes frente a ataques graves. Ni siquiera la Constitución de 1978 ordena expresamente la protección penal de los bienes jurídicos a excepción del medio ambiente en el artículo 45.3 del patrimonio histórico en el artículo 46. El carácter fragmentario se manifiesta en la mayoría de legislaciones actuales de maneras distintas: a) únicamente se intenta proteger penalmente bienes jurídicos frente a ataques de gran entidad, atendiéndose para ello tanto a los elementos objetivos como subjetivos que concurran en el desvalor de acción y en el desvalor del resultado, esto último lleva aparejado la distinción de los distintos grados de ataque al bien jurídico, a saber: su lesión, su puesta en peligro concreto y en peligro abstracto. Por otra parte en ocasiones el Legislador exige, por motivos de política legislativa, la existencia de condiciones objetivas de punibilidad; ello ocurre en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social de los artículos 305 y siguientes, donde se exige una cuantía de 120.000 euros (ciento veinte mil euros) para su incriminación penal. En consecuencia en ocasiones se excluye la incriminación de delitos imprudentes, tal y como se desprende del artículo 12 del Código Penal, que además de ser una consecuencia de tal principio, lo es de subsidiariedad y legalidad; b) por otra parte, pues, lo que se hace es tipificar únicamente una parte de lo que ya es antijurídico, en otras ramas del Derecho. En España el Legislador ha optado por tipificar únicamente determinados comportamientos imprudentes, tanto como el delito de blanqueo de capitales del artículo 301.3, delito contra los recursos naturales y medioambientales –art. 301–, delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes –art. 334–, estragos por imprudencia grave –art. 331–, incendios –art. 358–, salud pública –art. 367–, etc.

El Tribunal Constitucional –Sentencia 241/1991– puso de manifiesto el desproporcionado acuerdo con el fin perseguido por la norma penal y en la –Sentencia 55/1996– al referirse a esta cuestión, nos dice que hay que optar “por medidas alternativas menos gravosas”.

En las reformas penales post-constitucionales comienza a plasmarse, al menos en teoría, el Principio de Intervención Mínima. Así en la exposición de motivos de la Ley de Actualización del Código Penal de 1989, se hace referencia al Principio de Intervención Mínima y a la necesidad de descriminalizar ciertas conductas delictivas frente a ataques a determinados bienes jurídicos.

De la exposición de motivos del Nuevo Código Penal de 1995, se desprende la necesidad de desaparecer injustos poco graves, las clásicas figuras complejas y la incriminación de nuevas figuras, cuando las demás ramas del Derecho no sean suficientes. Ello da lugar a una dicotomía, ampliación, reducción; obligando hacer algo, tomando medidas no penales, para evitar el recurso al Derecho Penal; buscando alternativas menos gravosas, tales como las Administrativas, Fiscales o Laborales, que si tienen identidad de sujeto, hecho y fundamento servirán de base además para evitar la aplicación del Derecho Penal, en virtud del Principio “non bis in idem”, cuyas primeras Sentencias –TC, 31-I-81, 3-X-83 y TS. 12-5-86– iniciaron un camino de lo que hoy ya es Doctrina consolidada.

El amparo Constitucional lo encontramos en preceptos tales como el artículo 10.1 y 9.2 de la Carta Magna. Asimismo, el artículo 1.1 y 9.3 fundamentan el carácter fragmentario y de proporcionalidad que debe caracterizar el Derecho Penal; de tal forma que la Sentencia 161/97 del Tribunal Constitucional ha declarado que “hay que buscar medidas alternativas menos gravosas, pero igualmente eficaces”.

El artículo 25 de la Constitución, nos dice que una de las funciones o finalidades esenciales de las penas privativas de libertad, es la resocialización, pero no excluye otros aspectos de la prevención general o especial. Por ello el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de Febrero de 2006 señala que la pena tiene un doble componente, la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva que esta inserta en razones de política-criminal que el Legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales, también se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 2001 que la resocialización “no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad, establecidas constitucionalmente”, y “se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena a las que no cabe renunciar, es decir, a la prevención general de la prevención especial”.

El Principio de Intervención Mínima, es tratado de una manera diferente por las distintas resoluciones del Tribunal Supremo, que intenta perfilar con justeza, su verdadero alcance. De tal modo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 2006, tras profundizar en los conceptos de principio de legalidad e Intervención mínima, declara que “el Derecho Penal no debe actuar cuando pueden hacerlos otros medios menos graves para restablecer el orden jurídico”.

En ocasiones el Alto Tribunal se dirige al Legislador y le advierte de ello; así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1998 afirma “que la apelación al Derecho Penal es la última razón a la que debe acudir

el Legislador”.

La intervención mínima por tanto está integrada por la proporcionalidad y la prohibición de exceso. El carácter fragmentario y subsidiario significa que son prioritarias medidas menos drásticas.

En otras resoluciones se hace referencia a la tipicidad y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 2005 proclama que “la tipicidad es la divisa y ello la base de intervención mínima y la ultima ratio”.

Finalmente, en un caso de tenencia de armas la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 2009, estableció que “no debería darse una sanción penal innecesaria y desproporcionada”.

Todo ello, y retomando la exposición de motivos del Nuevo Código Penal de 1995 al incriminarse nuevas conductas delictivas, normalmente normas penales en blanco, que se rellenan de contenido con normas tributarias administrativas, laborales o mercantiles, parece estar en contradicción con cuanto acabamos de exponer sobre el Principio de Intervención Mínima. Pero se intenta justificar diciendo que la razón de acudir al Derecho Penal es ante el fracaso de otras ramas del Derecho, como las citadas y únicamente ante los comportamientos más intolerables; sin darse cuenta de lo que ha supuesto de fracaso el propio Derecho Penal.

Ante lo cual, ha manifestado algún autor, que más que proteger a determinados bienes jurídicos con el Derecho Penal sería mejor decir que hay que protegerlos del Derecho Penal.

Finalmente si llega a entrar en vigor la última reforma penal aprobada por el Congreso el 29 de Abril de 2010, parece tenerse en cuenta menos todavía el Principio de Intervención Mínima, al añadirse nuevos tipos penales, nuevas conductas, agravarse las penas y por el contrario no descriminalizarse algunos tipos cuyo bien jurídico no parece digno de protección penal.

Así, el cumplimiento de la pena de libertad vigilada sucesivo a la pena de prisión, la reforma de los delitos sexuales cometidos sobre menores, las reformas en materia de prescripción, concretamente el aumento a diez años en el delito Fiscal, y la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubiesen causado la muerte de una persona o lesiones graves, o bien cuando se hubiese producido un secuestro; o la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la creación del acoso laboral dentro de los delitos de tortura y contra la integridad moral; la corrupción en el sector privado; el aumento de las penas y de conductas en los delitos relativos a la ordenación del territorio, la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional, y la posibilidad de

enviar a prisión los fines de semana o los días festivos a quienes cometan pequeños hurtos; por lo demás tres faltas de hurto serán constitutivas de delito, al margen si se hubiesen juzgado o no, etc., nos llevan a la conclusión de poder afirmar que el Principio de Intervención Mínima, hoy por hoy, no es una realidad sino una ficción.

V.4- EL REGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE PARTICIPACIÓN

Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

Una de las tradicionales sesiones solemnes de la vida académica, según los estatutos de la Corporación, es la inauguración de cada curso académico. Precisamente ha sido una satisfacción para quienes hacemos el Boletín haber podido rescatar, para su publicación, el discurso con el que se inauguró el curso 2004-2005, ocupando entonces la tribuna de la Academia, el que a la sazón era su Presidente Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. Trató de un sistema económico matrimonial de gran aceptación en otros Ordenamientos jurídicos, cual es el régimen de participación, del cual explicó, de manera pormenorizada y exhaustiva, todas sus peculiaridades. Aunque, de manera realista, finalizó su exposición señalando que las estadísticas habían puesto de relieve la casi nula aceptación que el régimen de participación había tenido entre los matrimonios españoles.

El régimen económico-matrimonial de participación

Dejando a un lado la cáustica e irónica postura de los “antis”, que consideran al matrimonio como el arma más eficaz para matar el amor, lo cierto es que esta institución produce entre los cónyuges un doble tipo de efectos: unos, de carácter personal y otros, de naturaleza patrimonial o económica.

Respecto de los primeros, recordemos como el canon 1013 del derogado Código de Derecho Canónico de 1917 clasificaba los fines del matrimonio en primarios (“procreatio atque educatio prolis”) y secundarios (“mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae”). Por influencia de algunos canonistas (LECLERQ) y la postura de la mayoría de los teólogos que intervinieron en el Concilio Vaticano II se suprimió en el proyecto del nuevo Código canónico esta distinción, si bien su espíritu se ha mantenido en el canon 1096 del vigente de Juan Pablo II de 1983, (para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no ignoren, al menos, que el matrimonio es “consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua sexuali, procreandam”).

El C.c., en su redacción originaria, regulaba “los derechos y obligaciones entre marido y mujer” en los arts. 56 a 66, inspirados en los viejos principios de autoridad marital y limitación de capacidad de la mujer casada. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, suprimió en nuestro Derecho estos principios, dándose nueva redacción a los arts. 57 a 65. La Constitución de 1978 proclama en su art. 32-1 que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Norma constitucional que ha desarrollado la Ley 30/1981, de 7 de julio, dando nueva redacción a esta materia (arts. 66 a 72 –si bien este último se inserta como “suprimido”–), comenzando en el primero de ellos –art. 66– afirmando que “el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

Los más propios deberes personales nacidos del matrimonio y de alcance recíproco, son los clásicos de cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio, recogidos en el art. 68 C.c.

Todos estos deberes tienen como características comunes: 1º Dependier directamente de la naturaleza y esencia íntima del matrimonio. 2º Ser de carácter recíproco. Y, 3º tener fundamentalmente un carácter moral.

Para el cumplimiento de los fines enunciados –claramente extrapatrimoniales– el matrimonio requiere un soporte económico. Por eso, junto a los efectos personales, la Ley regula unos efectos patrimoniales. El conjunto de

reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio es designado usualmente con la denominación de “régimen económico conyugal”, estatuto complejo que tiene que dar respuesta a múltiples cuestiones (gastos, atenciones personales de los propios cónyuges y de sus hijos –alimentación, educación, crianza, establecimiento–, servicios, etc. etc.).

Las posibilidades de configuración de estas respuestas (los llamados sistemas matrimoniales) son prácticamente infinitas y su clasificación puede hacerse desde muy diferentes ángulos –ya saben eso “del color del cristal con que se mira”–.

Por enumerar alguna de estas clasificaciones nos decidimos por la del maestro CASTÁN TOBEÑAS –puesta al día por su hijo CASTÁN VÁZQUEZ– en la edición 10ª de su “Derecho civil español, Común y Foral”, a saber:

Por razón de su origen:	Convencional o contractual	De libertad absoluta. De elección entre varios tipos.
	Legal o predeterminado	Obligatorio. Supletorio.
Por razón de sus efectos:	De unidad	(absorción de la personalidad de la mujer en la del marido).
	De comunidad	Plena o universal. Limitada De muebles. De adquisición a título oneroso (gananciales). De muebles y adquisiciones. De todos los bienes futuros (adquiridos a título oneroso o lucrativo).
	De separación	Con unidad de goce o administración (sistema de usufructo marital). Con usufructo marital limitado a ciertos bienes (sistema dotal). Con independencia absoluta (separación propiamente dicha).
	De separación con comunidad diferida	(sistema de participación).

Hoy hemos elegido este último sistema, el de participación que es el más joven de los reconocidos en nuestro C.c. al haber sido introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

No puede decirse –escribe GARCIA CANTERO– que su introducción

represente dar satisfacción a una extendida aspiración social, sino más bien que responde a los deseos de un sector doctrinal, que se manifestó con cierta insistencia; incluso en la discusión parlamentaria del Grupo Socialista hizo denodados esfuerzos para convertirlo en régimen matrimonial legal, al decir de MARTÍNEZ CALCERRADA. Su divulgación en Europa se debe a haber sido adoptado por la República Federal Alemana en 1957 como régimen legal, con la denominación “Zugewinnngemeinschaft”, en los & 1363 y ss. del B.G.B., y como régimen convencional en Francia cuando el proyecto FOYER, entonces Ministro de Justicia, se plasmó en la Ley de 13 de julio de 1965 (arts. 1569 a 1581 del Código napoleónico) “régim de participation aux acquêts”.

Afirma LACRUZ que en la redacción del proyecto de nuestra Ley de 1981 –por cierto aprobada por ambas Cámaras, sin objeción ni enmienda alguna, por el método de la “lectura rápida”– no parece haber tenido influencia decisiva la regulación alemana. Opinando BALLESTER GINER que es posible que esta influencia no haya sido decisiva, pero que, no obstante hay que reconocerle una influencia relativa, si pensamos que nuestro sistema procede del derecho francés y éste, como afirma HAMIAUT, del Derecho alemán.

Y tras este aperitivo entramos de lleno en el examen de este nuevo régimen.

I.- CONCEPTO Y CARACTERES

Las Leyes no deben dar definiciones y así se comporta nuestro Código, el cual se limita a decirnos en qué consiste. Art. 1411 “En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”. Contenido que completa el art. 1413: “En todo lo no previsto en este capítulo –lógicamente el dedicado a su regulación (Cap. V, Tit. III, Libro IV -De las obligaciones y contratos)- se aplicarán durante la vigencia del régimen de participación las normas relativas al de separación de bienes”.

De modo similar el art. 48 del Código de Familia catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio). Régimen de participación que había introducido en Cataluña la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Doctrinalmente hay tantos conceptos como autores han estudiado el tema. Particularmente nos ha gustado el de BALLESTER GINER y por eso lo reproducimos: “régimen mixto de separación y comunidad que atribuye al

cónyuge que ha obtenido la menor ganancia un crédito del valor neto libremente asignado”.

De lo hasta aquí dicho se desprende que el régimen de participación funciona como uno de separación mientras se mantiene en vigor (el art. 1412 explícitamente determina que “A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título”, y el ya reproducido 1413, que contiene la remisión general al régimen de separación de bienes como subsidiario) y a su extinción se comporta como uno de comunidad (gananciales, en particular) (el ya expuesto art. 1411 “... cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”).

Es un régimen voluntario u optativo que hay que pactar en capitulaciones, pues en defecto de pacto rige el de gananciales (arts. 1315 y 1316 C.c.).

En este sentido es un régimen de carácter secundario: si no se pacta rige, como acabamos de decir, el de gananciales, e incluso si se ha pactado la exclusión del de gananciales sin haber convenido otro régimen concreto, no se aplicará el de participación sino el de separación (art. 1435, 2º). Carácter secundario que desaparece en todos aquellos supuestos en los cuales se quiere utilizar una medida de castigo a modo de sanción por la mala fe de un cónyuge en su actuación. De este modo, y con independencia del régimen existente, en todos los supuestos de nulidad de matrimonio en los que la sentencia firme declare la mala fe de uno de los cónyuges, el de buena fe podrá optar por la liquidación con arreglo a las normas del régimen de participación, estableciendo el art. 95, y reiterándolo el 1395, que el cónyuge declarado de mala fe no podrá participar en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge.

No obstante su carácter secundario puede afirmarse –como hace GARCÍA CANTERO– que, en cierto modo goza del favor de la Ley por cuanto es uno de los que se permite pactar al menor de edad no emancipado, que pueda casarse, sin complementar su capacidad (art. 1329). El otro es el de separación de bienes.

II.- ETAPAS

Ya hemos anticipado, casi sin querer, que en este régimen hay que diferenciar dos etapas: una, mientras está en vigor y otra, al extinguirse o disolverse por cualquier causa, momento en que se hace efectivo el

derecho a la participación de uno de los cónyuges frente al otro o frente a sus herederos, en su caso.

No obstante, como apunta con gran agudeza GARCÍA CANTERO, hay dos hipótesis en las que el derecho de participación no va a realizarse en la práctica: cuando ambos patrimonios experimenten pérdidas –por cuanto éstas no se comunican– o cuando el incremento ha sido absolutamente igual (el art. 1427, que luego veremos, no será aplicable, al no haber diferencia partible).

A.- Funcionamiento del régimen de participación mientras está en vigor (arts. 1412 a 1414, 1423 y 1424)

El régimen funciona como si los cónyuges hubieran pactado uno de separación.

Establece el ya conocido art. 1412 que “A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir por cualquier título”. El art. 49 del Código de Familia catalán añade la obligación de informar al otro cónyuge de su gestión patrimonial.

Es un precepto paralelo –como destaca LANZAS GALVACHE– al art. 1437, en régimen de separación de bienes. Advirtiendo este autor que, sin embargo, es más impreciso que este último (que el 1437) por cuanto debió remitirse al momento inicial del régimen y no al de la celebración del matrimonio, ya que al régimen de participación puede iniciarse en un momento posterior (cfr. Art. 1317). Es más acertada en este sentido la redacción de los arts. 1418, 1º y 1421, los que, al igual que el 1437, se refieren al momento de “empezar el régimen” y no al de “contraer matrimonio”. El art. 49 del Código de Familia catalán se refiere a “constante matrimonio”.

Administración, disfrute y libre disposición de cada cónyuge. Veamos estas facultades por separado:

- Administración. Corresponde al titular de los bienes respecto de los que le pertenezcan con carácter exclusivo y a ambos cónyuges los que sean de los dos en régimen de comunidad ordinaria (en pro indiviso ordinario, como dice literalmente el art. 1414).

Téngase en cuenta que, según el art. 1416, ante la irregular administración que de sus bienes haga un cónyuge, corresponde al otro la facultad de pedir la terminación del régimen de participación cuando comprometa gravemente sus intereses. Ello haría entrar en juego lo

prevenido en el art. 1434, nº 3, surgiendo entre los cónyuges el de separación de bienes, salvo que hubieren convenido otro distinto. Muy difícil determinar que es “irregular administración”. Típico problema de interpretación.

- Disfrute. Por aplicación del art. 1438 ex art. 1413 (supletoriedad de las normas del régimen de separación de bienes), el hecho de que cada cónyuge perciba e invierta los frutos de sus propios bienes, no le releva de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en la proporción pactada y, en su defecto, en proporción a sus respectivos recursos económicos.

- Disposición. Corresponde libremente al titular, si bien en cuanto a sus efectos al cesar el régimen hay que distinguir –como hacen los arts. 1423, 1424 y 1433– entre actos a título gratuito y actos a título oneroso.

1) A título gratuito:

- consentidos por el otro cónyuge. Son firmes y definitivos y quedan excluidos del patrimonio final, aunque no del inicial (art. 1418, 1º),

- no consentidos. Los bienes dispuestos se computan en el patrimonio final del donante, salvo si se tratare de liberalidades de uso, y, además pueden ser impugnados por su cónyuge cuando no haya bienes suficientes para hacer efectivo su derecho de participación.

2) A título oneroso:

- los realizados en fraude de los derechos del otro son impugnables si no hubiere bienes en el patrimonio deudor final para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias,

- los no fraudulentos son firmes, por cuanto no pueden provocar disminución patrimonial, por concurrencia del principio de subrogación real (al que alude expresamente el art. 56.1a) del Código de Familia catalán).

No se olvide que por aplicación del art. 1320 (vide art. 91 R.H.) para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

B.- Funcionamiento del régimen en fase de liquidación (arts. 1415 a 1434)

Es el momento álgido y más característico de este régimen. Al mismo tiempo es el que nos pone los pelos de punta –“escarrufa” diríamos en lengua vernácula– a los Juristas por cuanto para concretar la participación en las ganancias hay que acudir a un complejo mecanismo contable y ya

saben lo bien que congenian el Derecho y las Matemáticas.

En esta etapa cabe diferenciar los siguientes cinco diferentes extremos:

1.- Causas de extinción. Según el art. 1415 lo son “las prevenidas para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los arts. 1394 y 1395”.

Las causas serán, pues, las siguientes:

A).- Según el art. 1392:

- Cuando se disuelva el matrimonio (muerte, declaración de fallecimiento y divorcio, –arts. 85 y 86 C.c.–).
- Cuando el matrimonio sea declarado nulo (matrimonio civil: art. 73; canónico: Código de Derecho Canónico ex arts. 59 y 60 C.c.).
- Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.
- Y cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto.

B).- Según el art. 1393 (causas que operan sólo a instancia de parte):

- Haber sido declarado el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o en quiebra o concurso (¿?) de acreedores (Ley Concursal / Ley 22/2003, de 9 de julio), o condenado por abandono de familia.
- Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen grave daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. Causa que debe ser adaptada –dice GARCÍA CANTERO– al régimen de que se trata y entendida, por tanto, como “daño o peligro a la participación eventual en las ganancias del otro”.
- Llevar separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.
- E incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus derechos económicos.

La aplicación de estas causas de extinción del art. 1393, a pesar de los términos absolutos del art. 1415, no es pacífica, existiendo opiniones –como la de LANZAS GALVACHE– que estiman que en régimen de participación no rige el 1393, o, si lo hace sería con tantas reservas y condicionantes que, en realidad, lo harían inútil.

Por lo que se refiere a la remisión que el art. 1415 hace a los arts. 1394 y 1395, para unos (BALLESTER GINER) la hecha respecto del 1394

(necesidad de licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria) es totalmente equivocada por ser inaplicable al régimen de participación; para otros (LACRUZ, GARCÍA CANTERO) debe interpretarse adaptándolo al régimen de que se trata y, por tanto, limitar la intervención judicial a los bienes gananciales si entre los cónyuges hubiera mediado la sociedad legal. Particularmente me inclino por la inaplicación de este artículo.

La remisión al art. 1395 requiere, asimismo, otra aclaración: significa –afirma GARCÍA CANTERO– que disuelto el régimen de participación por nulidad del matrimonio y declarándose mala fe en uno de los cónyuges, podrá el otro optar entre aplicar las reglas del régimen que estamos examinando (lo que hará cuando espere ser acreedor en la participación) o pedir que el de mala fe pierda su derecho a participar en las ganancias (lo que solicitará cuando crea ser deudor).

Además de esta remisión general del art. 1415, el artículo siguiente (el 1416) formula una causa especial de extinción, de la que ya hemos hablado: irregular administración de un cónyuge que comprometa gravemente los intereses del otro, lo que faculta a éste para pedir la terminación del régimen. La existencia de este art. 1416 es uno de los argumentos empleados por LANZAS GALVACHE para negar la aplicación del 1393 en sede de régimen de participación (vide especialmente el nº 2, ya expuesto, de este precepto –actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro–).

2.- Determinación del patrimonio inicial (sustraendo).- Según el art. 1418, para la liquidación del crédito de participación el patrimonio inicial de cada cónyuge se considera constituido por los bienes y derechos que pertenecieran a dicho cónyuge al empezar el régimen y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado. O sea que, estas últimas adquisiciones no son ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen y ficticiamente se las reputa como formando parte inicialmente del patrimonio del cónyuge (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

De este activo se deduce el pasivo, por cuanto la Ley maneja siempre el concepto de patrimonio neto. Pasivo que estará constituido por las obligaciones que el titular del patrimonio tuviera en el momento de empezar el régimen y por las obligaciones derivadas de las sucesiones hereditarias o de las cargas inherentes a las donaciones o legados que hubieran incrementado el activo, en lo que no excedan de los bienes donados y heredados (art. 1419). Dudosos que se incluyan en ellas (en las obligaciones derivadas de adquisiciones a título gratuito) lo pagado como impuesto de sucesiones y donaciones.

Nadie debe olvidar la importante regla del art. 1420: “Si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial”. Implícitamente se nos está diciendo que la diferencia entre uno y otro es la que lo constituye y por supuesto (LANZAS GALVACHE) que tampoco hay patrimonio inicial cuando activo y pasivo son iguales.

De este art. 1420 también se desprende una importante diferencia entre el patrimonio inicial y el final. En el final sólo se toman en consideración los bienes y derechos que existan al extinguirse el régimen (“bienes y derechos de que sea titular –cada cónyuge– en el momento de la terminación del régimen” dice el art. 1422), con las disminuciones e incrementos que luego veremos (arts.1422, 1423 y 1424); en el patrimonio inicial, por el contrario, han de computarse todos los que cada cónyuge tuviera al empezar así como los adquiridos después a título gratuito, existan o no, se conserven o no, al concluir el régimen, de tal manera que sólo se repartirán en su día, las ganancias o aumentos realmente experimentados por cada patrimonio (obsérvese como el Art. 1418 no nos dice que el patrimonio inicial estará formado por, sino que “se estimará constituido”).

Lo fundamental, además, respecto del patrimonio inicial es la fijación de su valor, que es lo que se deberá tomar en cuenta en el momento de la liquidación y fijación de las ganancias. Por ello el Código establece:

- que los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueren adquiridos (art. 1421, pár. 1º). No se toman, por tanto, en consideración las mejoras que hayan experimentado, ni, al revés, los deterioros que hayan sufrido. Según el art. 55 del Código de Familia catalán por el valor en el momento de la liquidación.
- Y que “el importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado” (art. 1421, pár. 2º). No se nos dice cómo hay que actualizar. MARTÍNEZ CALCERRADA propone acudir al valor en venta, en uso o al precio de mercado. LACRUZ, al que sigue GARCÍA CANTERO, a un índice fiable, por acuerdo de las partes o señalado por el Juez. LANZAS GALVACHE al poder adquisitivo del dinero para evitar que la depreciación de la moneda se convierta en ganancias. En esta misma línea caminan DÍEZ-PICAZO, GULLÓN y MALUQUER DE MOTES. En lo que parece haber acuerdo es en que la actualización se ha de referir sólo al importe de la estimación inicial y no al valor que posteriormente por cualquier circunstancia sobrevenida los bienes hayan podido recibir, por ejemplo recalificación del terreno que pasa de ser rústico a urbano.

Y ponemos punto final a este extremo destacando, con la mejor doctrina, cómo el art. 1421 sólo impone la actualización de la estimación exclusivamente para los bienes constitutivos del patrimonio inicial, olvidando que el mismo criterio debería aplicarse a las obligaciones insertas en el pasivo que provocan deducción del activo, pues si el activo se actualiza y el pasivo no, el saldo del patrimonio final es ficticio y ficticia será también la ganancia que resulte por ese defecto cuando el valor de aquél se le reste al del patrimonio final.

3.- Determinación del patrimonio final (minuendo). Dispone el art. 1422 que “el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas”.

Engloba, pues, como destaca LACRUZ, el patrimonio final la totalidad de los bienes de cada esposo ahora existentes, cualquiera que sea su naturaleza y origen: lo mismo los bienes iniciales que todavía duran ahora, como todos los otros adquiridos por el cónyuge constante matrimonio por cualquier título, así como los frutos de todos los bienes, iniciales o no, que, percibidos y no consumidos, existan todavía.

Insiste el art. 1426 en la necesidad de incluir en el patrimonio final las sumas de que cada cónyuge sea acreedor frente al otro; así establece que “los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge acreedor”.

Dudas se plantean respecto de los bienes personalísimos. Así BALLESTER GINER entiende que deben ser excluidos (indemnizaciones por causa de muerte, pensiones, derechos pasivos, beneficios de las Mutualidades); al igual que las liberalidades de uso a las que se refiere el art. 1378 y las donaciones entre los esposos. Opinión contraria es la de LACRUZ para el que tanto en el patrimonio inicial como en el final se deben contar los bienes patrimoniales personalísimos, puesto que no se trata de enajenarlos, sino de computarlos a efectos de la eventual deuda de participación. Mantener lo contrario –sigue diciendo– entraña una desventaja injustificada, sea –si no se incluyen en el patrimonio inicial– para el cónyuge aportante que trabajó antes de casarse; sea –si no entrasen en el final– para el otro esposo que acaso estuvo sosteniendo el hogar mientras el autor o inventor se dedicaba a estas actividades sin resultado económico inmediato. Mayores dificultades –reconoce el propio LACRUZ– ofrece la inclusión de las rentas vitalicias y pensiones, llegando a la conclusión que las pensiones de jubilación y otras personalísimas no deben

incluirse (la opinión opuesta nos llevaría a tener que incluir la condición de catedrático o de oficial administrativo que antes tuviera el pensionista); y que si deben inventariarse las rentas vitalicias, por cuanto proporcionan al patrimonio de su perceptor algo más que los meros frutos (en la pensión va incluida la cuota de agotamiento del capital). Para el art. 56, 1.b) del Código de Familia catalán se incluyen las cantidades procedentes de indemnizaciones por daños corporales o morales de las personas o por pensiones alimentarias o de invalidez, u otras de carácter personalísimo.

Entre los bienes a incluir en el patrimonio final deben estar los que cada cónyuge debía tener y han desaparecido. No hacerlo así supondría una invitación a la mala fe y a la deslealtad. Bastaría hacer donación de todos o parte de los bienes antes de extinguirse el régimen, enajenarlos fraudulentamente o destruirlos, para dejar a cero el patrimonio final y privar al consorte de su participación. Por esta razón el art. 1423 establece que “Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes que uno de los cónyuges hubiere dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratare de liberalidades de uso” y el art. 1424 que “La misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro”. Añade el art. 51.1,a) del Código de Familia catalán que se incluirán las donaciones a favor de los hijos por razón de matrimonio o para facilitarles una ocupación.

Los bienes constitutivos del patrimonio final se estiman según el estado y valor que tuvieren en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían en día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación (art.1425).

4.- Determinación de la participación.- Averiguados los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, bastará una simple resta –de ahí lo de sustraendo y minuendo– para saber si ha habido ganancias y en qué cuantía.

Posibilidades:

- comprobación de la existencia de déficit o resultado negativo. Cuando el patrimonio final de un cónyuge es inferior a su patrimonio inicial, o se carece totalmente de aquél, se produce un resultado negativo que, según se deduce del art. 1428, el legislador ha querido que no se tome en consideración, siendo soportado exclusivamente por el cónyuge afectado,
- comprobación de una equivalencia. Infrecuente, pero no imposible. Nada se repartirá pues nada hay que igualar,

- comprobación de un resultado positivo. Puede ocurrir:
 - a) Que el resultado económico positivo haya afectado a ambos cónyuges: el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge (art. 1427).
 - b) Que el resultado positivo sólo haya afectado a uno de los cónyuges: el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento (art. 1428).

Como vemos la regla general es distribuir la participación por mitad. No obstante el legislador –con criterio que GARCÍA CANTERO considera como no demasiado acertado– permite la posibilidad de pactar otra proporción siempre que (arts. 1429 y 1430):

- Se pacte en capitulaciones “al constituirse el régimen”, no en un momento posterior (en contra de lo prevenido en el art. 1325 que permite modificar el régimen económico matrimonial durante el matrimonio),
- no existan descendiente no comunes; norma que obedece a la intención de evitar perjuicios a éstos, y
- que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges. El art. 50 del Código de Familia catalán dice que “el pacto que atribuye una participación diferente de la mitad solamente es válido si se establece con carácter recíproco e igual a favor de cualquiera de los cónyuges. La invalidez del pacto determina la participación en la mitad de las ganancias”.

5.- Forma de pago y protección jurídica del crédito de participación.- Es un crédito de valor –afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN– que se convierte en crédito pecuniario en el momento de la liquidación y que, por consiguiente, debe ser satisfecho en dinero (art. 1431). En el Código de Familia catalán su art. 589 establece una norma similar.

El legislador permite (art. 1432) el pago mediante la adjudicación de bienes concretos. Es decir, una dación en pago. Dación en pago posible, obviamente, cuando haya acuerdo de los interesados, y también cuando el Juez lo conceda a petición fundada del deudor (art. 1432).

El crédito de participación es de pago inmediato, permitiéndose al Juez conceder aplazamiento, que no podrá exceder de tres años, siempre que medien dificultades graves, y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados (art. 1431).

La protección que se concede al crédito de participación es la general que el ordenamiento concede a todos los créditos, no otorgando la Ley una preferencia especial para su cobro frente a otros acreedores. Sólo el art. 1433 concede al acreedor del crédito de participación unas especiales acciones impugnatorias de las enajenaciones del deudor en el caso de que no hubiese bienes en su patrimonio. Como ya dijimos, pueden impugnarse las enajenaciones que hubiesen sido hechas a título gratuito sin el consentimiento del cónyuge acreedor y las que sin ser gratuitas hayan sido realizadas en su fraude. La expresión “cónyuge acreedor” hay que entender que abarca, también, a los sucesores del mismo (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, lo sean a título universal o a título particular).

Las acciones de impugnación referidas, dice el art. 1434, caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Obsérvese como se rebaja en dos años el plazo legal de la acción rescisoria (que es de cuatro, según el art. 1299); por el contrario el art. 60.2 del Código de Familia catalán mantiene el plazo de cuatro años.

III.- JUICIO CRÍTICO

No soy aficionado a enjuiciar, quizás porque tenga muy presente las palabras evangélicas, pero en este caso, más que juzgar quiero destacar que desde 1981 a febrero de 2000, fecha en que se hizo efectiva mi jubilación como Notario, no autoricé ninguna escritura de capitulaciones en la que se pactara el régimen de participación. Más aún: tampoco las han autorizado –salvo excepciones que confirman la regla general– mis compañeros, tanto de las islas como de la península.

BALLESTER GINER, a quien he citado más de una vez, Registrador de la Propiedad, escribía en 1983 “se van a cumplir dos años desde la incorporación del régimen de participación en nuestro derecho. Los Notarios y Registradores pueden dar buena cuenta, de momento, del fracaso de este nuevo sistema matrimonial totalmente desconocido en el mundo vivo del Derecho”, evidentemente de nuestro Derecho.

Y razonaba “Las clases modestas no suelen otorgar capitulaciones matrimoniales, porque nada tienen que nivelar. La clase media acomodada necesita sistemas sencillos y ágiles, sin acumular nuevos problemas a los que en sí crea el matrimonio, convirtiendo sus patrimonios en hojas de debe y haber, preocupándose de inventariar los bienes, determinar su valor, comparar los patrimonios para obtener los cálculos de ganancias y el crédito de nivelación, ... No perdemos la esperanza de encontrar algunos matrimonios valientes que quieran iniciar esta complicada aventura”.

IV.- COMPENDIO MATEMÁTICO

EJEMPLO

Matrimonio de Pedro y Juana.

Patrimonio inicial de Pedro (sustraendo): 100

Patrimonio final de Pedro (minuendo).....: 300

Ganancias: 200 (300-100)

Patrimonio inicial de Juana: 600

Patrimonio final de Juana: 700

Ganancias: 100 (700-600)

Sumamos las dos ganancias (200 + 100)= 300

Repartidas por igual (300:2)= 150 a cada uno.

Nivelación:

- Por tanto, Juana debe percibir de Pedro 50, para obtener un resultado de 150. (Sus ganancias 100 + la mitad de la diferencia 50 = 150).
- Pedro abonará a Juana 50, para que le queden 150. (Sus ganancias 200 - la mitad de la diferencia 50 = 150).

Nuestro Código, en su art. 1427 parte final (“... el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge”) puede considerarse matemáticamente incorrecto (GARCÍA CANTERO) por cuanto la diferencia/resto se establece entre el minuendo y el sustraendo, y no al revés. Más correctos son, el art. 54.1 del Código de Familia catalán (“una vez extinguido el régimen de participación en las ganancias, se realiza su liquidación a efectos de la fijación del crédito de participación, estableciendo la diferencia entre el patrimonio final –minuendo– y el inicial –sustraendo– de cada cónyuge”); y el pár. inicial del propio 1427 “Cuando la diferencia entre los patrimonio final (minuendo) e inicial (sustraendo) de uno y otro cónyuge ...”

MINITUR POR LAS ILLES BALEARS

De todos es sabido que en nuestras islas a falta de capitulaciones matrimoniales rige el sistema de separación de bienes. Art. 3 respecto de Mallorca; art. 65 en cuanto a Menorca y art. 67.1 para Ibiza y Formentera, de nuestra Compilación.

Lo destacable es que en las Pitiusas (art. 66.5) se admite la posibilidad de que en las capitulaciones (espòlits) se pacte un régimen propio denominado de “milloraments” que permite a un cónyuge o a ambos acoger al otro en una cuarta parte de los “milloraments”, o sea de las mejoras, compras y adquisiciones a título oneroso que se realicen durante el matrimonio, y que se regirá por lo convenido entre los otorgantes y se interpretará con arreglo a la costumbre –como establece el precitado n° 5 del art. 66–.

Para la Profesora OLGA CARDONA GUASCH este acogimiento constituye un auténtico régimen matrimonial, porque, de no pactarse expresamente en “espòlits”, entra en juego el supletorio de separación de bienes. Y precisando más, la propia autora, entiende que “tal vez no resulte muy descabellado afirmar que viene a ser un régimen de participación en ganancias, toda vez que en su funcionamiento se distinguen dos etapas:

1ª) Constante matrimonio. Actúa como el régimen de separación de bienes, porque cada cónyuge inscribe a su nombre los bienes que fuese adquiriendo. Entretanto, el otro consorte tiene un derecho de crédito sobre una cuarta parte del valor de los bienes adquiridos por el otro.

2ª) A la disolución del matrimonio. En principio, al disolver el matrimonio, el cónyuge acogido puede hacer efectivo su crédito: su participación se materializa.”

Esta autora obtuvo el II Premio Luis Pascual González que concede la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, que me honro en presidir, por su trabajo “La institució pitiusa de l'acolliment en una quarta part dels amilloraments”.

ADENDA

El trabajo y la conferencia fueron redactados y pronunciados en el año 2004. Tras su elaboración se publicaron:

1º) La Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre el derecho a contraer matrimonio, que al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 44, pár. 2º, del C.c.), ha suprimido en el art. 66 del citado cuerpo legal la referencia a marido y mujer y la ha sustituido por “los cónyuges”, al igual que en el art. 67.

2º) La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del C.c. y la L.E.C. en materia de separación y divorcio (la llamada “Ley del divorcio exprés”), ha añadido en el art. 68 del C.c. a los deberes personales del matrimonio y de alcance recíproco los de “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo”.

VI.- CONFERENCIAS

EL EMPRESARIO COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD LABORAL: RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Antoni Oliver Reus

En la Academia se ha venido considerando que los temas que deben ser tratados en las actividades de formación, particularmente a través de conferencias, deben ser los que, en cada momento, suscitan mayor preocupación e interés en el ámbito jurídico-social. Y, en nuestros tiempos, es evidente que la crisis económica ocupa el primerísimo lugar entre estos temas. Esta evidencia ha motivado dos de las conferencias que tuvieron lugar en el curso 2009-2010. Una de ellas del Catedrático de Derecho mercantil de la UIB Guillermo Alcover Garau sobre la refinanciación bancaria y los concursos de acreedores –publicada en el X Boletín de la Academia, págs. 99 a 110–, y otra que debía insertarse en el ámbito laboral. Esta conferencia fue impartida el día 4 de Junio del pasado año 2009 por el Magistrado de la Sala de lo Social de nuestro TSJ Antoni Oliver Reus, quien trató sobre las consecuencias jurídicas derivadas de los accidentes de trabajo, por considerar que, desgraciadamente, constituyen un incidente siempre presente en las relaciones laborales. Expuso en su conferencia, y se inserta aquí, el tratamiento jurídico de los mismos de manera completa y detallada, en el que no faltaron tampoco las controversias que se han suscitado entre las Salas 1ª y 4ª del Tribunal Supremo.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO.

III. LA ACCIÓN PROTECTORA

IV. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Concepto

Criterios de imputación

Sujetos responsables

Cuantía

Algunas cuestiones de procedimiento

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO

Competencia

La jurisprudencia social

El daño y su cuantificación

I. INTRODUCCIÓN

La prevención de riesgos laborales es uno de los campos en los que en el ámbito de la UE se ha avanzado más en los últimos años, probablemente para impedir que los pasos que la UE ha dado hacia la liberalización económica y aumento de la competitividad lo sean en detrimento de la seguridad de los trabajadores. La seguridad es cara y es fácil caer en la tentación de reducir los costes que genera. La externalización y otros fenómenos destinados a la optimización de beneficios a menudo suponen una relajación en la actividad preventiva de las empresas. Por todo ello, la seguridad en el trabajo se ha convertido en uno de los campos con más actividad dentro de la política social de la UE.

En nuestro país el art. 40 CE ordena a los poderes públicos velar por la seguridad y salud en el trabajo, pero la nueva tendencia se inicia con la transposición de la Directiva 89/391/CEE de 23 de junio de 1989 mediante la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Desde entonces se han ido publicando multitud de normas reglamentarias por sectores y actividades.

Dentro de este marco normativo el empresario aparece como el garante del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 14 LPRL, pues este derecho tiene su correlativo deber del empresario de «protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», lo que implica el deber del empresario de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores a su servicio «en todos los aspectos relacionados con el trabajo mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores» (art. 14.2 LPRL)¹.

El empresario como garante de la seguridad en el trabajo debe llevar a cabo la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

La prevención de riesgos laborales tiene que integrarse en el sistema general de gestión de la empresa de tal modo que ha de implicar a todos los niveles jerárquicos de la misma y extenderse al conjunto de actividades del proceso productivo.

1 - STC 27-3-2007 y STC 2-7-2007.

La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, dentro del objetivo general de combatir de manera activa la siniestralidad laboral incluyó medidas dirigidas a reforzar la necesidad de integrar la prevención de los riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa, a la instauración de la presencia de recursos preventivos del empresario y al reforzamiento del control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales a fin de combatir el cumplimiento meramente formal o documental de estas obligaciones, lo que se había convertido en una práctica muy extendida.

El RD 604/2006 de 19 de mayo, de modificación del RD 39/1997, profundiza en la integración de la actividad preventiva en el seno de la empresa.

La integración de la prevención se lleva a cabo a través de un plan de prevención de riesgos laborales (art. 16 LPRL), siendo el instrumento de gestión y aplicación del plan la evaluación inicial (art. 16.2.a) LPRL) y su actualización siempre que cambien las condiciones de trabajo.

Dentro de la evaluación deben incluirse todos los riesgos y cuando la evaluación ponga de manifiesto situaciones de riesgo se realizarán las actividades preventivas para controlar, eliminar o reducir el riesgo (art. 16.2.b) LPRL), debiendo el empresario asegurar el cumplimiento de las actividades incluidas en la planificación mediante un seguimiento continuo.

En cumplimiento del deber de seguridad el empresario debe adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores (art. 17 LPL). El empresario no sólo está obligado a proporcionar estos equipos sino a velar por su uso.

El empresario también debe garantizar la formación práctica suficiente y adecuada y también la coordinación en los casos de concurrencia de empresas en un mismo centro de trabajo

El deber de seguridad a cargo del empresario es prácticamente ilimitado², así se desprende de lo dispuesto tanto en su artículo 14.2 LPRL y en el 15.4 LPRL, según el cual la efectividad de las medidas preventivas deberá prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador

Sin embargo, como señala la STJCE 14-6-2007, el art.5 de la Directiva 89/391/CEE, que consagra la responsabilidad del empresario como garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos del

2 - SSTs de 2 de octubre de 2000 y 22 de abril de 2004.

trabajo, no establece la forma concreta de responsabilidad que incumbe al empresario, sin que del mismo se derive necesariamente un régimen de responsabilidad objetiva.

A pesar de la extensión del deber de cuidado a cargo del empresario la jurisprudencia actual parte de la coexistencia de una responsabilidad objetiva asegurada mediante la acción protectora de la seguridad social y una responsabilidad subjetiva para la reparación total del daño causado cuyo criterio de imputación es la culpa y no el riesgo. Sin embargo, no faltan quienes se muestran a favor de una objetivación de la culpa, incluso en la jurisprudencia civil encontramos pronunciamientos favorables al principio de responsabilidad por riesgo³, no en vano la finalidad económica de la responsabilidad objetiva “consiste en la redistribución del daño de modo que el responsable pueda asegurar el riesgo y repercutir los costes en el precio de sus productos o servicios, lo que en una economía en la que la competencia funcione adecuadamente se traduce en una justa asignación de costes”⁴. La responsabilidad objetiva o por riesgo y el aseguramiento obligatorio tiene la ventaja de que se garantiza el resarcimiento del daño. En contra se argumenta que esto puede llevar a una relajación de la actividad preventiva del empresario. Sin embargo, esta relajación puede evitarse o combatirse mediante un sistema de sanciones para los supuestos en los que interviene culpa empresarial, como ocurre en los sectores en los que se ha impuesto este criterio de imputación, además del recargo de prestaciones. Junto a ello me parecen especialmente interesantes fórmulas como las establecidas recientemente, en cumplimiento de las previsiones de los arts. 73 y 108 LGSS, por Real Decreto 404/2010 de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, a lo que podría unirse un sistema de incremento de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas con índices excesivos de siniestralidad, lo que según se anuncia en el preámbulo del mencionado Real Decreto 404/2010 está actualmente en estudio por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

En el presente estudio, sin embargo, voy a examinar la legislación y la jurisprudencia que en la actualidad regulan la responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo por incumplimiento del deber de seguridad.

3 - STS. Sala 1ª. 22.abr.2003 o 18.jun.2004.

4 - Responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias. José María Miquel González. Cuadernos del Poder Judicial 1993.

II. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO

La responsabilidad empresarial por el daño derivado de accidente de trabajo gira en torno a tres figuras: las prestaciones de la acción protectora del sistema de seguridad social, el recargo de prestaciones y la responsabilidad civil del empresario por culpa.

III. LA ACCIÓN PROTECTORA

Lo que se conoce como acción protectora del Sistema de Seguridad Social es un conjunto de prestaciones legalmente establecidas⁵ y de cuantía tasada, como son la asistencia sanitaria, los subsidios de incapacidad temporal, las pensiones de incapacidad permanente o las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia, todas las cuales pueden derivar de un accidente de trabajo, dependiendo de las consecuencias del mismo, en cuyo caso las entidades gestoras o colaboradoras satisfacen esas prestaciones.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad de carácter público y queda garantizada al margen de posibles incumplimientos empresariales. La responsabilidad directa del empresario se producirá como consecuencia de determinados incumplimientos, pero incluso en estos casos las entidades gestoras o colaboradoras anticiparán el pago de la prestación y repetirán luego contra el empresario responsable directo. En caso de insolvencia empresarial responderá subsidiariamente el INSS como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Los supuestos de imputación de responsabilidad directa al empresario derivan, como se ha dicho, de determinados incumplimientos, bien de normas de seguridad social, como la falta de afiliación o alta del trabajador accidentado o la falta de cotización o infracotización (art.126 LGSS), bien de normas sobre prevención de riesgos laborales, como el incumplimiento de la orden de la Inspección de Trabajo de paralización o suspensión inmediata de aquellos trabajos o tareas que realizan sin observar las normas sobre prevención de riesgos laborales y que impliquen grave riesgo para los trabajadores que los ejecuten o para terceros (art.195 LGSS) o el incumplimiento de la obligación de efectuar los reconocimientos previos y periódicos a los trabajadores (art.197.2 LGSS).

La acción protectora de la Seguridad Social se organiza con arreglo a criterios de responsabilidad objetiva, de manera que basta para que opere

5 - Art.38 de la LGSS.

con la simple constatación de que el trabajador se ha lesionado con ocasión o por consecuencia de su actividad por cuenta ajena (art. 115.1 LGSS), surge con independencia de la existencia de culpa y se articula a través de las prestaciones cuya cuantía viene legalmente tasada.

Estas prestaciones pueden ser objeto de mejoras voluntarias (art.39 LGSS) y es común que en los convenios colectivos se pacten indemnizaciones para los casos de daños derivados de accidente de trabajo o la obligación empresarial de suscribir pólizas de aseguramiento colectivo para sus empleados frente a los riesgos derivados de accidente de trabajo.

IV. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Concepto

Previsto en el art.123 LGSS⁶, se trata de un incremento de la cuantía de todas las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se produce por inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Se ha discutido en la doctrina sobre la naturaleza sancionatoria o indemnizatoria del recargo, pero aunque se materializa mediante una indemnización que incrementa una prestación, no es tanto un mecanismo de reparación del daño como una medida punitiva con finalidad preventiva, que coexiste con las sanciones administrativas sin vulnerar el principio “non bis in idem”⁷, estando prevista la compatibilidad entre el recargo y las

6 - Art.123 LGSS.

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

7 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 febrero 2002 “La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem», pues conforme a la jurisprudencia constitucional «la regla “non bis in idem”

sanciones administrativas en el art.123.3 LGSS y en el art. 42.3 LPRL.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2000 (RUD 2393/1999) que sistematizó la interpretación jurisprudencial del recargo, reitera que el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y ese carácter sancionador determina que la norma reguladora del incremento debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, no se aplica a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social⁸.

Criterios de imputación

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2000 (RUD 2393/1999) declara que se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene⁹.

La imputación de responsabilidad en los supuestos de recargo se revela afectada por el riguroso enjuiciamiento que tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales merece el examen de las normas de seguridad en el trabajo¹⁰.

En este sentido, y aun sin desconocer el “prácticamente ilimitado” deber de protección que se impone al empresario, no puede obviarse el “carácter sancionador del recargo” con el reproche “culpabilístico” que comporta (SSTS

no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)» y que por su misma naturaleza «sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (STC 159/1985 de 25 de noviembre), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, STS/III 30-5-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

8 - entre otras, SSTS/IV 20-3-1997 y 11-7-1997.

9 - STS/IV 6-V-1998.

10 - STSJ Catalunya de 27 de diciembre de 2002.

de 2 de octubre de 2000 y 22 de abril de 2004); lo que impone la justificada acreditación de un incumplimiento por parte de aquél de una medida de seguridad en funcional conexión causal con el accidente producido.

Como se reitera en la STS de 12.jul.07, para que surja la responsabilidad empresarial deben darse los siguientes requisitos:

a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de la creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen la normas genéricas o deudas de seguridad¹¹, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador¹².

b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador.

c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado¹³ pues en casos singulares la conducta del trabajador puede determinar no sólo la graduación de la responsabilidad sino también incluso su exoneración¹⁴, pero para ello, como veremos, la conducta de la víctima debe operar como causa exclusiva del accidente sin que concurra con un incumplimiento imputable al empresario.

No cabe imponer el recargo por la mera infracción de medidas de

11 - La doctrina judicial ha resaltado que la responsabilidad por recargo puede derivar incluso del incumplimiento de cualquier otra medida de seguridad que racionalmente fuera necesaria a consecuencia de la evaluación de riesgos, aunque no fuera normativamente exigible ya que la obligación general de seguridad que alcanza al empresario le obliga a desarrollar un seguimiento permanente de la actividad preventiva con el fin de perfeccionarla de manera continuada (STS Asturias 15-6-2005). Al no ser posible que el legislador concrete la variadísima gama de mecanismos de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador para que se asume responsabilidad (STS 12-7-2007). En cuanto al incumplimiento se va evolución desde la idea de que debe alegarse y probarse el incumplimiento de una concreta norma de seguridad hacia la idea de que la responsabilidad por recargo puede derivar incluso del incumplimiento de cualquier otra medida de seguridad que racionalmente fuera necesaria a consecuencia de la evaluación de riesgos, aunque no fuera normativamente exigible ya que la obligación general de seguridad que alcanza al empresario le obliga a desarrollar un seguimiento permanente de la actividad preventiva con el fin de perfeccionarla de manera continuada (STS Asturias 15-6-2005). Al no ser posible que el legislador concrete la variadísima gama de mecanismos de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador para que se asume responsabilidad (STS 12-7-2007).

12 - STS 26.mar.99.

13 - STS 6.may.98.

14 - STS 30.jun.03 y 16.ene.06, entre otras.

seguridad e higiene en el trabajo cuando no guarda relación con el daño, no siendo procedente imponer el recargo cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia temeraria del propio trabajador accidentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición¹⁵.

Ahora bien, como enseña la mejor doctrina, es exigible al empresario el cuidado y cumplimiento de normas de seguridad, debiendo organizar el trabajo en la forma más adecuada a la integridad física y salud del empleado e incurre en responsabilidad por recargo de prestaciones salvo que pruebe haber adoptado las medidas exigibles a la actividad desempeñada, debiendo imponerse el recargo cuando se omiten medidas que de haber existido el accidente se hubiera aminorado o evitado¹⁶, dicho de otro modo, lo esencial no es analizar si el trabajador accidentado, otro distinto o incluso un tercero ajeno a la empresa han contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente o dolosa, sino determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado. Distinto sería si éste hubiera sido igual aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada, porque es sólo entonces cuando deja de darse el imprescindible nexo causal entre esa infracción y el daño sufrido por el trabajador accidentado¹⁷.

Por tanto, ante una infracción de normas de seguridad e higiene es irrelevante de todo punto la posible culpa de un tercero, pues la responsabilidad empresarial derivaría de culpa in eligendo o in vigilando, en tanto que, independientemente de las responsabilidades internas que deben de ventilarse dentro de la empresa, ésta es la obligada de velar por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene reglamentariamente previstas, tanto directamente como indirectamente, haciéndolas cumplir a sus trabajadores¹⁸ y el cuidado y organización del trabajo compete a los encargados, cuyo incumplimiento o errores no exoneran a la empresa a la que pertenece la potestad exclusiva de su nombramiento y en quienes delega el

15 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 8189/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 noviembre de 2005.

16 - STS 6-5-98 RUD 2318/97.

17 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Social), de 7 de mayo de 1996.

18 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 3304/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 abril de 2005.

desarrollo concreto de las tareas laborales¹⁹.

En cuanto a la actuación del propio trabajador accidentado, sólo su imprudencia temeraria²⁰ permite excluir el recargo, pues las medidas preventivas deben prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador²¹, por lo que la negligencia del trabajador derivada del exceso de confianza en el desarrollo de la operación que se realiza no exonera del recargo a la empresa cuando junto a ella se produce también una infracción de normas por parte de la empresa. La conducta imprudente del trabajador servirá normalmente para ponderar la cuantía del recargo dentro de los límites legales, pero no sirve para exonerar de responsabilidad al empresario infractor. En tal sentido, el art. 15.4 LPRL “tiene claramente por objeto que el empresario no pueda eludir en circunstancias normales su responsabilidad alegando la existencia de concurrencia de culpas por parte del trabajador”²². En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 en la que se señala que “la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene cuando no opera como causa exclusiva del accidente entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador”.

Esta idea ha guiado multitud de pronunciamientos como los relativos a atrapamientos en máquinas en las que era posible introducir las manos estando en marcha²³ u otros supuestos en los que concurre culpa del trabajador, como por ejemplo, la caída con resultado de muerte desde una altura de diez metros de un operario que presentaba una tasa de alcohol en sangre de 1,65 gr./l al no haberse adoptado las medidas de seguridad que

19 - Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en sentencia de 17 de junio de 1993.

20 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 1579/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 diciembre de 2004.

21 - Art.15.4 LPRL.

22 - STSJ Catalunya de 30 de marzo de 2006.

23 - Como la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2007 (RUD 938/2006), en la que se confirma el recargo a pesar de haber recibido el trabajador instrucciones escritas con la prohibición expresa de meter las manos en la máquina, al haberse identificado el riesgo de atrapamiento en la evaluación previa, con la necesidad de dotar a la máquina de dispositivos de seguridad que impidieran la introducción de las manos en la misma mientras estaba en marcha.

habrían evitado la caída²⁴. En esta misma línea, el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 20 de enero de 2010 (RUD 1239/2009) descarta la concurrencias de culpas como causa de exoneración de responsabilidad²⁵. Desde esta perspectiva puede afirmarse que la única imprudencia del trabajador que permite exonerar al empresario del recargo es aquélla que aparece como causa exclusiva o excluyente del accidente.

A la hora de valorar la conducta del trabajador uno de los problemas más comunes es el de la no utilización de los medios de protección proporcionados por el empleador y el deber de vigilancia del empleador en relación al cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene. No basta, desde luego, con poner a disposición de los operarios los distintos medios o instrumentos que puedan evitar el riesgo, dejando a su arbitrio la utilización de los mismos, sino que tal obligación implica la de dar las órdenes e instrucciones concretas y oportunas para su utilización, vigilando y controlando que por los operarios se pongan en práctica, ya que no basta la sola prohibición de las prácticas peligrosas si no se adoptan las medidas necesarias para hacer efectiva la prohibición²⁶.

Ahora bien, el deber de vigilancia del empleador no puede concebirse como una fiscalización constante, minuto a minuto, de todas las operaciones ejecutadas en el seno de su ciclo productivo, para obligar al empleo de cuantas medidas de seguridad están indicadas en cada caso, incluso a los trabajadores renuentes o rebeldes a sus indicaciones, convirtiendo al empresario en sombra del trabajador²⁷, sino que han de ponderarse las

24 - STSJ Catalunya de 9 de noviembre de 2006 510/2004, en la que se analiza este supuesto y se confirma el recargo del 40% debido a que ni la planta en la que se encontraba el trabajador, ni ninguna de las demás, estaban dotadas de sistema de protección colectiva perimetral que evitase el riesgo grave de caída y además el trabajador en el momento del accidente no era portador de casco ni de cinturón de seguridad, ni había recibido formación alguna en materia de prevención de accidentes de trabajo, por lo que no es posible atribuir a la ingesta de alcohol la causa exclusiva del accidente, pues “sea cual fuere la causa directa del accidente, un descuido, un tropiezo un mareo, se hubiera podido evitar si la zona en la que el operario estaba trabajando hubiera estado suficientemente protegida o hubiera recibido una formación adecuada en materia de riesgos laborales, máxime teniendo en cuenta los riesgos de una actividad de por sí peligrosa como es la construcción”.

25 - En la sentencia recurrida se entendió que se había roto el nexo causal porque la conducta del trabajador ha sido imprudente por entrar en una zona “en la que no trabajaba” y por actuar de forma unilateral sin que nadie se lo ordenara cuando además se considera que es obvio, “sin necesidad de información ni advertencia previas, el grave peligro que conlleva el entrar en el ámbito de actuación de los robots”.

26 - STS Sala 3ª, Secc.4ª, 03-03-98.

27 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 4218/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 mayo.

circunstancias concurrentes y entre ellas la actividad, el lugar de la prestación y la preparación del trabajador, no siendo exigible una vigilancia constante²⁸.

En general, se exige de responsabilidad al empresario cuando no hay tolerancia de las conductas arriesgadas²⁹, incurriendo en responsabilidad si se constata un incumplimiento sistemático o frecuente de las obligaciones a cargo de los trabajadores y el empresario se muestra permisivo o pasivo³⁰.

Por último, el hecho de que se ignoren las circunstancias exactas por las que se produjo el accidente no es un obstáculo para la imposición del recargo, cuando se incumplió alguna medida preventiva o de seguridad que de haberse adoptado habría evitado el daño o lo habría disminuido³¹, no siendo aplicable la presunción de inocencia³²

28 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Málaga, núm. 506/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 marzo, que cita las SSTSJ Castilla y León/Valladolid 30.5.95, Valencia 4.3.92 y 23.3.94.

29 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 467/2002 (Sala de lo Social), de 9 abril.

30 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 4218/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 mayo.

31 - STS 16-1-2006. “El factor determinante para la estimación del recurso de suplicación, y con ella de la exoneración de la responsabilidad de la empresa demandante, fue que no se conocía la forma en que se produjo realmente la caída al vacío, tal y como antes se dijo, de manera que, unida esa circunstancia a la presunción de inocencia en la imposición de unas medidas de recargo con contenido básicamente sancionador —se argumenta en la sentencia recurrida— la conclusión no podía ser otra que la exculpación de la referida empresa. Sin embargo, la doctrina ajustada a derecho es la que se contiene en la sentencia de contraste, que sostuvo precisamente lo contrario, tal y como esta sala de lo Social del Tribunal Supremo tuvo ocasión de afirmar en su sentencia de 30 de junio de 2003 (recurso 2403/2002). En ésta, en primer término se dice en relación con el principio de presunción de inocencia, que, conforme a reiterada jurisprudencia, únicamente tienen asiento en la esfera jurídico-penal, y no en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador. Y se añade que “desde este plano, lo que ha de examinarse, y ello está en relación con la doctrina sobre la carga de la prueba, es si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilística por acción u omisión, del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido, y en la respuesta al interrogante han de valorarse todas las pruebas admitidas en derecho, y, además, las presunciones, reguladas en el momento del hecho causante en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil (C.c.) y, en la actualidad, en la sección 9ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000 de 7 de enero, que derogó las normas citadas del Código Civil, aunque, en realidad y en lo que nos afecta, tanto el aplicable y derogado artículo 1253 C.c., como el nuevo 386 L.E.C., permiten que el Tribunal a partir de un hecho admitido o probado podrá presumir, a los efectos del proceso, otro hecho si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

32 - STS 30/06/2008 La presunción de inocencia no es aplicable al recargo de prestaciones, porque éste en nuestro ordenamiento no tiene formalmente el carácter de una sanción

Sujetos responsables

El recargo sólo es imputable a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo³³. En consecuencia, el INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, queda exento de toda responsabilidad, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además, el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide que pueda ser objeto de aseguramiento público o privado³⁴. No obstante, algún sector minoritario en la doctrina se muestra favorable al aseguramiento.

La idea de empresario infractor es también el elemento decisivo para atribuir responsabilidad directa sobre el recargo al empresario principal en los casos de contrata y subcontratas³⁵.

Esta responsabilidad directa del empresario principal respecto de accidente sufridos por trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas puede derivar de incumplimientos que le sean directamente imputables como titular del centro de trabajo por no adoptar las medidas necesarias previstas en el art. 24.2 LPRL o por incumplimientos en materia de coordinación. En estos casos, es irrelevante que la actividad de la empresa a la que pertenece el trabajador accidentado sea o no propia del contratista principal³⁶.

cada como tal por la ley, aunque pueda cumplir, según la doctrina de la Sala (sentencia de 2 de octubre de 2002), una función preventiva.

33 - entre otras, SSTS/IV 8-3-1993, 7-2-1994, 8-2-1994, 9-2-1994, 12-2-1994, 20-5-1994.

34 - entre otras, SSTS/IV 8-3-1993, 16-11-1993, 31-1-1994, 7-2-1994, 8-2-1994, 9-2-1994, 12-2-1994, 23-3-1994, 20-5-1994 y 22-9-1994.

35 - SSTS/IV 18-4-1992 y 16-12-1997 señalan que cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control «es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e, incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste» y por ello en estos casos el empresario principal puede ser «empresario infractor» a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (hoy artículo 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994).

36 - El empresario principal que incurra en omisión del deber de seguridad que tiene para con los trabajadores, incluidos los que son de la empresa contratista o subcontratista, que presten servicios dentro del círculo rector, podrá ser declarado responsable en el recargo, aunque la contrata no corresponde a la propia actividad (STS 5-5-1999). Ahora bien, sólo podrá declararse la responsabilidad del empresario principal cuando a él sea imputable la infracción de la normativa de prevención que ha desencadenado el siniestro, pero no de aquellas infracciones que sean imputables al contratista, de lo que se desprende que no puede exigirse al dueño de la obra que vigile el cumplimiento por el contratista de una normativa de seguridad que desconoce por serle ajena, lo cual nada tiene que ver con sus deberes de coordinación de la prevención en el centro de que es titular impuestos por el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (STSJ de Murcia, de 5-12-2005).

Pero, además, art. 24.3 LPRL impone a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo el deber de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales y el art. 42.3 LISOS convierte al empresario principal en responsable solidario con los contratistas a que se refiere el art. 24.3 LPRL del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

Son necesarios, pues, tres requisitos para que surja la responsabilidad solidaria del comitente en relación a los daños sufridos por los trabajadores empleados por la empresa subcontratista: la existencia de una contrata o subcontrata; que el objeto de éstas consista en la ejecución de la actividad propia de la empresa principal; y que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal³⁷.

El hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene es lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control³⁸.

Es la idea de “propia actividad” de la empresa principal lo que hace surgir su responsabilidad solidaria y lo que determina que una actividad sea “propia” de la empresa principal es su condición de inherente al ciclo productivo³⁹.

La responsabilidad de la empresa principal no deriva de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la misma⁴⁰.

37 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 360/2001 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 10 julio de 2002.

38 - STS de 5 de mayo de 1999.

39 - SSTS de 18 de enero de 1995 (RJ 1995/514) y de 24 de noviembre de 1998 (RSU 517/1998).

40 - STS 26 de mayo de 2005. “el sustrato fáctico y legal de este tipo de situaciones viene dado por el hecho de que el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente, tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista –en caso de

Como se declara en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007 cuando una empresa se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista y en relación con una obra de la que era adjudicataria.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005, y las que en ella se citan, señala que «para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa» y también nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial».

Descendiendo al caso concreto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RUD 3237/2007) rechaza la responsabilidad de la empresa contratista principal, dedicada a la actividad de fabricación de vidrio plano laminar y securit que había contratado la demolición de una nave, al no ser esta una actividad propia y “precisamente porque se procedía al desmontaje, la empresa principal no realizaba en aquel lugar actividad alguna”.

Esta idea de propia actividad ha servido para descartar la responsabilidad solidaria del simple promotor, pues aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas⁴¹, sin perjuicio de que un promotor pueda también

subcontrata-, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contratos, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran.

41 - La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 es esclarecedora en el sentido de la distinción establecida en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de ordenación de la edificación y así “el promotor se define como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título” y sus obligaciones en relación con el proceso de edificación son las de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para

dedicarse a la actividad de construcción en cuyo caso sí respondería solidariamente como contratista principal.

En cuanto a lo que debe entenderse por centro de trabajo la expresión centro de trabajo es equivalente a «lugar de trabajo» (SSTS 22.nov.2002 y 26.may.05, por todas) y en el mismo sentido el art. 2 RD 171/2004, de 30 enero, según el cual «tiene la consideración de centro de trabajo cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deben permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Y empresario titular del centro de trabajo, la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo».

Esta doctrina llevó al Tribunal Supremo a la condena de la empresa principal dedicada a telefonía en relación al accidente sufrido por un empleado de la subcontratista, dedicada a la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas, al entender que esta actividad forma parte de la propia de la empresa principal y el lugar en el que se realiza, aunque sea un despoblado

construir en él, facilitar la documentación e información previa necesarias para la redacción del proyecto, gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra, concertar los seguros exigibles y entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada. Por su parte, el constructor es “el agente que asume contractualmente, ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”, y sus obligaciones son las relativas a ejecutar la obra con sujeción al proyecto, tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor, designar al jefe de obra, asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera, formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra, facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y suscribir las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley 38/1999 . De esta regulación se desprende que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa , coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad “inherente” al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria.” Esta misma línea divisoria la establece la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción en la definición que de las mismas desarrolla el art. 3 .b) promotor es “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se señala obra, c) contratista o empresario principal es “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”. Ello sin perjuicio como prevé el párrafo segundo de dicho apartado que “el promotor relicte directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra”, en cuyo caso tendrá también la consideración de contratista a los efectos de dicha Ley.

o en el campo, constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas⁴².

Por lo demás, carecen de validez frente a los trabajadores accidentados o sus causahabientes los pactos entre contratista principal y subcontratista por los cuales se exime de responsabilidad a uno de ellos por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos⁴³.

En las empresas de trabajo temporal la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene⁴⁴ y esta responsabilidad no alcanza a la ETT (art. 42.3 TRLISOS). No obstante, procede declarar la responsabilidad solidaria de la ETT cuando incumpla las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud fijadas en el art. 28.2 y 3 LPRL y esa falta de formación fuera una de las causas que, conjuntamente con las imputadas a la usuaria, propiciaron el accidente⁴⁵, o las obligaciones impuestas por el art. 3.3 del RD 216/1999, relativas a la previa formación teórica y práctica necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador cedido o se incurra en un supuesto de cesión prohibida al prestar servicios el trabajador en una actividad prohibida, según se deduce del RD 216/1999, de 5 de febrero de 1999 ⁴⁶

Cuantía

El carácter sancionador del recargo es también la idea que guía la fijación de su cuantía, la cual oscila entre un 30% y un 50% dependiendo de la gravedad de la falta y no del daño causado, aunque ello no significa que la cuantía no guarde relación alguna con el daño causado, pues ese porcentaje se aplica sobre las prestaciones de la acción protectora que sí toman en consideración el estado de necesidad creado por el accidente o la enfermedad. Sin embargo, como reitera la mencionada STS de 2 de octubre 2000 (RJ 2000\9673), para la graduación del recargo el criterio legal aplicable es

42 - STS de 22 de noviembre de 2002.

43 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 9319/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 diciembre.

44 - Art.16.2 de la Ley 14/94 de 1 de junio reguladora de las empresas de trabajo temporal.

45 - STSJ de Madrid de 11-7-2005.

46 - STSJ 28-6-2005.

el de la “gravedad de la falta” a que se refiere el art. 123.1 de la LGSS y tal apreciación está guiada por conceptos normativos como la peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de estas medidas reglamentarias⁴⁷ o la concurrencia de culpa del trabajador accidentado⁴⁸.

En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por Juez de instancia, habiéndose declarado que la Sala de lo Social del TSJ que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la “gravedad de la falta”⁴⁹.

Algunas cuestiones de procedimiento

La imposición del recargo es competencia del INSS⁵⁰ y el expediente administrativo podrá instarse de oficio, normalmente por comunicación de la Inspección de Trabajo o a instancia de parte, en cuyo caso se incorpora informe de la Inspección. Mientras los recursos contra las actas de la inspección son competencia del orden contencioso-administrativo, las demandas contra el acto de imposición del recargo son competencia del orden social de la jurisdicción. Con el fin de evitar los problemas derivados de la dualidad de jurisdicciones el art. 42.5 LISOS dispone que la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de seguridad social.

Este efecto vinculante se limita a la declaración de hechos probados y no se extiende a la valoración jurídica de tales hechos⁵¹.

Aunque la vinculación que se establece lo es a los hechos probados relativos a la existencia de infracción de normas laborales, sin que se

47 - SSTS de 11-10-94 y de 1-9-1996.

48 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 7585/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 octubre de 2004.

49 - STS/IV 19-1-1996.

50 - Art.1 RD 1300/95 de 21 de julio.

51 - STSJ Illes Balears de 26 de junio de 2009 (RSU 165/2009).

expresarse dicha vinculación a la inexistencia de infracción, se ha afirmado que tal vinculación se produce también cuando se declara la inexistencia de infracción⁵². Desde luego, cuando no hay recurso contra la actuación administrativa no entra en juego la mencionada norma.

La vinculación se produce aún cuando la sentencia firme del juzgado contencioso administrativo sea posterior a la sentencia dictada por el juzgado de lo social recurrida y anterior a la resolución del recurso de suplicación⁵³.

Por otra parte, el plazo para reclamar el recargo es el de 5 años previsto para las prestaciones de seguridad social en el art.43.1 LGSS⁵⁴. La prescripción no comienza a correr en la fecha del accidente sino desde el hecho causante de la última de las prestaciones derivadas del accidente⁵⁵.

Tampoco comienza a correr el plazo de prescripción hasta que no finaliza por resolución firme la vía penal y la contencioso-administrativa⁵⁶. En cambio, la existencia de pleito civil sobre indemnización de daños y perjuicio

52 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria núm. 357/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 abril. “El mandato de prejudicialidad vinculante del artículo 42.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobada por Decreto 5/2000, de 4 de agosto, dispone que la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de seguridad social. Es decir, la vinculación legal, lo es, a los hechos probados del orden Contencioso-Administrativo relativos a la existencia de infracción de normas laborales, sin que se exprese dicha vinculación a la inexistencia de infracción. No obstante, dicho efecto, puede obtenerse de igual forma, del espíritu de la citada norma, cuando la causa de la no imposición de sanción por infracción de normas se debe a la forma de producirse el siniestro, no a otras causas ajenas a su producción, y, lo mismo cabe concluir de la doctrina contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 158/1985, de 26 de noviembre y de fecha 29 de mayo de 2000, núm. 143/2000 -ambas citadas en la sentencia recurrida-, que pretenden evitar la apreciación diferenciada en el orden contencioso y laboral del mismo comportamiento trasgresor de la normativa de seguridad, dejando a salvo supuestos de contradicción motivada y fundada en causas expresamente detalladas”.

53 - STSJ , Extremadura de 14/04/2009 (RSU 107/2009) y STSJ Catalunya de 19/11/2009 (RSU 5591/2008).

54 - STS 12 de diciembre de 1997 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha núm. 397/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 marzo.

55 - STSJ Catalunya de 3 de julio de 2009 (RSU 542/2006).

56 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla núm. 2921/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 septiembre, “máxime teniendo en cuenta que la declaración de hechos probados de esta última jurisdicción, conforme al artículo 42.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, vincula a la hora de imponer el recargo, lo que es lógico, porque, aunque las distintas jurisdicciones pueden dar desigual tratamiento a los mismos hechos, va contra la seguridad jurídica que un hecho exista para un orden jurisdiccional y no para otro”.

no interrumpe el plazo⁵⁷.

Por otra parte, la declaración del recargo es única y afecta a todas las prestaciones derivadas del accidente, del mismo modo que la determinación del origen atribuible a una situación (origen común o profesional) alcanza a todas las prestaciones derivadas de la misma contingencia que se van produciendo de forma escalonada⁵⁸.

Además, el orden social es también competente para conocer de las impugnaciones de los actos administrativos de la Seguridad Social fundados en infracciones de normas de procedimiento, como la nulidad del acto o la caducidad del expediente⁵⁹.

El plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte su resolución es de 135 días, pero no es aplicable la caducidad del expediente⁶⁰.

57 - STSJ Madrid de 20 de diciembre de 2004 (RSU 4273/04).

58 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia País Vasco núm. 1445/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 julio "Esto quiere decir que, si un trabajador sufre un accidente que motiva un recargo del art. 123.1 LGSS, la resolución por la que se acuerda imponer este último afecta a todas las prestaciones devengadas por aquél. No cabe, si hay una serie de prestaciones en cadena (incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte y supervivencia), que en cada una de ellas se pueda cuestionar si ha habido o no incumplimiento empresarial de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, porcentaje de recargo que corresponde aplicar si se ha dado ese incumplimiento y sujetos responsables del mismo".

59 - STS, Social sección 1 del 04 de Enero del 2008 (RUD: 494/2006).

60 - STS, Social sección 1 del 09 de Julio del 2008 (RUD: 4534/2006). La doctrina sobre la cuestión debatida ya ha sido unificada por la Sala en sus sentencias de 9 de octubre de 2006, 21 de noviembre de 2006 y 5 de diciembre de ese año, 14 de febrero de 2.007, 17 de abril de 2007, 26 de septiembre de 2007 y 6 de noviembre de 2.007 . El plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es, desde luego, de 135 días, conforme a lo que se establece en el Anexo del Real Decreto 286/2003 , pero el incumplimiento de este plazo no produce la caducidad del procedimiento, que prevé el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a tenor del cual «en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad» cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, añadiendo que «en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 ». No es aplicable este precepto porque el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios. No es, por tanto, el recargo una sanción, ni tampoco puede configurarse como un acto cuyo contenido se agota en la producción de «efectos desfavorables o de gravamen» sobre el empresario, porque la obligación que ciertamente se deriva del acto administrativo de reconocimiento para el empresario se ordena al derecho correlativo que ese reconocimiento produce en la esfera del perjudicado. De esta forma, el procedimiento no se desarrolla en el marco de una relación bilateral entre la Administración y el empresario infractor, sino en el marco más

La mera falta de audiencia en el expediente administrativo de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, no conlleva la nulidad de actuaciones y por ende, de las resoluciones administrativas, salvo el supuesto de que se haya producido una situación de indefensión relevante⁶¹.

Se ha planteado también la cuestión de la obligación del art. 292 LPL en relación al recurso de suplicación, llegando a la conclusión de que al ser la empresa normalmente la demandante, su recurso lo sería contra una sentencia absolutoria y, por tanto, sin posibilidad de ejecución provisional. Distinto sería en el caso de que sea el trabajador quien insta la imposición del recargo o su incremento y la demanda sea estimatoria.

V. La responsabilidad civil del empresario

Competencia

La acción protectora de la Seguridad Social únicamente otorga protección contra la pérdida de retribuciones que conlleva la merma de capacidad laboral derivada de accidente de trabajo y no siempre lo hace con prestaciones que le cubran el 100% de lo que ganaría trabajando, por lo que en buena parte de los casos habrá una merma de ingresos (lucro cesante) y, además, un daño no compensado por la seguridad social (el dolor e incertidumbre de la situación cuando uno está en proceso de curación, la separación de los seres queridos si hay ingresos hospitalarios, la no posibilidad de hacer una vida normal, la influencia de las secuelas en otros órdenes de la vida del trabajador, etc.)⁶². Para la reparación de esos daños el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación íntegra, pudiendo ejercitar las acciones tendentes a ello.

En esta materia, la jurisprudencia civil ha venido reclamando para sí la competencia, aunque con una trayectoria poco rectilínea, como se reconoce en la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2004⁶³, reconociéndose también el alto grado de desacuerdo entre las decisiones

complejo de la denominada actividad arbitral de la Administración, en la que ésta decide una controversia entre dos privados –empresario infractor y perjudicado, en este caso– y a esta actuación ha de aplicarse la regla del número 1 del párrafo citado, conforme al cual «en el caso de que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo».

61 - STS, 11 de Febrero del 2009.

62 - sentencia de 30.12.2002, recurso 2462/2002.

63 - En esta sentencia se explica que a principios del 98 la sala primera del Tribunal Supremo “declaraba por regla general la competencia del Orden Jurisdiccional Civil, pero la

judiciales, incluso del máximo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél⁶⁴.

La jurisprudencia civil vino declarándose competente distinguiendo entre los supuestos en los que la acción se funda en una infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales, en cuyo caso consideraba que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, con la consecuencia de la competencia del orden social de la jurisdicción para resolver la cuestión, de aquellos otros supuestos en los que la acción se funda en la existencia de culpa o negligencia del empresario no penadas por la Ley (artículos 1089 y 1093 del Código Civil), en cuyo caso habría una responsabilidad extracontractual o aquiliana y la competencia correspondería al orden civil⁶⁵.

En la práctica, la jurisdicción civil vino resolviendo supuestos de responsabilidad contractual, porque la verdad es que “es prácticamente imposible que una acción culposa empresarial no vulnere algún precepto de la normativa de prevención de riesgos laborales y aunque no fuere así, el contrato de trabajo obliga al empresario a dar seguridad al trabajador en su prestación de servicios y los actos imprudentes del empresario que originan un accidente laboral infringen esta obligación⁶⁶.”

Los problemas de esta dualidad de jurisdicciones para conocer de la misma materia, creada jurisprudencialmente⁶⁷, se agravan por la diversidad

Sala especial prevista en el art. 42 LOPJ para resolver los conflictos de competencia entre órganos de dicho orden civil y del orden jurisdiccional social, en cambio, ya había dictado los dos Autos que cita la sentencia impugnada y que efectivamente resolvían el respectivo conflicto a favor del orden jurisdiccional social. Lo problemático de la cuestión siguió manifestándose cuando varias sentencias de esta Sala, situadas aproximadamente en el tiempo entre la fecha de la sentencia recurrida y la que ahora se dicta, optaron decididamente por declarar la competencia del orden jurisdiccional social (SSTS 24-12-97 en recurso 3219/93, 10-2-98 en recurso 505/94, 20-3-98 en recurso 741/94, 23-7-98 en recurso 2494/95 y 24-10-98 en recurso 409/94. Finalmente, desde argumentos de distinto orden se ha retornado a la línea de afirmar la competencia del Orden Jurisdiccional Civil (así, SSTS 30-11-99 en recurso 1110/95, 10-4-99 en recurso 2934/94, 7-7-00 en recurso 2638/95, 22-6-01 en recurso 1445/96 y 2-7-01 en recurso 1464/96, pero no sin el matiz de que para ello la acción ha de fundarse en los arts. 1902 y 1903 CC, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social (así, SSTS 11-2-00 en recurso 1388/95, 26-5-00 en recurso 2114/95 y 12-6-00 en recurso 2399/95 ”.

64 - sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2001.

65 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 noviembre de 2001.

66 - Luis Gil Suárez. Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo II Actualidad Laboral n° 11 del año 2005.

67 - STS sala de lo social de 1 de diciembre de 2003.

de criterios entre la jurisdicción civil y social sobre el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad civil. La jurisdicción civil tampoco en este punto mantiene una posición clara, como se explica en la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2003⁶⁸ y la aplicación de su propia doctrina sobre culpa extracontractual la han llevado a menudo a posiciones cuasi-objetivas⁶⁹.

La Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo se ha decantado a favor de la competencia del orden social de la jurisdicción siempre que se reclama frente al empresario una indemnización por accidente de trabajo que se haya producido como consecuencia de la infracción de una obligación de seguridad, siendo lo relevante que el daño se imputa a un ilícito laboral y no civil⁷⁰.

Tras el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007, la Sala 1ª del Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 15 de enero de 2008 se acoge al criterio de la Sala de conflictos⁷¹, sin

68 - Ciertamente es que no pocas sentencias de esta Sala mantienen sobre este punto una línea diferente, en cuanto tienden a objetivar la responsabilidad civil del empresario aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo; así, en un grado tal vez extremo, la sentencia de 17 de octubre de 2001 (recurso núm. 3559/96), que por la defensa de los intereses de las víctimas justifica el nuevo «principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa que responde a las exigencias nuestros tiempos», o las sentencias de 22 de abril y 1 de octubre del corriente año (recursos núm. 2752/97 y 4113/97 respectivamente), que cifran la prueba de la falta de diligencia de la empresa en la propia producción del accidente, o en fin, aunque desde luego en un grado mucho menor, la sentencia de 17 de julio del corriente año (recurso núm. 3682/97), que si bien rechaza explícitamente «la teoría del riesgo para legitimar la inversión de la carga de la prueba, pues riesgo hay en todas las actividades de la vida», justifica en el concreto caso enjuiciado la inversión de la carga de la prueba en contra del empresario por su mayor facilidad probatoria para demostrar que el accidente obedeció a causas fuera de su control. Sin embargo no es menos cierto que otro importante grupo de sentencias rechaza el riesgo como fuente única de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, razonando que esta Sala, al sentar doctrina, ha negado la absoluta objetivación de la responsabilidad civil fundada en el art. 1902 del Código Civil y puntualizando que el riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento cuando de riesgos normales o razonablemente previsibles se trate (por todas, sentencia de 31 de marzo del corriente año, en recurso núm. 2476/97, que se funda en los precedentes representados por las de 28-10-88, 21-3-91, 11-2-92, 8-3-94, 8-10-98, 18-11-98 y 6-11-01; línea jurisprudencial ésta que se completa con la que exige una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario (así, sentencia de 9 de julio del corriente año, en recurso núm. 3391/97, que recopila la jurisprudencia al respecto).

69 - STS sala civil de 11 de marzo de 2004.

70 - Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007.

71 - “Debe considerarse que la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal, porque la ley está determinando el contenido obligacional del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la ley de

embargo, en la misma sentencia se declara la competencia del orden civil “al haber sido demandados conjuntamente con la empresa contratista y subcontratista, otras personas que no tienen relación laboral con la víctima del accidente”, en concreto el técnico de la obra y la dueña de la obra.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo, por el contrario, mantiene que es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de todas las acciones en reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y que sean consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad en el trabajo y aunque se dirija la demanda contra el promotor o los directores técnicos de la obra⁷².

Esta doctrina es extensible a otros posibles responsables como los fabricantes, importadores o distribuidores⁷³.

A mi juicio, lo que debiera determinar la jurisdicción competente no es contra quien se dirige la acción sino quien la ejercita y con que fundamento. Y desde esta perspectiva, siempre que quien reclama es un trabajador, o sus causahabientes, que ha sufrido un daño en la ejecución del contrato de trabajo por infracción del deber de seguridad la competencia corresponde al orden social de la jurisdicción cualesquiera que sean las personas contra las que se dirija la acción.

La jurisprudencia social

Los órganos del orden social de la jurisdicción vienen declarando que la cobertura económica de las consecuencias del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional que dispensa el sistema de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de demandar del responsable, empresario o tercero, que indemnice el resto de los daños y perjuicios inferidos a la víctima que

Prevención de riesgos laborales en el artículo 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo.

Esta Sala, por tanto, fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social”.

72 - STS 22 de junio de 2005. “En estos supuestos estamos ante una demanda de responsabilidad contra varios demandados en donde puede entrar en juego tanto la responsabilidad derivada de las previsiones contenidas en el art. 1101 del Código Civil como de las establecidas en el art. 1902 del mismo cuerpo legal ; en suma se trata de casos de compleja autoría con independencia de quien sean los agentes, para cuyo conocimiento, pese a tratarse en el caso de los Promotores y Directores Técnicos de supuestos de culpa extracontractual, es competente, como ya hemos dicho el Organismo Jurisdiccional Social, siempre y cuando lo que se reproche a estos sea un ilícito laboral por la causa ya dicha”.

73 - STS Navarra de 7 de enero de 2002.

dicho sistema, de prestaciones legalmente tasadas no alcanza a reparar. Así resulta del art. 127.3 de la LGSS y, en cuanto atañe a los casos en que la causa del accidente estriba en una infracción empresarial de las pertinentes medidas de seguridad e higiene, de los arts. 123.3 de la propia LGSS. y 42.1 de la LPRL.⁷⁴

Esta responsabilidad empresarial emana de forma directa o indirecta del incumplimiento del llamado «deber de seguridad» que deriva de la propia relación laboral⁷⁵ y se corresponde con el derecho de todo trabajador a una protección eficaz⁷⁶. Se trata de una responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional⁷⁷, no es responsabilidad civil objetiva⁷⁸, ni derivada de la creación del riesgo, ni es culpa extracontractual o aquiliana del art. 1902 Código Civil, sino responsabilidad culposa contractual por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral.

Debe existir y probarse un incumplimiento de la llamada deuda de seguridad y no abarca los daños derivados de caso fortuito, en aplicación del art.1.105 CC. Ahora bien, como se dijo al principio, tal deuda de seguridad es amplia y abarca a todos los aspectos relacionados con el trabajo, debiendo el empresario adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud (art.14.2 LPRL), debiendo preverse las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador (art.15.4 LPRL). Se trata de un deber de protección incondicionado y prácticamente ilimitado, debiendo adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que sean. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han

74 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 74/2005 de 9 febrero.

75 - El éxito de la pretensión resarcitoria exige, por tanto, la comprobación acabada de que el hecho lesivo acaeció por efecto de un incumplimiento culpable del deber legal de seguridad –arts. 4. 2 d) y 19 del ET– que el empresario asume frente a quienes trabajan a su servicio Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares núm. 74/2005 de 9 febrero.

76 - art.19.1 ET y art.14.1 LPRL.

77 - (Tribunal Supremo: 30-9-97, 20-7-00, 22-01-02 y 7-2-03.

78 - Así, el TS, en la citada sentencia de 30-9-97, ha definido el ámbito de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios del siguiente modo: «En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que ya están previstas e instauradas, con más seguridad y equidad».

de implicar en todo caso aquella consecuencia cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones⁷⁹.

Debe existir un nexo causal entre el incumplimiento y el daño, siendo aplicable el principio de la «causalidad adecuada», que impone la necesidad de valorar, en cada caso concreto, si el acto antecedente se presenta como causa necesaria al efecto lesivo producido, necesidad que no puede quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil pues el cómo y el porqué se produjo el accidente laboral constituyen elementos indispensables en el examen del evento dañoso⁸⁰, el hecho de que se aprecie infracción de la reglamentación de las normas de seguridad en el trabajo no comporta por sí sola la existencia de culpa civil⁸¹.

Debe existir, por último, un daño, a lo que dedicaré el último apartado.

En cuanto a los sujetos responsables, junto al empleador pueden aparecer otros sujetos responsables, siendo el supuesto más claro el del empresario principal en los supuestos de contratas y subcontratas. Cabe reproducir aquí lo que ya se dijo en materia de recargo. La responsabilidad puede también extenderse en los supuestos de sucesión de empresa del art. 44 ET.

La reclamación puede dirigirse contra el tercero responsable, como deriva del art. 127 LGSS, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del

79 - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 octubre 2001.

80 - STS de 25 febrero 1992 Por otra parte, para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante –efecto–, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad, o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1092 y 1903 del Código Civil, pues «el cómo y el porqué se produjo el accidente», constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (S. 27-10-1990 y las en ella citadas).

81 - Sentencia de la misma Sala de 27 abril 1992.

empleador en base al art. 1903 CC, ya se trate de otros trabajadores o de personas de cuya actividad frente al trabajador deba responder el empresario.

En este sentido, la responsabilidad de los técnicos de prevención o de las empresas con las que se haya contratado la prevención no permitirá exonerar al empresario de su responsabilidad solidaria frente al trabajador accidentado, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar contra aquéllos.

Deberá estarse al caso concreto para establecer la posible responsabilidad empresarial en los casos en que el responsable directo sea un arquitecto, un aparejador o un fabricante, suministrador o distribuidor, cuyas obligaciones en materia de riesgos laborales aparecen expresamente establecidas en el art. 41 de la LPRL.

El Daño y su cuantificación

En cuanto al daño, su existencia y prueba es elemento indispensable para que surja la responsabilidad que tratamos. Rigen las ideas de reparación íntegra y evitación del enriquecimiento injusto para el indemnizado.

El daño es entendido en sentido amplio, comprendiendo los daños materiales, morales y sociales, el daño emergente y el lucro cesante. La indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios.

Para fijar la cuantía de la indemnización la sala de lo social del Tribunal Supremo tiene declarado, con carácter general, que hay que atender a la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas y criterios que pueden servir de referencia, no existiendo baremo legal y siendo libre el juzgador de acudir a criterios de analogía, como los del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenidos en el anexo de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 9 noviembre ⁸².

En esta materia las SSTS de 17 de julio de 2007 (RUD. 513/2006 y 4367/2005) han sistematizado la doctrina jurisprudencial en la materia, que ha sido seguida por la Sala de lo social del TSJIB a partir de su sentencia de 5 de diciembre de 2007 (RSU 380/2007).

Esta doctrina puede sintetizarse del siguiente modo:

⁸² - Sentencia de 2 de febrero de 1998 (recurso 124/1997) sentencia de unificación de doctrina de 2 de octubre de 2000 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 febrero 2003.

- La fijación del importe indemnizatorio es facultad del Juzgador de instancia. La discrecionalidad que al respecto le compete no es susceptible de impugnación, salvo que medie notorio error, arbitrariedad, incoherencia con las bases de cuantificación o falta de concreción de la misma (STS 17-7-2007 (RUD 513/2006). En el mismo sentido, STS 17-7-2007 (RUD 4367/2006), al señalar que cuando se acepta la utilización de una norma para la cuantificación del daño, en este caso el baremo de accidentes de circulación, el órgano judicial superior puede revisar y controlar la aplicación adecuada de tal baremo.

- La discrecionalidad en la fijación del importe indemnizatorio, no puede confundirse con arbitrariedad, ya que el órgano judicial debe motivar su decisión. Esto significa que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados «sino que debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Para ello debe distinguir entre los que corresponden a las categorías básicas: el daño corporal (lesiones físicas y psíquicas), el daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual), el daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso), y el lucro cesante (pérdida de ingresos y de expectativas laborales).

- A falta de normativa específica en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo, es oportuno, aunque no obligatorio, aplicar como orientación analógica el sistema de valoración de daños previsto para los accidentes de circulación, si bien no de manera mimética y ateniéndose a la propia y total estructura indemnizatoria de éste, con posibilidad, inclusive, de superar los máximos tarifados⁸³.

83 - Como se declara la en la STS de 17 de julio de 2007 (RUD 513/2006), en materia de accidentes de trabajo no pueden reproducirse miméticamente las concretas operaciones establecidas en el Baremo, por las siguientes razones:

“1. porque sería opuesto, por definición, a la aplicación con carácter orientativo defendida tradicionalmente por la jurisdicción social.

2. porque lo que persigue el baremo es regular la responsabilidad de una entidad aseguradora de automóviles, en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en los casos de accidente laboral se trata de una indemnización exigible por mediar culpa del empresario en la causación del accidente, y tiene por objeto completar las prestaciones de Seguridad Social basadas en criterios de responsabilidad objetiva.

3. En el baremo, las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes se determinan con inclusión de los daños morales (Tabla III).

4. En el baremo se consideran como meros factores de corrección de la indemnización por lesiones permanentes (Tabla IV) los perjuicios económicos, en función de los ingresos y de la incapacidad permanente de la víctima.

5. Las indemnizaciones por incapacidad temporal incluyen el daño moral, diferenciando los días de baja según haya existido o no ingreso hospitalario, así como dentro de los mismos los que han impedido para el trabajo y los que no, reiterándose la consideración como simple factor de corrección de los perjuicios económicos.”

En las mencionadas sentencias de 17 de julio de 2007 se reconocen las ventajas de utilizar el sistema de valoración del Anexo a la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, pues ayudará al juzgador de instancia a vertebrar y estructurar el “quantum” indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso.

Ese uso facilitará, igualmente, la acreditación del daño y su valoración, sin necesidad de acudir a complicados razonamientos, ya que la fundamentación principal está implícita en el uso de un Baremo aprobado legalmente. Precisamente por ello, si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto deberá razonarlo, pues, cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas sin razonar los motivos por los que no se siguen íntegramente, ya que así lo impone la necesidad de que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

La aplicación del Baremo comportará un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, ese tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y dolor que comportan en la vida íntima; en las relaciones personales; familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas).

Las diferencias dañosas de un supuesto a otro se darán, principalmente, al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad laboral, pero, al valorar esa circunstancia y demás que afecten al lucro cesante, será cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo, ya que, como no es preceptiva la aplicación del Baremo, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor que la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquél, siempre que se haya probado su realidad, sin necesidad de hacer uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que concurra culpa relevante”⁸⁴.

84 - Al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad de ganancia y otras circunstancias que afecten al lucro cesante el juzgador puede apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo (STS 17-7-2007 STS 17-7-2007 (RUD 4367/2005). En el mismo sentido STS 17-7-2007 [RUD 513/2006). al precisar que «las indemnizaciones previstas en el baremo de accidentes de circulación no tiene necesariamente porqué limitarse a máximo tarifado en el ámbito de los accidentes de trabajo, sino que aquellos factores (la exigencia culpabilística impuesta por la jurisprudencia y los principios de la acción preventiva) bien pudieran aconsejar en multitud de supuestos....que se supere aquella cuantía en forma de cantidad alzada o que más concretamente se aplique algún coeficiente multiplicador.».

Por ultimo, la Aplicación del baremo agiliza los pagos de los siniestros, al tiempo que disminuye los conflictos judiciales.

- Como regla general y para evitar enriquecimientos torticeros, las diversas indemnizaciones a que dé lugar el accidente se complementan entre sí puesto que el daño es único, de modo que habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto y por posibles pólizas de seguro suscritas por la empresa⁸⁵.

Como excepción a lo anterior, no se deduce de la indemnización civil lo abonado y percibido por el mecanismo del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, dado su carácter sancionador.⁸⁶

85 - SSTs de 17 de febrero de 1999, de 2 de octubre de 2000, de 8 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002 y 7 de febrero de 2003 en la que se declara lo siguiente: Ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar que «a) existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; b) debe existir también, en principio un límite en la reparación del daño, conforme a las previsiones del Código Civil, aplicables a todo el ordenamiento... (y)... que no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio».

86 - SSTs de 17 de febrero de 1999, 2 de octubre de 2000, 2 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002, 2 de octubre de 2000 y 1 de junio de 2005, entre otras .La razón esencial de la exclusión de la posible compensación o reducción de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo del denominado recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad «ex» art. 123 LGSS deriva de su propia finalidad, la que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción pretendida por la empresa recurrente. En efecto:

a) La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestrabilidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al «empresario infractor», el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo.

b) Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

c) Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensador de accidentes de trabajo, se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

En cuanto al descuento de las sumas ya percibidas por las prestaciones de seguridad social se parte de la idea de que las contingencias profesionales y las comunes no son equiparables en la medida que son los empresarios quienes con sus primas aseguran las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional para asegurar su responsabilidad de carácter objetivo⁸⁷.

d) La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem», pues conforme a la jurisprudencia constitucional «la regla “non bis in idem” no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)» y que por su misma naturaleza «sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (STC 159/1985, de 25 de noviembre), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, STS/III 30-5-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

e) De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y en favor del accidentado o de sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento [art. 1.1 e) Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio; pues en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos jurisdiccionales.

f) De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición de recargo sobre las prestaciones, así como en el posterior procedimiento impugnatorio, que los daños causados ya estaban plenamente compensados con aquella indemnización lo que impediría entrar a conocer de la cuestión de la procedencia o improcedencia del recargo. Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo no existiría esa responsabilidad en el pago del recargo «independiente... con las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción» como preceptúa el citado art. 123 LGSS.

g) En suma, nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concurra tal infracción, quiere que exista una desigualdad, que es dable calificar de objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones de cualquier naturaleza a percibir por el accidentado o sus causahabientes, las que deberán ser superiores en el supuesto en que concurran declaradas infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales. La referida desigualdad desaparecería, por motivos distintos a los de la gravedad de la infracción, de seguirse la tesis contraria a la que ahora se establece.

87 - STS de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005 "Es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario").

En este punto, la doctrina jurisprudencial ha sido objeto de fundadas críticas por distintos autores⁸⁸ y sea como fuere, de mantenerse el descuento de las cantidades percibidas en concepto de prestaciones de la Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales al menos deberá reformarse el art. 127.3 LGSS, permitiendo que quien haya pagado las prestaciones pueda repetir contra el empresario incumplidor o su compañía aseguradora, evitando así un injustificado enriquecimiento por parte del empresario incumplidor y su aseguradora.

- La propia jurisprudencia pone límites a la compensación de las diversas indemnizaciones, declarando que debe ser efectuada entre conceptos homogéneos, de suerte que las prestaciones de la Seguridad Social que resarcan por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanentemente, sólo pueden compensarse con las

88- Rafael López Parada. “Sobre el cálculo en el orden social de la indemnización por responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. Cuadernos Penales José María Lidón de la Universidad de Deusto, núm 3 (2006). “ Los fundamentos teóricos de este criterio jurisprudencial resultan muy discutibles, porque parten de una diferencia de naturaleza jurídica de las prestaciones de Seguridad Social por contingencias comunes y por accidentes de trabajo que no está prevista en la propia legislación vigente desde 1 de enero de 1967. La creación del sistema de Seguridad Social en 1966 tenía como uno de sus objetivos, precisamente, superar tal diferencia de naturaleza jurídica, propia del sistema anterior de Seguros Sociales. El descuento de las prestaciones económicas no es en ningún caso aplicable respecto de prestaciones de seguros de vida voluntarios suscritos por el trabajador, como tampoco respecto de las prestaciones por contingencias comunes, porque las mismas son claramente herederas de un seguro de personas (el SOVI). Es sabido que en los seguros de personas la cantidad asegurada no puede ser descontada de las indemnizaciones, siendo ese derecho indemnizatorio siempre de la víctima, sin posibilidad de subrogación del asegurador, salvo en lo relativo a los costes de asistencia sanitaria. La vida, la salud y la integridad física no tienen valor de mercado y, por tanto, cuando del aseguramiento de las mismas se trata, en ningún caso existe el sobreseguro, de manera que la prohibición del enriquecimiento injusto del artículo 26 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, sólo es aplicable a los seguros de daños, siendo imposible hablar de enriquecimiento injusto en el caso de los daños para la vida y la salud, al tratarse de cosas fuera del comercio de los hombres y, por tanto, no sustituibles por dinero. Así lo dispone el artículo 82 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, cuyo contenido se aplica en materia de Seguridad Social en virtud del segundo párrafo del artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Curiosamente en ese artículo 127.3, que traslada a la Seguridad Social la lógica del artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro, no se distingue en modo alguno en función del carácter común o profesional de la contingencia determinante de la prestación. Para separarse de esa lógica, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo considera que las prestaciones de accidentes de trabajo no tienen la naturaleza de seguro de personas, sino que mantiene la idea de un seguro empresarial de responsabilidad civil. Con ello se viene a negar de facto la cobertura de tales contingencias por los mecanismos ordinarios del sistema de Seguridad Social, construyendo un subsistema residual para los accidentes de trabajo como un arcaico seguro de responsabilidad civil empresarial, establecido entonces en beneficio del empresario responsable y no del sujeto protegido”.

indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, mas no por razón de otros conceptos, como el daño emergente y el daño moral

- Desde esta perspectiva, en relación a la incapacidad temporal, el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente, por lo que tales prestaciones no pueden compensarse con la indemnización que corresponda con arreglo al Baremo mientras que las mismas, junto con su posible mejora, no superen ese cien por cien. Además, para calcular correctamente el perjuicio económico sufrido, deberá tenerse en cuenta los incrementos salariales anuales puesto que tales subidas se extienden al lucro cesante⁸⁹ sin que quepa su compensación con lo reconocido como daño emergente o moral⁹⁰.

Por consiguiente, en relación con la indemnización por incapacidad temporal, el lucro cesante debe cifrarse en la diferencia entre el salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y la prestación abonada por dicha situación.

El resarcimiento del daño moral durante la incapacidad temporal ha de realizarse con arreglo a la indemnización prevista en el Baremo para los días de baja (no impositiva o con ingreso hospitalario), sin que pueda aplicarse la indemnización prevista para los días de baja impositiva⁹¹

- En cuanto al descuento del capital coste de las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente total y absoluta o de las indemnizaciones por la incapacidad permanente parcial o de las lesiones permanentes no invalidantes, se declara en la sentencia de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005) que sólo pueden compensarse del total de la indemnización reconocida como lucro cesante pues “las prestaciones de la S.S. se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral”.

El lucro cesante viene contemplado en el factor corrector «por perjuicios económicos» y el factor corrector por «incapacidad permanente».

Sin embargo tales factores tienen distinta significación, pues mientras

89 - (STS 17-7-2007 [RUD 513/2006]).

90 - STS 17-7-2007 (RUD 4367/2005).

91 - (STS 17-7-2007 [RUD 513/2006]). Conclusión a la que llegamos, fundamentalmente porque si la indemnización básica por IT en la Tabla V se fija «incluidos los daños morales», parece razonable entender que el daño moral está cuantificado en el importe indemnizatorio correspondiente al día «no impositivo», habida cuenta del limitado juego [aumento porcentual] que se da a los ingresos de la víctima de la indemnización básica].

el primero “es claro que compensa por el llamado lucro cesante, lo que abre la posibilidad de compensar lo reconocido por ese concepto con lo abonado por prestaciones de Seguridad Social que reparan la pérdida de la capacidad laboral en algún grado”, el factor corrector por «incapacidad permanente» de tabla IV persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la incapacidad permanente del perjudicado “para la ocupación o actividad habitual de la víctima”, concepto más amplio que el de incapacidad permanente del art. 137 LGSS, que contempla sólo la incapacidad para el trabajo, pues el factor corrector de la tabla IV abarca el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida⁹² por lo queda al prudente arbitrio judicial, la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar qué parte de la cantidad reconocida por su aplicación se imputa a la capacidad laboral y qué parte al impedimento de otras actividades u ocupaciones de la víctima⁹³.

Las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes no tienen la función de compensar por la pérdida de la capacidad de ganancia, ni ningún tipo de incapacidad permanente, por lo que a mi juicio no procedería su descuento de estos factores de corrección, sin perjuicio de su descuento respecto de otros conceptos homogéneos.

Las Sentencias mencionadas se muestran también favorables al descuento del lucro cesante y, en la forma prevista, de las mejoras pactadas en convenio colectivo a cuenta de cualesquiera otras cantidades que pudieran ser reconocidas como consecuencia de responsabilidades civiles. A mi juicio, cuando la mejora no se pacta con tal previsión y lo que se

92 - lo que supone valorar lo que la doctrina francesa denomina “préjudice d’agrément”, concepto que comprende los derivados de la privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño, perjuicios entre los que se encuentra, sin ánimo exhaustivo, el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como el impedimento para practicar deportes o para disfrutar de otras actividades culturales o recreativas sentencia de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005).

93 - Por ello, el capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que establece el Baremo, ya que, éste repara diferentes perjuicios, entre los que se encuentra la incapacidad laboral. Así, quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar que parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y que parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc. etc.) sentencia de 17 de julio de 2007 (RUD 4367/2005)

concierta es un seguro de personas no procede el descuento de cantidad alguna y puede percibirse en su integridad además del total de la indemnización por daños en aplicación del art 101 de la Ley 50/80.

En cuanto a los intereses moratorios, las mencionadas SSTs de 17 de julio de 2007, excluían su devengo y partiendo de la naturaleza de deuda de valor que tiene la indemnizatoria, concluían que las normas vigentes al tiempo del accidente son las que determinan el régimen jurídico aplicable para cuantificarla y determinar el perjuicio, según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc... Sin embargo, se declaraba que el importe de la indemnización debía fijarse en atención al valor del punto en la fecha en que se cuantifica el daño por vez primera, siendo el baremo a utilizar el vigente en la fecha en que se fija la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina, no pudiendo aplicarse intereses moratorios con anterioridad por falta de liquidez de la deuda.

Sin embargo, en la Sentencia de 30 de enero de 2008 (RUD 414/2007) se reconsideró el tema, decantándose la sala IV por una interpretación menos restrictiva y más flexible de la regla “in illiquidis non fit mora” que deriva de los arts. 1100, 1101 y 1108 CC, declarando que en general los intereses moratorios derivados de los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, se devengan automáticamente desde el momento en que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación, por imponerlo así la defensa de los intereses del trabajador. Excepcionalmente, en supuestos que resulten exorbitantes, esta regla general puede sustituirse por el mecanismo de fijar la indemnización conforme a la actualización de los importes del baremo a la fecha de la sentencia, “en el bien entendido de que ambos sistemas –intereses/actualización– son de imposible utilización simultánea”.

Por lo que a la cuantificación de los puntos se refiere, la sala 1ª del Tribunal Supremo declara que deben hacerse en el momento en que las secuelas del accidente quedan determinadas y este es el momento del alta definitiva, debiendo aplicarse los importes establecidos en el baremo vigente en la fecha en que se produce el alta definitiva del lesionado.⁹⁴

A partir de la Sentencia que reconoce la deuda, el poder adquisitivo se mantiene mediante el cobro de los intereses de mora procesal del art. 576 LEC y, en su caso, los intereses del art. 20 LCS, por aplicación de la salvedad contenida en el art. 576 de la LEC.

94 - 30 de octubre de 2008 (RUD 296/04).

Si el riesgo está asegurado, se aplica el art. 20 de la Ley de contrato de seguro y la doctrina jurisprudencial sobre la existencia de una oposición por causa justificada.

Pero, esto no es aplicable a la mejora voluntaria pactada en convenio colectivo, aunque en el mismo se establezca que el importe es «a cuenta de cuales quiera otras cantidades que pudieran ser reconocidas como consecuencias de responsabilidades civiles». El devengo de esta mejora procede en todo caso, al margen de que se declaren o no estas responsabilidades; por ello los intereses del art. 20 de la Ley de contrato de seguro, se deben desde el día en que se comunique el siniestro a la aseguradora.⁹⁵

ADENDA

Entre la fecha en que se pronunció la anterior conferencia y la fecha de su publicación llega a mis manos el anteproyecto de Ley de Procedimiento Laboral, en el que parece que el legislador quiere zanjar los problemas de competencia en materia de accidente de trabajo a los que he hecho referencia entre las jurisdicciones civil y la social al atribuir en el art. 2 b) a la jurisdicción social la competencia sobre “el conocimiento de las acciones ejercitadas, conjunta o separadamente, por los trabajadores contra el empleador u otros terceros vinculados a él cualquier título, incluso la acción directa contra la aseguradora, por los daños materiales o morales causados con motivo u ocasión de la prestación de servicios, incluido el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales y por culpa contractual o extracontractual, sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”.

En el apartado s) se atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las “reclamaciones del trabajador o sus causahabientes a las que se refiere el apartado b) de este artículo contra empresarios y terceros, así como contra a los aseguradores de éstos, por daños materiales o morales que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Y en el apartado r) se contiene igual previsión en relación a “la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en

95 - STS 17-7-2007 (RUD 4367/2005).

los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de los trabajadores con carácter general o de sus causahabientes”.

Sin embargo, en el art. 3 se mantiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la impugnación de las Actas de infracción.

Además, se excluyen también del conocimiento de la jurisdicción social “los litigios en materias de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar las actividades preventivas de riesgos laborales y entre éstos y los sujetos o entidades externos que hayan asumido frente a ellos, por cualquier concepto, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención; y de aquellos otros que tengan por objeto exigir a las Administraciones públicas la responsabilidad derivada de los daños sufridos por sus empleados, cuando sean funcionarios o personal sanitario estatutario, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, por formar parte éstas de la relación funcionarial o estatutaria”.

**VII.- SÉPTIMO PREMIO
LUIS PASCUAL GONZÁLEZ**

**VII.1- TRABAJO PREMIADO DE
D. RICARDO YÁÑEZ VELASCO**

**VII.2- TRABAJO FINALISTA DE
D. LORENZO CRESPI FERRER**

**VII.3- INTERVENCIÓN DE
DÑA. ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ**

**VII.1- PAREJAS DE HECHO E
IGUALDAD CONSTITUCIONAL.
PERSPECTIVAS DE DERECHO SUSTANTIVO Y
PROCESAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BALEAR**

Ricardo Yáñez Velasco

*Per la Laura,
meravellosa nouvinguda*

El artículo que sigue fue galardonado con el VII Premio Luis Pascual González, entregado, en el marco de una solemne sesión académica, el 22 de Marzo de 2010 por la MHS Presidenta del Parlament. Su autor es Juez de Primera Instancia e Instrucción de Esplugues de Llobregat, y su dedicación a nuestro Derecho civil deriva de la circunstancia de haber seguido un curso on line de Derecho civil balear, organizado por el Consejo General del Poder Judicial con la ayuda del Govern Balear. En el acta del jurado que concedió el premio se nos dice que en la obra ganadora se han valorado especialmente la pluralidad de cuestiones suscitadas alrededor de las parejas de hecho, con un extenso tratamiento doctrinal de los diversos temas, destacando el enfoque de los problemas procesales centrados en la pareja de hecho que constituye la última parte del trabajo.

ÍNDICE

1. Consideraciones indispensables sobre el principio de igualdad
 - 1.1. Igualdad en la Ley e igualdad ante la Ley
 - 1.2. La perspectiva formal
 - 1.3. La igualdad real y efectiva
 - 1.4. La igualdad procesal y el principio de contradicción
 - 1.5. La incidencia de la igualdad en el derecho a la tutela judicial efectiva
2. Normativa en presencia y competencia legislativa
 - 2.1. El ámbito sustantivo de la legislación autonómica balear sobre parejas de hecho
 - 2.2. La competencia para legislar en sede procesal
 - 2.3. El contexto jurídico en el espacio estatal y en el resto de Comunidades autónomas
3. Derecho sustantivo
 - 3.1. Sobre las relaciones jurídico-civiles privadas y la Constitución: planteamientos preliminares
 - 3.2. Sobre las diferencias de contenidos y derechos entre legislación estatal y legislaciones autonómicas y de éstas entre sí
 - 3.3. Estándar mínimo exigible y proteccionismo estatal o autonómico
 - 3.4. Las desigualdades de tratamiento ante supuestos de hecho desiguales entre sí
4. Derecho procesal
 - 4.1. Unificación y diferenciación de procesos civiles de familia
 - 4.2. Los efectos de legislaciones sustantivas discordantes sometidas a un único sistema procesal nacional
 - 4.3. Las hipótesis de normativas procesales divergentes frente a la incidencia de la legislación especial o foral sobre el proceso práctico
 - 4.4. Conclusiones sobre igualdad ante la Ley
5. Reflexiones finales

1. Consideraciones indispensables sobre el principio de igualdad

1.1. Igualdad en la Ley e igualdad ante la Ley

En primer lugar conviene apuntar que la concepción de igualdad desprendida del art. 14 CE conecta sin remedio con la noción de valor fundamental referida en el art. 1.1 CE, así como con la promoción hacia su sentido real y efectivo postulado en el art. 9.2 CE. No basta, por tanto, la igualdad formal (art. 14 CE), sino que se requiere la sustancial (art. 9.2 CE) para desarrollar el valor superior. La noción es relativa y relacional, pero en absoluto mengua su importancia por la vinculación de la igualdad procesal con el art. 24 CE. El origen sigue encontrándose más allá del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –en el art. 14 CE–, aunque recabe en aquélla al imbuirse en un proceso judicial¹.

La posición diferente entre los litigantes de un proceso civil no es el elemento desigual que permite un trato desigual, ya que la “condición” o “situación” enunciada por el art. 14 no refiere actos puntuales de diferenciación². Cabe que estos repercutan globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad, pero no pueden entenderse como el status apuntado en el art. 14 CE, al ejemplificar una serie de motivos inaptos para discriminar³. A veces resulta inevitable considerar como exigencia fundamental la igualdad del “acudir” y del “estar” en el proceso y que se haga, por supuesto, a partir de una igualdad nunca absoluta sino relativa. Son casos que pueden ser evaluados como desigualdad de trato, e incluso podrían prohibirse, pero no entrañan la discriminación que el precepto en cuestión impide. Ésta, pues,

1 - Cfr. sobre el particular María Victoria Berzosa Francos, “Los principios del proceso”, Justicia, 1992-III, p. 570.

2 - En ese sentido es esclarecedor observar que “el principio de igualdad jurídica no puede fundarse en el plano de los hechos empíricos sino en el de la ética” y, consecuentemente, “...deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los hombres”; Javier Gálvez Montes, “Art. 14”, en Comentarios a la Constitución española (con otros autores), Civitas, Madrid, 1985, p. 180 y s. En relación v. la cita nº 3 de su p. 181: no se excluye la justicia de diferencias en cuanto a derechos concretos, basadas en la diversidad de conductas imputables al individuo (vgr. legalidad, delincuencia, diligencia, descuido...).

3 - Miguel Rodríguez Piñero y María Fernanda Fernández López, Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, p. 239.

asciende a la posición diferenciada que es realmente capaz de provocar discriminación. El trato desigual es claro, el problema es analizar si tal desigualdad es razonable, porque entonces no habría discriminación.

La cuestión fundamental gira alrededor del análisis de las diferencias que tengan carácter normativo, respondiendo a la pregunta de si son legítimos los factores que justifican la desigualdad. Debe subrayarse de qué modo no se ofrece criterio alguno, pues aunque el principio y el derecho existen, no se indica lo que es igual sino que únicamente se determina que lo igual sea tratado igual. Además, aunque debe perseguirse igualar cualquier situación desigual, ello no ha de ocurrir en los hechos, sino en el trato ético de los mismos: un mínimo de desigualdad formal sirve para progresar hacia la igualdad sustancial⁴. Todo depende del punto de vista de la comparación. La perspectiva que nos interesa es aquella en la que presenciamos a dos justiciables que como sujetos forman parte de un mismo proceso y donde ambos persiguen tutela judicial efectiva. En abstracto y teóricamente las posiciones deben considerarse iguales, pero cuando tratemos cada una de ellas independientemente apreciaremos que la igualdad a considerar no será la misma: la posición social y económica de cada una manifestará la necesidad de examen. En el tema que ahora ocupa el Texto constitucional no ofrece una habilitación expresa para la diferenciación. Hemos de acudir entonces a un punto de vista pasivo, debiendo observar la finalidad y el factor diferencial que aparezca.

El operador jurídico ha de estar en condiciones de valorar cuándo se producen diferencias en los supuestos de hecho, que permitan un trato desigual no discriminatorio por razonable. En conclusión, cabría aceptar que el legislador opta por beneficiar a una parte que considera débil en las relaciones

4 - Tal diferenciación puede provenir del Estado Social y Democrático de Derecho para la efectividad de los valores que consagra nuestra Constitución; cfr. entre otros Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 59. La premisa básica reside en que las posiciones iguales deben ser igualmente tratadas, y si existe una causa justa y razonable puede darse el paso hacia la diferenciación sin que ello limite la libertad, sino que más bien la fortalecería; v. Gustavo Suárez Pertierra, "Art. 14", en *Constitución española de 1978*, vol. II (arts. 10 a 23), *Revista de Derecho Público (Comentario a las Leyes Políticas)*, Madrid, 1984, p. 287. Nos referimos a un juicio de razonabilidad que destaque en atribuciones objetivas, aunque sea recomendable tener en cuenta que la justificación objetiva no es regulación objetivada, hasta el punto que no tenga en cuenta los propios elementos discriminadores; así Ángel Carrasco Pereira, "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 11, 1984, pp. 59 y ss. Partiendo de que exista desigualdad hará falta la práctica de un test de relevancia (=que haya motivos para pretender la igualdad) y un test de razonabilidad (=que susodicha desigualdad no ostente justificación); véase al respecto Enrique Alonso García, "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, nos 100-102, vol. I, 1983, pp. 31 a 55.

jurídicas, otorgándole la facultad procesal de solicitar el derecho material en un tipo de procedimiento de manera más favorable que otra parte con igual derecho material, que por tanto deberá articular en otro tipo de procedimiento o bajo determinadas formas procesales más complejas y económicamente también más perjudiciales.

El conflicto puede radicar en un estadio anterior, situado entonces en la igualdad en la Ley, y la introducción de un interés general público permite obviar relaciones entre litigantes ex ante proceso. Fuera de ello, el estudio aislado de las posiciones de las partes residiría en la igualdad ante la ley y la resolución discrecional del juzgador, apoyándose en un status y fundamento legitimador diferenciado en cada una de las mencionadas posiciones⁵. En ambos casos se produce una discriminación, alejada del Estado Social de Derecho inspirado en los principios de Igualdad y Justicia. Todo conviviente posible no se ve en las mismas condiciones básicas ante la Ley para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Pero el conflicto con la igualdad expuesto hasta el momento podría solucionarse ahondando en el siguiente argumento. Entre las partes este principio no significa igualdad esencial de las mismas, pues son papeles distintos en el proceso. La igualdad procesal es igualdad dentro de la desigualdad de funciones, manifestación principal de la preocupación pública por impartir, mediante la jurisdicción, la justicia del caso concreto. Pero esa igualdad, aunque también se fundamente en la Constitución, no es la que interesa aquí.

1.2. La perspectiva formal

A continuación se plantea la justificación de que el formalismo de la igualdad, a través de la dicción literal del art. 14 CE, puede respetarse por medio de la contradicción. En ese sentido, la igualdad formal de armas constituiría la posibilidad de contradecir. Sin embargo, lo que permitirá desigualar a las partes en el ejercicio de la pretensión, entendida ésta como arma procesal, será la igualdad material, ajena a la contradicción (o igualdad de armas formal). El problema puede residir en que no se utilice esta segunda perspectiva y sólo se obedezca la primera, de modo que se excluyan los

5 - En el art. 14 no se incluye la “riqueza” como elemento no discriminatorio, mientras sí lo hacía la Constitución española de 1931. Pese a que su importancia es evidente, al no indicarse expresamente en el precepto constitucional se englobará dentro de la cláusula general del mismo. Como es sabido, la carga de la prueba ante el Alto Tribunal pesa sobre quien pretenda sostener la legitimidad de la diferenciación (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2º), pero ello sólo ocurre en las cláusulas específicas, no en la general. En ésta, donde en su caso incluiríamos la riqueza o la posición económica, se invierte la carga de la prueba, debiendo el propio afectado demostrar sus alegaciones al respecto. Acaso hubiera convenido indicación expresa, como así expone la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 2: “posición económica”.

supuestos que interesan por cuanto dentro de un mismo proceso –y entre las partes litigantes– siempre se dispondrá de la audiencia y de la contradicción y así de ese tipo de igualdad formalizada.

La igualdad procesal formal existe cuando las dos partes pueden actuar en el proceso “al mismo tiempo”. En eso no tiene nada que ver la diferenciación entre justiciables para demandar o no demandar, porque se basa en una situación ubicada dentro de un mismo proceso en curso, donde se trata de que la tutela sea garantizada, por ejemplo, a través de audiencia y defensa, para ambas partes litigantes y nunca para una sola. El necesario entendimiento (procesal) del art. 14 CE sólo exprime su verdadero significado a través de su homónimo material (art. 9.2 CE). Es decir, no podemos admitir que a causa de la definición formal de las partes procesales –cosa que ocurre, de hecho, en cualquier tipo de proceso–, se aplique un principio de igualdad a medias. El art. 14 CE establece un derecho a la igualdad formal, a tener en cuenta como punto de partida. Pero el principio de igualdad como valor del art. 1.1 CE, informador de todo el Ordenamiento jurídico junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, lo es también de la norma procesal. Es correcto que el Tribunal Constitucional enlace los artículos 14 y 24 CE. Para ser teoría completa, sin embargo, requiere la conjugación con el derecho a la igualdad material. De no ser así el art. 14 CE no respondería, por sí sólo, a las exigencias de Justicia en todo proceso. Parecería un mero instrumento de tránsito hacia el derecho de defensa, desconectado de su propio sentido autónomo. La formalidad del proceso no puede permitir la formalidad de la igualdad, ni del sentido sustantivo del propio juicio jurisdiccional, porque convertiría esa idea de igualdad adjetiva en valor vacío de práctica inútil. Se atrae el verdadero núcleo sustantivo con el art. 9.2 CE, gracias a que con él se llega a una igualdad real y efectiva. Esto ocurre en otros procesos, como por ejemplo el laboral, o en sede general de justicia gratuita.

1.3. La igualdad real y efectiva

Para obedecer el principio de igualdad deben superarse tres controles o verificaciones. Se trata de comprobar la constitucionalidad del objeto de estudio, en nuestro caso la misma ley. De ahí que la ubicación resida en la igualdad en la ley, no ante la ley. La segunda óptica, en su caso, vendría diferida a un momento posterior, donde interviene el juez como operador que aplica la norma⁶. El primer test versa sobre la existencia de la desigualdad

6 - Es sabido que debe aceptarse, sin embargo, que a veces el intérprete judicial no dispone de opciones que le permitan respetar el principio. Se provoca entonces una desigualdad no razonable y por ende discriminatoria, porque quien aplica la ley se encuentra obligado bajo sus márgenes.

misma, el segundo sobre la relevancia de esa desigualdad, y el tercero sobre la razonabilidad de la desigualdad relevante⁷. La cuestión sería observar si existe una falta de razonabilidad en la ley, que en su caso la haría discriminatoria y, por consiguiente, inconstitucional^{8, 9}. Para ello cobra relevancia el contrapeso de valores constitucionales, así como el balance entre éstos y los bienes constitucionalmente protegidos. La noción de balancing ha sido expuesta por la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional al tratar las propias contradicciones que podría generar el art. 24 CE, a través de la tutela judicial efectiva como derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Ante el objeto de nuestro análisis, esa formulación del test de razonabilidad se invierte, porque se advierte la falta de igualdad en la actuación del poder público (Legislativo), que introduce una norma formalmente desigual. Y debe analizarse si lo razonable es, precisamente, lo contrario, esto es, imponer la igualdad. Al no hacerlo la desigualdad de la práctica no sería razonable, porque no estaría justificada por los valores constitucionales. Por el contrario, si estos la acogieran, la irrazonabilidad estaría en alterar la desigualdad existente. En cualquier caso, se persigue el equilibrio entre el

7 - Cfr. Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Ediciones del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 206. Como sea que es un análisis consecutivo, resulta lógico exigir la conjunción de los tres test. Estamos hablando de un juicio de razonabilidad que destaque en atribuciones objetivas, aunque es recomendable tener en cuenta que la justificación objetiva no es regulación objetivada, hasta el punto en el que no sea capaz de considerar los propios elementos discriminadores. Sic Ángel Carrasco Pereira, “El «juicio de razonabilidad» en la Justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 11, 1984, pp. 59 y ss. V. también Enrique Alonso García, “El principio de igualdad...”, cit., pp. 31 a 55, donde se destaca que, partiendo de la existencia de la desigualdad, hará falta la práctica de un test de relevancia (=que haya motivos para pretender la igualdad) y un test de razonabilidad (=que aquella desigualdad no ostente justificación).

8 - Sic Gregorio Peces-Barba, *Los valores...*, cit., p. 59).

El principio de igualdad no implica, en todos los casos, un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Pero ese tratamiento legal desigual tiene un límite, consistente en la no discriminación. Es decir, la desigualdad no debe estar desprovista de una justificación objetiva y razonable (v STC 19/1982, de 5 de mayo, reiterada desde entonces). La igualdad no se limita con ello, sino que se fortalece (Gustavo Suárez Pertierra “Art. 14”, en *Comentarios...*, cit., p. 284). Y recuérdese que la no discriminación es directamente ejecutable como derecho fundamental, (Miguel Rodríguez Piñero y María Fernanda Fernández López, *Igualdad...*, cit., p. 254).

9 - No es lo mismo lo razonable que lo racional, pues “esto último se aproxima y en cierto sentido se identifica con lo silogístico y guarda relación con el viejo brocardo: *dura lex, sed lex*. Lo razonable es, por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo”, Domingo García Belaunde, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 86, octubre-diciembre 1994, p. 31.

sistema de valores constitucionales y la diferencia del régimen jurídico aplicable. Debe saberse si el trato jurídico dispensado por una ley respeta la teoría de los valores a partir de la voluntad del texto legal, no de la voluntad del legislador ordinario¹⁰. Asimismo, interesa el desarrollo del propio valor o conjunto de valores, pues son los que deben tenerse en cuenta para una interpretación correcta e integrada. Con todo, la regulación legal que se ofrezca no puede ampararse, sin más, en el art. 14 CE cuando no resista la racionalidad. Ésta opera a partir de una abstracción de la norma, que observe su sentido general y pueda determinar si los fines que la Constitución impone al Poder Legislativo —el valor constitucional—, se respetan a través de los medios que este último Poder del Estado emplea para ello.

La raíz del problema no reside tanto en que existan valores constitucionales enfrentados en cada caso concreto, porque el valor igualdad actúa para todos, si bien aquellos encuentren igualmente puntos de unión (la convivencia como elemento definidor, actual, del matrimonio y de las uniones paramatrimoniales) o compartan identidad (la concepción, y protección, de la familia). La cuestión estriba en negar, por ejemplo, la posibilidad de las uniones de hecho en el proceso especial de familia, y en definitiva para derivar protección hacia la familia desde la concepción de un matrimonio o una pareja de hecho del mismo sexo, quizás para justificar la afirmación de otros valores como bienes constitucionales protegidos (particularmente una determinada noción de matrimonio). Hemos de ver si la hipótesis no resiste el equilibrio, en función de la falta de respeto a la jurisprudencia o contrapeso de valores, como interpretación constitucional universal¹¹, a través de su jerarquización; o por el contrario si no sólo lo hace sino que el planteamiento existente es el único constitucionalmente legítimo.

Esa estructura piramidal de valores nunca puede ser incoherente, pero tampoco abierta a plena discreción del Tribunal Constitucional. La Constitución establece una serie de guías para evitarlo. Naturalmente, podría ser más complicado distinguir entre las partes del proceso y éste en su conjunto, como proceso justo. Y ello porque la reconducción del problema opera a través de valores como el de la Justicia, aglutinador finalista del fundamento efectivo de la teoría de la acción o el acceso a la jurisdicción y, a su vez, claramente objetivo. Sin embargo, el desarrollo de la igualdad como efectiva y real volvería a solucionar la constitucionalidad de una desigualdad en la ley, que además utilizaría la lógica y la ponderación. Lógica jurídica en la medida que no puede desnaturalizar una garantía de alcance constitucional.

10 - Sobre el tópico de la voluntad a tener en cuenta, y la poca importancia del legislador histórico, cfr. Domingo García Belaunde, “La interpretación...”, cit., pp. 26 y 27.

11 - STC 64/1982, de 4 de noviembre.

Ponderación referida al equilibrio, a través de la idoneidad del medio, así como la proporcionalidad de éste –limitar a un tipo de sujetos respecto de otros– con el fin –justicia final del proceso bajo igualdad real–. El sentido último de la diferencia de partes se encuentra en la base material subyacente: el bien jurídico que defienden las esferas jurídico-privadas en el proceso, y que trasciende a éste desde el mundo material. En el proceso civil existen, de hecho, objetivos superiores a los que defienden las partes que litigan. A través de la figura del Ministerio fiscal, precisamente, estos últimos pueden potenciarse más, como ocurre cuando entran en juego sujetos menores de edad o incapaces¹².

1.4. La igualdad procesal y el principio de contradicción

Puede ser útil establecer como premisa fundamental la consideración de la igualdad procesal como asentada en el art. 14 CE y no en el 24 de ese mismo texto, aunque aquél tenga en éste repercusiones ineludibles¹³. La importancia de ubicación en el primero de ellos supone imponer, necesariamente, su relación con el contenido real y efectivo del art. 9.2 CE. Este precepto es fundamental para resolver correctamente los resultados que debe ofrecer la legislación procesal. Los argumentos contemplados bien pueden ser igualmente utilizados, sin embargo, para establecer las diferencias, partiendo de la igualdad misma. Aquella finalidad última en la justicia de carácter objetivo no alberga distinciones entre partes hasta el punto de eliminar una. Por lo tanto, la consecuencia debe ser analizada en sede de resultados. Ahora bien, en ningún caso el método empleado impedirá que, de constatar el desequilibrio en el ejercicio del derecho fundamental, ceda éste ante un interés superior al individual.

Vincular la igualdad de armas formal a la regla de la contradicción impone la disposición de medios para poder contradecir. La demanda no deja de ser, a fin de cuentas, un instrumento o arma de la propia defensa, pero ello se circunscribe al contenido de la tutela judicial y a la prefiguración constitucional de la acción procesal como derecho fundamental. El mismo se sujeta, como es lógico, al principio de igualdad real y efectiva, pero ha de

12 - En realidad se padece, no obstante, la inacción del Ministerio público, en muchos partidos judiciales materialmente ausente en los procesos no dispositivos, lo que genera especiales problemas en los supuestos de guarda y custodia compartida, que requiere informe favorable del fiscal (art. 92.8 CC); cfr. Ricardo Yáñez Velasco, “Justicia demorada y judicialismo creador”, pendiente de publicación en *Economist & Jurist*. Al margen que ello, dicho sea, atente directamente contra el ejercicio de la potestad judicial, pues nótese que no es un trámite previo e imprescindible a la decisión, sino una límite a la decisión judicial misma; al respecto se ha planteado cuestión de constitucionalidad. Parece que el origen del problema estuvo en un error de votación en trámite parlamentario, no subsanado en todos estos años, tampoco con la última reforma procesal.

13 - Cfr. María Victoria Berzosa Francos, “Principios...”, cit., p. 570.

separarse de la igualdad de armas relacionada con la contradicción¹⁴, pues muestran perspectivas dogmáticas diversas¹⁵. Aun considerando que fuesen la misma cosa, no por ello se esquivaría el posible (y debido) tratamiento jurídico diferente, cuando sea razonable. No hacerlo desemboca, a menudo, en el desequilibrio final, contrario a un derecho constitucional que convierte la simetría en desigualdad material, algo de todo punto rechazable¹⁶. Alcanzamos la necesidad de afirmar que “desigualar lo desigual es igualar”¹⁷.

El principio de contradicción se vulnera si, por ejemplo, un litigante alega y la otra parte no puede hacerlo, a una parte se le ofrece audiencia y a la otra no, etcétera. En cambio, la existencia objetiva del derecho a la acción o de acceso al proceso, como algo teórico, es previo a la posibilidad de contradicción. Ésta se encuentra relacionada con la igualdad, derivada del “sostener” y “fundamentar”¹⁸ como reacción, no del “iniciar” o “proseguir”.

Existen, por consiguiente, dos vertientes diferenciadas, la igualdad formal

14 - Véase aquí otra interesante relación entre el art. 24.1 CE, donde estaría la contradicción, y el art. 24.2 CE, donde se encontraría la igualdad de armas.

15 - No creo que la contradicción palidezca por desigualar posibilidades impugnativas, pero el error aún parece más claro cuando se intenta confundir la dialéctica contradictoria con el principio de igualdad.

16 - Cfr. Mario Chiavario, “Sistema delle impugnazioni e profili di garanzie” en *Processo e garanzie della persona. II. Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 24. El autor define el ámbito natural de la exigencia de simetría en el proceso civil, uniéndolo a la posibilidad de reconvencción. La mayor parte de la doctrina española asume por completo la concepción igualitaria formal, sin atender a las eventuales consecuencias desigualitarias que perjudican a una de las partes; pero en todos esos casos se está respondiendo a un debate entre litigantes llamados a un mismo proceso. Y cuando los autores admiten el trato desigual, para obtener una igualdad real final en esa perspectiva, suelen hacerlo ceñidos al proceso laboral, a través de la “parte débil” (trabajador y principio pro operario). Sobre la misma habría que “compensar e igualar desigualdades fundamentales”; por ejemplo José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat (*Derecho...*, cit.), acogiendo la STC 3/1983, de 25 de enero. La aceptación de la desigualdad entre partes siempre ha sido expuesta de forma muy diversa cuando referimos a la actividad del Ministerio fiscal, en la instrucción o en los procesos civiles no dispositivos, pero nuevamente debe insistirse en que tal cosa afecta a la relación dialéctica que se establece dentro de un determinado juicio, no en la comparativa sobre los posibles accesos a las jurisdicciones, acciones civiles disponibles y tipos de procedimientos especiales a los que el justiciable pueda acudir. No es en este ámbito de análisis donde se afirma que la igualdad formal es el uso de iguales armas (“de derechos y deberes procesales que garantizan precisamente la cualidad de parte”), lo que por antonomasia se produce en el proceso civil, sin que exista, por ejemplo, en el proceso penal.

17 - Entre otros, Enrique Ruiz Vadillo, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, ed. Actualidad, Alcobendas, 1994, pp. 133 y 231.

18 - “Hablar del principio de igualdad es tanto como expresar un modo o modalización del de audiencia. En el proceso actual es el único que puede hacer efectivo o posible este principio”, María Victoria Berzosa Francos, “Principios...”, cit., p. 569.

se respetaría con la dualidad y la contradicción, apartándose de la discusión de desigualar posibilidades en la acción o en el recurso. Para alcanzar la material, en cambio, se requiere desigualar posiciones desiguales. Habría que resolver, en cualquier caso, si la exigencia de contradicción, por sí misma, es obstáculo a la desigualación material de armas procesales, pero no en el plano abstracto de diversos procesos sino de un mismo proceso contradictorio en curso.

1.5. La incidencia de la igualdad en el derecho a la tutela judicial efectiva

La igualdad procesal proviene del art. 14 CE y, por ende, del art. 9.2 CE. Se permite desigualar para alcanzar una verdadera situación igual final, la real y efectiva, que será la que en verdad acabe importando. Lamentablemente, el Derecho procesal, aunque autónomo en gran medida, en ocasiones olvida su instrumentalidad hacia el aspecto material, y cuando ello ocurre lastra su relación plena con el art. 9.2 CE. Curiosamente provoca una paradoja al generar una mediatización del art. 14 CE, situándolo en relación con el art. 24. El art. 9.2 CE actúa sobre la propia autonomía procesal, sin obviar las realidades provocadas en el proceso, con semblanzas de lo que ocurre con una previa desigualdad económica material. Impide acceder o seguir en el proceso, debiendo corregirse procesalmente sólo si atendemos a la relación subjetiva jurídico-procesal concreta, no en cambio cuando se aborda la cuestión desde la comparativa entre derechos a la acción procesal.

Proclamar la no indefensión implica que en todo proceso debe respetarse un derecho de defensa, con contradicción de las partes enfrentadas¹⁹. Se exige que el proceso se desarrolle a la vista de ambas posiciones, manifestando la oportunidad de contraatacar lo que alega la otra parte. No se trata simplemente de garantizar la audiencia sino de que, en el respeto de la tutela judicial que cada uno persiga alcanzar favorablemente, se exponga el contrapuesto debate ante el juzgador, permitiendo decidir en mejor justicia. De hecho, a lo que estamos es a una contradicción que sólo puede admitirse en el plano real, en lo que verdaderamente sucede procesalmente, porque contradecir es algo efectivo en vez de potencial.

Junto a la discusión sobre la igualdad parece nacer la justificación del intervencionismo jurídico en las relaciones privadas. Si convenimos en la necesidad de unos mínimos irrenunciables quizás estamos partiendo de una justificación ajena al voluntarismo individual donde, obvia decirlo, la decisión de cada uno se eleva sobre la decisión de formalizar una determinada situación

19 - STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 5°.

fáctica que, sujeta a la perspectiva jurídica, está fundamentando la protección estatal o autonómica. De ese modo, y marginando la seguridad jurídica para terceros, pudiera parecer irrelevante que para exigirse el derecho –irrenunciable– entre quienes participan de esa mencionada situación, no sea preciso someterse a una determinada formalidad administrativa como, por ejemplo, inscribirse en un particular Registro. Si un supuesto de hecho debe ser protegido como derecho irrenunciable, da la sensación que tendría que bastar que tal supuesto de hecho –material, ajeno a formalidades adicionales que configuren reflejo o constancia pública sin variar su esencia– se produzca en la realidad radical, como ocurre con singulares derechos laborales que no resultan sesgados, digamos, por la falta de un contrato escrito o porque el trabajador infringiera la legislación de extranjería. Por otra parte, no es fácil asumir que las parejas de hecho sepan del diverso contenido de sus derechos en el caso que se inscriban o que no lo hagan, y el cúmulo de normas que nos rodean ha relativizado y en muchos casos superado aquel axioma de que la ignorancia de la ley (no penal) no exime su cumplimiento. Naturalmente, ante el caso de una pareja de hecho no inscrita en el Registro administrativo constitutivo del Gobierno balear se observará la vertiente negativa de la regla, esto es, que no se aplique la (ignorada) ley sobre uniones de hecho –no su cumplimiento. Dicho de otro modo, que se cumplirá el Ordenamiento jurídico (la ignorada “Ley” –en general–) por el que no cabría, por ejemplo, una compensación económica o una pensión periódica. Pese a todo, la situación de hecho puede ser la misma, con lo que la única diferencia radicaría en la ausencia de los requisitos del art. 1 de la ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, dictada por el Parlamento balear (en adelante LBPE), ante lo cual no debe extrañar que unos y otros se vean desigualmente tratados en la Ley: el conviviente extramuros legislación autonómica sobre parejas de hecho por no poder obtener sus beneficios de su ex y el conviviente bajo inscripción constitutiva y sujeto a esa legislación territorial por tener que satisfacerlos al otro/a.

En cualquier caso, el Derecho privado dispositivo puede cubrir tanto las necesidades patrimoniales constante convivencia en situaciones de conflicto como en supuestos de extinción. Pero tal cosa dependería del pacto, y resultaría una contradicción en los propios términos obligar a que exista algún tipo de pacto cuando su naturaleza se basa en la libertad de disposición y autonomía de la voluntad. De ese modo, la ausencia de un pacto –como decisión igualmente libre de no pactar–, impone a las partes no poder reclamar los contenidos que eventualmente hubieran podido plasmar en el acuerdo. No tiene porqué rechazarse una serie de mínimos derechos, pero es difícil esta-

blecerlos sin entrar en la crítica de la desigualdad o el peligro de un creciente proteccionismo de la Administración, lo que a mi entender aconseja exprimir los cauces del Derecho patrimonial y reducir aquellos a la mínima expresión, si no puede justificarse bajo tal instrumento su total eliminación.

2. Normativa en presencia y competencia legislativa

2.1. El ámbito sustantivo de la legislación autonómica balear sobre parejas de hecho

Con la promulgación de la Constitución española de 1978 la tradicional unificación que operaba el Código civil español dejó paso a la diversidad legislativa en materia civil, bajo una coexistencia legítima e igualitaria que, por demás, recuperaba la propia historia y autonomía legislativa de algunos territorios. La distribución competencial se estructuró, fundamentalmente, a partir de los artículos 148 y 149 CE y los Estatutos de Autonomía. En particular, la Comunidad Autónoma balear configuró el suyo a través de la Ley Orgánica 2/1983, reformada en 1999 (LO 3/1999, de 8 de enero), y de acuerdo con el art. 149.1.8ª CE se indicó de qué modo “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de la Comunidad Autónoma” constituía competencia exclusiva de esta autonomía (art. 10.23 EAB), al igual que la determinación de las fuentes del Derecho civil balear (art. 50.2 EAB). Esa asunción de competencia también es excluyente, por lo que el Estado español perdió capacidad para legislar en esa materia. Sin embargo, conviene repasar el redactado del art. 149.1.8ª CE para subrayar dos aspectos concretos: el derecho competencial vinculado a la preexistencia del Derecho civil especial de la Comunidad autónoma y el significado de “conservar”, “modificar” o “desarrollar”. Según el texto, el legislador constituyente indicó en el art. 149.1.8ª que el Estado era competente exclusivo en “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

La preexistencia, por consiguiente, enlaza con la imposibilidad de efectuar una determinación genérica (en el art. 148 CE) a favor de las autonomías en

el terreno de la legislación civil, ya que no todas las Comunidades Autónomas disfrutaban de esa competencia²⁰. Y partiendo del Derecho civil territorial existente, su conservación o mantenimiento, así como su modificación bajo la delimitación de las propias instituciones, no ofrece tanta polémica como su “desarrollo”, que atiende a tesis restrictivas, eclécticas o extensivas. Las primeras, también llamadas “foralistas”, interpretan que el desarrollo sólo puede establecerse sobre las normas compiladas²¹. Las segundas, como posición intermedia, abogan por permitir la competencia legislativa civil no sólo respecto de instituciones ya existentes sino también de otras conexas con las anteriores²². Por último, las terceras, denominadas “autonomistas”, concluyen en la libertad de legislación siempre y cuando se excluyan materias reservadas “en todo caso” al Estado central y que enumera el citado art. 149.1.8^a CE, por exigencias de uniformidad en todo el territorio nacional. En cualquier caso, aunque parece indiscutible que si algo debe conservarse, modificarse o desarrollarse, ese algo debe existir, tal existencia no equivale necesariamente a una normativa compilada en el momento de promulgarse la Constitución; no se trata, en fin, del Derecho como norma positiva existente sino como ámbito de competencia normativa²³. Efectivamente, la jurisprudencia constitucional establece que “la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas”²⁴. En esta línea de análisis se manifiesta también que “la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil puede dar lugar... a una recepción y

20 - Desde la perspectiva del ordenamiento codificado y compilado se hablaría de Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra; pero otros territorios tenían igualmente Derecho específico, como por ejemplo Valencia –con base en el Derecho consuetudinario v. STC 121/1992, de 28 de septiembre– o Extremadura.

21 - En este sentido María Pilar Ferrer Vanrell, “El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en Derecho civil propio”, *Revista Jurídica de las Illes Balears*, núm. 2, pp. 19 y 20, nota núm. 87.

22 - En este sentido v. STC 88/1993, de 12 de marzo; cfr. Jesús Delgado Echevarría, “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en material de Derecho civil”, *Iuris. Quaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 37 y ss. Respecto de la Compilación balear v. STC 156/1993, de 6 de mayo.

23 - Ferràn Badosa Coll, “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret Civil”, *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 3 y siguientes.

24 - STC 88/1993, 12 de marzo; respecto de la ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, que equiparó los hijos adoptivos a los demás, a pesar de que la compilación aragonesa carecía de precepto alguno sobre adopción.

formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico”²⁵

En la tesis de las instituciones conexas, admitida por la jurisprudencia constitucional, el desarrollo del Derecho civil foral o especial supone, tanto la conexión entre las instituciones tradicionales y las nuevas, como el respeto o fidelidad a los principios –convertidos de ese modo en una limitación legislativa intrínseca–, permitiendo en definitiva la actualización o innovación del Derecho civil del territorio más allá de la normativa compilada siempre y cuando no exista intromisión en las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, o las normas para resolver los conflictos de leyes.

Resulta pacífico que el constituyente no pretendía atribuir competencia legislativa civil al parlamento autonómico –como sin embargo había hecho la Constitución española de 1931–, pero la falta de una atribución general no ha impedido que autonomías sin Derecho civil propio y vigente en 1978, introdujesen en sus Estatutos de Autonomía competencias legislativas, en buena medida basadas en la por otro lado incontestable existencia de un Derecho consuetudinario específico (Asturias, Canarias, Extremadura, Murcia o Valencia). Se confunde, no obstante, la existencia de un Derecho civil propio –que como tal existió históricamente pero no se mantuvo hasta 1978–, con instituciones civiles o normas jurídicas escritas o consuetudinarias civiles que no lo son; por mucho que se tengan en cuenta, por ejemplo con la referencia a la costumbre en múltiples artículos del Código civil²⁶. Sin que tampoco sea viable utilizar la Disposición Adicional 1ª CE, según la cual la CE “ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en

25 - STC 182/1992, de 16 de noviembre; sobre ampliación de plazo de norma estatal en materia arrendaticia rústica, por parte del Parlamento gallego.

26 - Sic María Pilar Ferrer Vanrell, “La Constitución española y el Estatuto de Autonomía de les Illes Balears. El reconocimiento de la competencia civil a las Comunidades Autónomas” en Lecciones de Derecho Civil Balear (con otros autores), Col·lecció Materials Didàctics núm. 82, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2004, p. 58. Aparte el art. 1 del Código civil español v., de ese mismo texto legal, los artículos 570, 587, 590, 591, 1.287, 1.520, 1.574, 1.578, 1.579, 1.580, 1695, 1.750 ó 1.799. Entiende la autora que dicha realidad no impide la legislación autonómica para determinadas materias –por ejemplo los arrendamientos históricos valencianos– pero no bajo el título competencial del art. 149.1.8ª CE sino por otro, que permite contener materia civil aun cuando no bajo el ropaje de una legislación civil.

el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”²⁷. Pero aunque para una determinada materia resultase definida la competencia estatal exclusiva, la ausencia de actividad legislativa del Estado –por ejemplo en el ámbito de las uniones de hecho–, legitima la protección que la propia comunidad autónoma despliegue bajo los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 y ss. CE), sea bajo una dinámica característica de la autonomía de libertad de las partes, sea bajo planteamientos cogentes. Nótese el juego del art. 149.3 CE y el sentido de la supletoriedad general del Derecho estatal. El citado precepto indica que “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

En este sentido se considera que la supletoriedad es el mecanismo para colmar las insuficiencias de aplicación preferente o inmediata, y que el fundamento de la supletoriedad, por tanto, es la insuficiencia, no el conflicto de normas. Asimismo, el carácter supletorio del Derecho del Estado no tiene lugar cuando el vacío normativo autonómico es voluntario, es decir, cuando en realidad no existe ninguna laguna legal porque el legislador autonómico no ha querido acudir a una materia extraña a su Derecho civil propio; y tampoco cuando tal supletoriedad resultase contraria a los principios que informan el ordenamiento autonómico²⁸. De este modo, el Derecho común en la Comunidad Autónoma balear es el de la Compilación, mientras que el Código civil español lo suple en tanto aquél sea un ordenamiento civil territorial temporalmente incompleto y su autointegración insuficiente en determinados aspectos; la diversidad de regulaciones concurrentes puede propiciar, si llega el caso, un conflicto de leyes regido por el art. 16.1 del Código civil español (en adelante CC)²⁹. No obstante, existe un problema preliminar a resolver, cual es la capacidad legislativa de las autonomías en el ámbito material de las parejas de hecho, todo y que deba recordarse que

27 - Cfr. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La doctrina del Tribunal constitucional sobre el art. 149.1.8 de la Constitución. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil”, *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, p. 79.

28 - María Pilar Ferrer Vanrell, “La Constitución...”, cit., p. 62.

29 - María Pilar Ferrer Vanrell, “La aplicación del Derecho civil de Baleares. El sistema de integración de las normas”, en *Lecciones...*, cit., p. 78.

la única impugnación de inconstitucionalidad contra ese tipo de actividad fue retirada por motivos políticos³⁰.

Se afirma que la regulación del matrimonio es competencia exclusiva del Estado, en virtud del art. 32.2 y 149.1.8^a CE³¹. La competencia legislativa civil de determinadas Comunidades autónomas con Derecho propio en esta disciplina sólo se limita por la vía de la excepción –como tal de interpretación restrictiva– a unos aspectos concretos de la norma, en particular “las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”. Por consiguiente, siquiera apunta a las formas del matrimonio en sí mismas, para las que simplemente se establece una reserva de ley, por la que cabría vincular la competencia del Estado si concluimos que tales reservas, en la Constitución, aluden a la ley estatal y no a la ley autonómica. La jurisprudencia constitucional, que por conocida sobra citar, puntualiza sobre la competencia estatal en este punto, y en todo caso las normas autonómicas muestran, sin controversia formal, el convencimiento de que el Estado y sólo el Estado puede regular sobre el matrimonio como institución constitucional y civil; lo contrario habría permitido, muy posiblemente, la legislación sectorial del matrimonio homosexual al modo que ha tenido lugar en algunos Estados federales de Estados Unidos de América³². La cuestión material, sin embargo, impone analizar si a pesar de los planteamientos formales existe una vulneración material por parte de los Derechos civiles territoriales, en el sentido que la regulación efectuada sobre las parejas de hecho esquivara total o parcialmente el régimen jurídico del matrimonio. Si así fuese, poco importaría que las Comunidades Autónomas no tuviesen competencia para legislar sobre matrimonio, hacerlo sobre las parejas de

30 - Aparte los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas navarra y vasca en cuanto permiten la adopción por pareja homosexual, el primero promovido por diputados del Partido Popular (núm. 5297/2000), el segundo por el presidente del Gobierno en aquel entonces (núm. 5174/2003).

31 - Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en Constitución y relaciones privadas, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, p. 106.

32 - La Sentencia del Tribunal Supremo del Estado federal de Hawai de 5 de mayo de 1993 (Baehr vs. Lewin) consideró discriminatorio, por razón de sexo, rechazar el matrimonio homosexual. Sin embargo, ante la realidad de que las decisiones al respecto, en cada uno de los Estados federales, obligasen a los demás a reconocer matrimonios gays que sin embargo no autorizaban en su territorio, se impulsó la Defense of Marriage Act (16-VII-1996), y el matrimonio heterosexual, suprimiendo con ello la posibilidad de medidas asistenciales federales a favor de la pareja homosexual al tiempo que permitiendo el reconocimiento o rechazo, desde cualquier Estado federal, del matrimonio homosexual celebrado en otro Estado. Véase, en general, Glenda Labadie Jackson, “Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América”, Indret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril 2006, www.indret.com.

hecho ofrecería a los interesados el mismo resultado práctico, más allá de la terminología empleada para el negocio jurídico o algunos efectos que entroncan en actividad inevitablemente estatal, como por ejemplo la adquisición de nacionalidad por matrimonio.

La doctrina ha distinguido la regulación positiva de las parejas de hecho entre dos tipos de efectos, los de alcance jurídico-público o administrativo y aquellos propios del ámbito sustantivo civil o de naturaleza jurídico-privada³³. El primer grupo alcanza, en mayor o menor medida, la equiparación de las parejas de hecho con los matrimonios, en el campo de sus relaciones con las Administraciones públicas en sede territorial autonómica, como es ejemplo la Disposición Adicional 2ª LBPE. Si ese tipo de desarrollo, bajo las propias competencias estatutarias, refiere actuaciones de los poderes públicos al margen de toda facultad legislativa en sentido propio, siquiera se plantea la idea del Derecho civil territorial, de manera que tal bloque normativo de naturaleza administrativa es inocuo en el examen de constitucionalidad. En el segundo grupo encontramos el régimen económico y personal que deriva de la convivencia y, particularmente, del cese de la convivencia, pero es preciso distinguir según comunidades autónomas con o sin Derecho civil propio, pues éstas contienen normativas ciertamente más limitadas. En cualquier caso, aún aquéllas (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y País Vasco) plantean dudas de constitucionalidad porque regulan efectos jurídico-privados de las parejas de hecho, en tanto la competencia legislativa sobre el propio Derecho civil, foral o especial no ofrezca suficiente cobertura para reconocer la plena validez de las leyes autonómicas con regulación sustancial civil de la pareja de hecho. Debe apuntarse inmediatamente que los pactos entre convivientes, que es la forma fundamental de regulación básica, no engendran problema alguno siempre que, como cualquier negocio jurídico, se ajusten a los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana. Por lo tanto, son perfectamente viables pactos de naturaleza patrimonial inter vivos o pactos sucesorios, sin necesidad de su ubicación normativa en el elenco de las leyes sobre uniones estables de pareja o uniones de hecho, o en la regulación de éstas —en la balear destacando la forma verbal (art. 4 LBPE), lo que deriva ex post el problema de la prueba. No sería posible, empero, la fórmula contractual de los capítulos matrimoniales, reservada a los cónyuges o a quienes proyecten celebrar un matrimonio (artículos 1.325 y ss. CC)³⁴. Es en el ámbito subsidiario y en buena medida automático por falta de pactos donde reside el

33 - Seguiremos en este análisis la exposición de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar...”, cit., pp. 107 y ss.

34 - V., en general, Javier Seoane Prado, “Liquidación de patrimonios comunes (Comunicación)”, en Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pp. 346 y ss.

debate. No obstante, conviene mencionar que la interpretación del principio de igualdad de los cónyuges es límite a la estipulación capitular y trasciende del mismo modo al ámbito de la autonomía negocial de los miembros de una unión de hecho. Para su análisis ha de tenerse presente, en general, que el respeto a la igualdad debe ser valorado en el momento en que se formaliza el pacto, y que la autolimitación es posible, esto es, privilegiar a uno en detrimento del otro.

En el Derecho balear el régimen económico de la pareja de hecho, supletorio al pacto, es el de la separación de bienes, al igual que ocurre con el régimen económico-matrimonial rector por defecto en las Islas. Asimismo, el art. 5 LBPE también establece la necesidad de contribuir a las cargas familiares en proporción a los recursos económicos de cada miembro de la pareja, con responsabilidad subsidiaria en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro miembro para el levantamiento de las cargas familiares, y no se olvida el derecho recíproco de alimentos preferente sobre cualquier otro de carácter legal, según el art. 6 LBPE³⁵. Por su parte, al margen de la supletoriedad del régimen de separación, se estructuran consecuencias económicas para la ruptura de la pareja, incluyendo la pensión periódica (art. 9 LBPE) y la compensación económica (art. 10 LBPE). Por su parte, el régimen sucesorio establecido para la pareja de hecho muestra una total equiparación con el régimen que deriva del matrimonio a vista del art. 13 de la Compilación, al margen de la atribución expresa al supérstite del ajuar de la vivienda común, a no computar en el haber hereditario a pesar de los artículos 3.3 y 65 de la Compilación, y del derecho de subrogación en el arrendamiento de la vivienda según la legislación arrendaticia urbana (art. 12 LBPE). Desde otro punto de vista, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio equiparan la pareja de hecho al matrimonio en instituciones como la adopción, la incapacitación, la tutela, la ausencia y el acogimiento.

Resulta finalmente incontrovertido concluir que, con la promulgación de la Constitución española en 1978, las uniones de hecho no se encontraban jurídicamente reguladas en cuanto tales por ningún Derecho civil, foral o especial, del mismo modo que tampoco lo estaban, ni lo están todavía, por el

35 - En el ámbito del matrimonio y la separación de bienes balear, pero también en el contexto de la pareja de hecho, María Pilar Ferrer Vanrell, "Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho civil de Baleares", pp. 8 y ss. y nota 18, rechazando la introducción en el Derecho balear del concepto de cargas contenido en el CC, *id.*, nota 30 en p. 13; *cfr.*, en este sentido, de la misma autora, "El «régimen económico» de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas estables, del Parlamento balear", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 4.597 y ss.

Derecho estatal. La competencia legislativa autonómica para conservar o modificar el propio Derecho civil no cabe, pues, en tal sentido, y se debe ahondar en las posibilidades de desarrollo de ese Derecho propio, lo que a través de la tesis mayoritaria promueve analizar la conexidad de instituciones civiles ya existentes con la figura jurídica de la pareja de hecho. Un desarrollo que, además, enlaza con los también propios principios generales de cada Derecho territorial, como se ha encargado de puntualizar la jurisprudencia constitucional³⁶. Es clara la generalidad del fenómeno de la unión de hecho, cuyo reconocimiento social no deriva de peculiaridad alguna de unas u otras Comunidades Autónomas³⁷. Ahora bien, conviene no confundir el Derecho civil propio con la idea de un Derecho peculiar o particular, acaso vinculado a instituciones jurídicas especialísimas o variopintas, pues si de eso se tratase buena parte de las legislaciones civiles autonómicas –en mayor medida aquellas más completas– no encontrarían razón de ser por cuanto sus regulaciones de la vida civil cotidiana son generales y se encuentran comúnmente desarrolladas en el Derecho civil español; un Derecho hoy estatal que en ciertos aspectos, dicho sea, deviene deudor de construcciones jurídicas nacidas en los territorios ahora autonomías. Por su parte, hay quien considera que partiendo de la base constitucional según la cual las regulaciones de las uniones de hecho en las Comunidades Autónomas no son matrimonio, sería posible defender la adecuación a la Constitución de las mismas en tanto conceden efectos jurídicos a parejas de hecho más o menos formalizadas, donde las autonomías han podido decidir con libertad cuándo la unión de hecho podía tener atribuidos efectos semejantes al matrimonio y cuándo no, siempre respetando la Constitución y bajo las propias competencias, en algunos casos con trascendencia en el ámbito del Derecho civil y en otros con eficacia exclusivamente administrativa³⁸.

La doctrina antes citada defiende, en cualquier caso, que no cabe asimilar la conexidad a la existencia de un régimen económico matrimonial propio o un régimen sucesorio derivado del matrimonio también autónomo en determinadas Comunidades Autónomas. Y se concluye, en este sentido, que se trata de decidir si nos encontramos o no ante un matrimonio, o al menos, por similitud que no identidad entre matrimonio y pareja de hecho, ante una conducta jurídicamente relevante, propia de la voluntad personal, a la que procede

36 - Por ejemplo SsTC 88/1993, de 12 de marzo, ó 156/1993, de 6 de mayo.

37 - En tal sentido, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar...”, cit., p. 123.

38 - Pedro de Pablo Contreras, “La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pp. 91 y s.

atribuir determinados efectos jurídicos (económicos y sucesorios) como se atribuyen al matrimonio; el reconocimiento, en fin, de un nuevo negocio jurídico³⁹. Vaya por delante, en todo caso, que el inconveniente planteado por esta doctrina existiría igualmente si la regulación autonómica se limitase a establecer la libertad de pacto en la pareja de hecho, sin ningún tipo de régimen subsidiario por falta de acuerdo expreso, por el que la pareja de hecho pudiera ordenar las consecuencias económicas y sucesorias de su realidad jurídica –sin afectar, porque extralimitaría el objeto del contrato, aquellos elementos jurídicos indisponibles por someterse a una regulación legal estatal o autonómica previa y prevalente–, o incluso por acuerdo implícito, cuyo contenido podría desarrollarse en la ley autonómica de parejas de hecho, donde el consentimiento se articularía a través de una formalidad por la que dos personas deciden pasar de la unión meramente fáctica a la jurídica, lo que convertiría la forma en constitutiva y, a fin de cuentas, en un concierto expreso de voluntades que pondría en funcionamiento el contenido negocial que fuera. El problema competencial, en el modo que ha sido planteado, sería el mismo, pero no se produciría en absoluto si, bajo iguales parámetros, dos personas deciden pactar sobre determinados supuestos de hecho vinculados a su unión estable de convivencia afectiva, y bajo sujeción al Derecho civil estatal o autonómico aplicable para el Derecho de obligaciones en presencia.

Punto de partida ineludible se encuentra en la definición de la pareja de hecho de la que nacerá la regulación positiva autonómica, y salvo excepciones se utiliza para ello la convivencia marital o la relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1.1 LBPE). Ahora bien, no debería dudarse que en los supuestos de convivencia de hecho que regulan las legislaciones autonómicas se atiende, precisamente, a ese tipo de vinculación afectiva y no a otra, lo que igualmente enlaza con los impedimentos para establecer la unión o la prohibición de pactos que pretendan condicionar o limitar en el tiempo la dicha convivencia, como ocurre con el art. 45 CC (art. 4.2 LBPE), sin olvidar tampoco la existencia de un reconocimiento de la pareja de hecho a través de su inscripción en un Registro público creado al efecto. En este sentido la inscripción es constitutiva en el Derecho balear (art. 1.1 LBPE), como formalización exigible, pero el particular no muestra, precisamente, un argumento de lógica por ser contrario al formalismo que el matrimonio contiene⁴⁰. Precisamente todo lo contrario: la pareja de hecho elige juridificar su relación de convivencia. De esa manera, es clara su voluntad de someterse a un determinado régimen normativo, desechando el matrimonio civil por los motivos que sean. En cambio, existen legislaciones territoriales en las que

39 - Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar...”, cit., p. 123.

40 - Como expone Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar...”, cit., p. 127.

no es necesaria tal actuación voluntaria y expresa, como ocurre en Cataluña, de manera que quien no ha querido casarse se ve introducido en un marco normativo que quizás tampoco desee, cual es el de la pareja de hecho. Ello sí ofrece una abierta crítica al intervencionismo, porque no permite la opción del sujeto, que viene obligado por un elenco de derechos y deberes como pareja de hecho. Y mientras los primeros –los derechos– puede no ejercitarlos si así lo escoge, nada podría frente a los segundos –los deberes–, en realidad exigidos por otro. Y también puede postularse que todos dependen de los propios miembros de la pareja. Lo que ocurre en la práctica es que, al momento de la ruptura o el conflicto, parece connatural agotar todo derecho del que se disponga, activando así el deber correlacionado.

En el contenido del meritado régimen jurídico escogido reside, en cambio, el sentido de una eventual crítica ante legislaciones como la balear donde, precisamente, la propia pareja de hecho decide si quiere formar parte o no de una regulación positiva. Esto sentado, no tiene mucha lógica que la pareja de hecho prescinda del matrimonio pero acoja una situación fáctica que normativamente apenas se distingue de aquél. Dicho de otro modo, no parece admisible que quien no puede legislar sobre el matrimonio legisle sobre una nueva figura jurídica que no se diferencia con el matrimonio en sus efectos jurídicos o, incluso, mejora alguno de los inconvenientes que presenta el matrimonio en cuanto a los supuestos de extinción o disolución, por cuanto la pareja de hecho se basa únicamente en la voluntad, sin necesidad de justificación ni trámite de ningún tipo: por mero acuerdo de las partes o por matrimonio de cualquiera de ellas, así como por decisión unilateral de uno de los miembros con comunicación al otro (art. 8.1.b LBPE). A lo anterior se une que dada la imposibilidad de poligamia, también, en el ámbito de la pareja de hecho, la exclusión voluntaria del matrimonio se extiende a la pareja de hecho homosexual. Con todo, los distinguos efectuados a este último respecto, sobre dotar a la unión homosexual de un determinado amparo normativo –más allá del pacto patrimonial privado, siempre posible bajo los cauces habituales del Derecho de obligaciones aplicable–, cuando no cabía el matrimonio entre personas del mismo sexo, plantea el problema de base: aun sin capacidad para legislar sobre el matrimonio civil, el Derecho territorial lo hace a similitud y permite iguales efectos, ofreciendo con ello, a las parejas homosexuales, lo que ofrecería el matrimonio que no podían celebrar. Este razonamiento decae, naturalmente, desde el momento en que el matrimonio entre personas del mismo sexo es legalmente posible.

Si lo que se persigue es la equiparación entre parejas de hecho y matrimonios, y ésta se consigue realmente para las primeras aun cuando puedan las mismas contraer matrimonio, la multiplicidad de regímenes plantea una disfunción antieconómica desde el punto de vista normativo, naturalmente

dejando a un lado las pretensiones legislativas que pudieran subyacer. Se afronta, con ello, la necesidad de dividir entre pareja de hecho y matrimonio y se abren dos justificaciones que acaban por ser irreales frente a la noción de un matrimonio libre, como visión meramente contractual o voluntarista, bajo una tendencia puramente individualista⁴¹. Esta noción no se compadece con la raigambre religioso-sacramental, pero no es contradictoria con un concepto de matrimonio que puede modularse por el legislador ordinario siempre y cuando no altere el núcleo duro que el legislador constituyente imprimió como contenido esencial del derecho constitucional a casarse, lo que tampoco significa que tal configuración constitucional no sea alterable bajo los cauces oportunos. Cabe la reforma, necesariamente consensuada por exigencias del art. 168 CE, si bien no es necesaria la mayoría especialmente cualificada y el procedimiento especial del art. 169 CE. La primera reside en el sentido histórico del matrimonio como institución, para muchos anclado en una construcción religiosa, en particular la canónica⁴², y toda la idiosincrasia y el aparato sociológico que tal origen comporta, especialmente en cuanto a la finalidad del enlace nupcial y a la forma de disolverlo. Ahora, con un divorcio sin causa, el componente estático viene claramente relativizado, y debe atenderse a la conceptualización de sus auténticas finalidades que, como inherentes a la institución, su ausencia destruiría. Ciertamente es que si el sistema de divorcio depende de la decisión unilateral de cualquiera de las partes, no sólo se advierte un tratamiento jurídico para la extinción del

41 - Y esa línea de análisis es la que ofrecen las últimas reformas en materia de matrimonio, con las leyes 13 y 15/2005; cfr., sobre el concepto, Rafael Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 115; Carlos Martínez de Aguirre, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Rialp, Madrid, 1996, pp. 24 y ss. Véase, en general, Rafael Navarro Valls, “Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pp. 313 y ss.

42 - El Derecho matrimonial clásico en la tradición jurídica europea es el canónico; cfr. Álvaro d’Ors, *Derecho Privado Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 285. No obstante, el Derecho romano, raíz de nuestro sistema jurídico, permite lecturas bien diversas a las que elaboró el Derecho canónico, pues aun cuando parte de la diversidad del sexo de los contrayentes y de una desigualdad entre ambos a favor del hombre, carece de forma y su fundamento reside en la *affectio maritalis* y el honor *matrimonii* más que la convivencia, que no tiene que ser efectiva o material sino ética, el *divortium* podía basarse –al menos hasta Justiniano– en la ausencia de consentimiento matrimonial o pérdida de la *affectio*, que se exigía continua; v. Juan Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Esplugues de Llobregat, 1958, pp. 547 y ss. Y se tiende en la actualidad a esta situación de hecho, bajo un consenso durativo; cfr. Álvaro d’Ors, *Derecho Privado...*, cit., p. 287, en relación con los planteamientos de autores como Amadeo de Fuenmayor y Champín, v. su *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1981, p. 103.

vínculo, sino una reconsideración respecto a la configuración de ese mismo en el momento inicial.

Veremos que la unidad de razón, entre el matrimonio tradicional y el actual, se asimila sin demasiados inconvenientes por la pareja de hecho regulada. Y nótese que aunque la reforma de la ley 15/2005 haya suprimido el divorcio causal, ya antes podía prescindirse del motivo tasado, por lo que el acercamiento entre matrimonio y unión de hecho ya habría tenido lugar mucho antes que la reforma aludida. Efectivamente, con anterioridad a julio de 2005 mostrar la irreversibilidad en la quiebra de la afección matrimonial justificaba la separación judicial o divorcio demandados en un sistema legal como el reformado según la ley 30/1981, de 7 de julio, que había abandonado en gran medida la idea de separación como sanción al cónyuge culpable de la crisis matrimonial y pasó a concebirla, fundamentalmente, como un remedio para resolverla. Por tanto, dentro del primer número del antiguo art. 81 CC no sólo podría incluirse el supuesto de que ambos cónyuges pidieran conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino que también la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, los dos litigantes manifestaban recíprocamente su conformidad con la estimación del pedimento relativo a la separación, sin que se hiciera necesario para declararla insistir en quién la había provocado –si es que eso podía determinarse–, pues ello solo servía para enconar las posturas de las partes sin motivo alguno. Resultando recíproca e irreconciliable la pérdida de *affectio maritalis* entre cónyuges, algo en sí mismo incompatible con el contenido exigido en los artículos 67 y 68 CC, debía eludirse el análisis de las diferentes acusaciones que ambos se dirigieran entre sí, al menos en lo que refiere a la petición de separación matrimonial o divorcio que instaban con claridad. El motivo –en el sistema causal entonces existente– se orquestaba a través de la grave vulneración de los deberes conyugales.

La segunda justificación antes planteada se incardina en aquellos aspectos que, deducidos de una unión afectiva entre dos personas, invocan toda suerte de exigencias que superan las posibles voluntades o decisiones personales de los convivientes o de los que fueron convivientes, en el terreno de las consecuencias de su ruptura. Y si se apuran las circunstancias justificadoras podrá advertirse que la razón última favorable al intervencionismo estatal está vinculada tanto a las situaciones matrimoniales como a las no matrimoniales, por cuanto no se basa en el matrimonio, abstractamente considerado, para arbitrar soluciones jurídicas, sino acaso en el fundamento y algunas finalidades de ese matrimonio que, como ya se adelantó, también son participadas por las uniones estables de hecho. A pesar de todo, la jurisprudencia constitucional justifica la diferenciación entre la familia matrimonial y la que no lo es, en compatibilidad con el

art. 39.1 CE (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

Sólo el primer grupo de justificaciones podría implicar una defensa constitucional del matrimonio, frente a las parejas de hecho reguladas en las distintas Comunidades Autónomas, que podrían definirse como nuevas clases de matrimonio –excluido este término de las características connotaciones religiosas–, tanto en la forma de celebración, los requisitos para ello, su contenido personal y patrimonial y sus causas de extinción, lo que conduciría a entender que la regulación jurídico-civil operada por las autonomías carece de competencia legislativa material y resulta inconstitucional⁴³. Nótese que, en ciertos casos, no se trata tanto de una defensa del matrimonio como institución estatal –donde finalmente reside la fuerza de la legitimidad competencial, no se olvide– respecto a sus efectos jurídicos colaterales, pues el legislador competente puede efectuar equiparaciones concretas respecto de relaciones jurídicas determinadas, más allá de las administrativo-fiscales, como en sede arrendaticia (art. 16.1.b y 24.1 LAU) o en materia de adopción (DA 3ª de la Ley 21/1987), sin olvidar las implicaciones de la pareja de puro hecho como desencadenante de efectos en el ámbito de las relaciones económico-matrimoniales (art. 101 I i.f. CC: la convivencia marital con otra persona –hombre o mujer– pone fin a la pensión compensatoria del art. 97 CC).

Al entender de la doctrina especializada⁴⁴, las características y fines esenciales de la institución matrimonial han sido la publicidad de la relación, facilitadora del control social; la eficacia de las prohibiciones, respecto de menores e incapaces; la implantación de impedimentos, bajo el control genético y aparte de los tipos delictivos vinculados; el control político de la institución inserta en el Derecho público; el aseguramiento y la garantía de la filiación “legítima”; el carácter heterosexual del matrimonio; el principio de monogamia; las formalidades sociales en la concertación del vínculo, bajo liturgias que lo publicitan aun cuando quepan las formas secretas excepcionalmente; la determinación de los derechos y obligaciones personales de los cónyuges; la regulación esencial de la economía de la familia; las previsiones referidas a la ruptura del vínculo conyugal. En gran medida, la caracterización expuesta parte de una política de la represión que, sin embargo, no impide el empuje de los matrimonios que sobre tal planteamiento habrían de definirse como anómalos, vinculándose a uniones de hecho llámeselas así, como una nueva especie de matrimonio, como concubinatos o, como hiciera el Proyecto

43 - Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar...”, cit., p. 128.

44 - José Pascual Ortuño Muñoz, “Familias no matrimoniales, uniones de hecho y conflictos jurídicos”, en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pp. 18 y ss.

de reforma del Código civil español de 1895, “matrimonios de uso o por el uso”. La ausencia de regulación, y en cierta medida, de matrimonio, plantea multitud de problemas en el ámbito personal, patrimonial y sucesorio, así como en las peculiaridades de la filiación o el derecho de alimentos.

El incesto se cita como ejemplo habitual vinculado a los impedimentos del matrimonio, no obstante se critica el silencio frente a ese tema al tiempo que un tratamiento legal colateral⁴⁵. Al respecto es interesante advertir, con esta doctrina, que las unidades convivenciales establecidas en la realidad social y en muchos casos contra las prohibiciones legales, a menudo cumplen una función asistencial cuyo reconocimiento legal plantea inconvenientes significativos, en particular porque el afecto, incluso sexual, se convierte en tabú. Con todo, y a pesar que el Código civil no ofrece un concepto del matrimonio, de su regulación actual se obtienen rasgos fundamentales que sirven para su definición, sin que tampoco se obtenga homogeneidad, no obstante, en el ámbito del fundamento y la finalidad de la institución a vista del Derecho comparado⁴⁶. Quienes aluden al mantenimiento del nombre, la forma y la inercia legal, suprimen la teleología de la institución —no sólo la del matrimonio sino también la de la familia⁴⁷—, la ausencia o dificultad de hallar una finalidad por la que el Derecho regule pormenorizadamente múltiples aspectos personales y patrimoniales. Sin embargo, la jurisprudencia ordenada a partir del derecho a contraer matrimonio, en particular desde el Convención de Roma de 1950, sí alude a la idea de fundar una familia⁴⁸, aun cuando lo haga en el plano de su potencialidad objetiva o estructural, no en los casos concretos⁴⁹, con el añadido que se trata de resoluciones orientadas al matrimonio heterosexual. En este sentido, se ha puesto de manifiesto el rechazo de que una pareja homosexual pueda constituir un hogar y ser en sí misma una familia o que, más dogmáticamente, pueda tener hijos (adoptivos) o ya tenerlos alguno de sus miembros (siendo o no adoptados por el otro) y formar en sentido propio un núcleo familiar. No parece razonable

45 - Respecto del art. 125 CC, por ejemplo, José Pascual Ortuño Muñoz, “Familias no matrimoniales...”, cit., p. 19.

46 - V. Gabriel García Cantero, “La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia”, Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo, José María Bosch ed., Barcelona, 1992, vol. I, p. 343.

47 - Luis Ignacio Arechederra Aranzadi, El consentimiento matrimonial: comentario al art. 45 del Código Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 19.

48 - El matrimonio con fundamento en la familia se establece, por ejemplo, en la STEDH 17-X-1986, Rees vs. Reino Unido.

49 - La incapacidad de concepción o crianza de la prole no priva del derecho al matrimonio, como exponen las SsTEDH 11-VII-2002, Goodwin vs. Reino Unido y, de igual fecha, I. vs. Reino Unido.

negar que dicha unión favorece, consolida y estructura una institución familiar. Sin embargo todo esto no resultaría posible bajo esa línea de jurisprudencia, aun admitiendo la unión de un hombre y otro hombre operado el segundo para adquirir rasgos morfológicos de mujer ajustados a la psicología femenina que ya tenía⁵⁰.

La reforma del Código civil llevada a cabo con la ley 30/1981, de 7 de julio, fue un punto de inflexión relevante en esta materia. Se eliminó el impedimento de la impotencia para contraer matrimonio, y con ello acabó la vinculación institucional entre matrimonio y procreación, en el bien entendido que aquél es posible para quienes no pueden realizar los actos de los que deriva la procreación. Nótese que antes de la mencionada reforma, aún existiendo como causa de impedimento y nulidad, tal cosa no obstaculizaba el matrimonio entre sujetos impedidos para mantener relaciones sexuales (por razones físicas o psíquicas incluso desconocidas desde el punto de vista médico), ni el mantenimiento del matrimonio dadas circunstancias sobrevenidas (heridos de guerra, accidentados) por las que las relaciones sexuales dejaran de ser viables, al menos ante el fin reproductivo. A partir de cierta edad, fundamentalmente en la mujer, ya no será posible la concepción, mas no por ello se hacía imposible el matrimonio de la mujer por encima de tal edad, ni dejaba de tener razón de ser el matrimonio ya constituido cuando esa circunstancia biológica se afrontaba al pasar del tiempo. Téngase presente, además, que la diferencia de edad tampoco se vinculaba a ninguna razón impeditiva, lo que podía permitir el matrimonio entre sujetos donde la edad, por razones biológicas en el hombre o en la mujer, impidiera la concepción de ésta, e igualmente las razones sobrevenidas tampoco derivaban en un obstáculo. De otro lado, la procreación en cuanto tal, individualmente considerada más allá de la concepción biológica relacional entre la pareja conviviente, es también posible sumada a las obligaciones paternofiliales tradicionales cuando sólo uno de los cónyuges puede procrear y lo hace con el fin de formar de ese modo una familia (inseminación por tercero o “madre de alquiler”), o a través de la adopción. El aspecto marcadamente físico y en particular fruto de una relación sexual entre los cónyuges asociado a la idea histórica del matrimonio pierde, por consiguiente, el verdadero significado que se anuda a la formación y protección de la familia, donde más importa el aspecto afectivo y convivencial que el meramente biológico⁵¹. En realidad, si del fundamento basado en el amor y el afecto se tratase, debiera despejarse

50 - SsTEDH inmediatamente antecitadas.

51 - Recuérdese que, en palabras de Levy-Strauss, no hay ninguna institución o forma de vida social que esté limitada al instinto biológico: la característica del hombre es estructurar y organizar lo dado y no someterse a pretendidas tendencias innatas. Un rasgo socio-caracteriológico, por cierto, que nos diferencia del animal irracional.

la típica idea de las relaciones sexuales orientadas a la procreación, normalmente asociadas a las críticas contra el sexo desprovisto de esa finalidad y que se incrustan en las concepciones tradicionales del matrimonio, parejas a las habituales críticas de que las relaciones maritales sin esos fines equiparan a los hombres y mujeres con los animales, olvidando que son estos, precisamente, los que mantienen relaciones sexuales basadas en el instinto con el único fin de la procreación. Esto es, que si se circunscribe la relación sexual a la procreación, como se ha venido haciendo en materia de matrimonio –y como argumento baluarte contra el matrimonio homosexual– se está aceptando un tipo de comportamiento característico, precisamente, de los animales irracionales, que no enriquecen la relación sexual del modo emocional y propio del desarrollo de la personalidad en el nivel que lo hace el ser humano.

En cualquier caso, teniendo presente la sistemática del art. 39 CE –principio rector en el que el matrimonio introduce (o mejor mirado recibe) efectos, pero no los agota, por cuanto la protección de la familia no se reduce a la matrimonial–, no puede admitirse que la ausencia de procreación como finalidad institucional del matrimonio elimine de éste el deber o fin de la educación u otras obligaciones respecto de los efectivamente procreados o adoptados en el seno del matrimonio, del mismo modo que debe asumirse en una familia no matrimonial. Hay quien precisamente entiende lo contrario⁵², al considerar que la desaparición del impedimento de impotencia suprime las finalidades de procrear, educar a la prole o incluso mantener relaciones sexuales completas durante la convivencia afectiva, lo que por cierto aporta un significado muy tradicional del sexo, cuya dimensión afectiva y amorosa –muy marcadamente en la ancianidad– no pasa necesariamente por la clásica percepción coeundi. Tal opción tremebunda o terminal parece o quiere desconocer que el matrimonio no es un contrato de resultado permanente. Si lo fuera, desde el momento que no cumpliera con su pretendida finalidad institucional –en su momento la procreación, según la doctrina citada– perdería su legitimidad o su razón de ser, y se vaciaría conceptualmente de modo sobrevenido. La unión matrimonial procede del concurso de voluntades surgidas de una noción abstracta, la de unirse vitalmente, por lo que la diversidad de dicha comunidad de vida no puede convertir en una especie de adición libérrima y desconectada del instituto del matrimonio la descendencia (natural o adoptiva) o las relaciones sexuales (completas o no completas), en tanto en cuanto forman parte intrínseca del instituto matrimonial porque se desprenden de un modo natural de lo que significa compartir la vida con otro. No se trata, siquiera, de advertir la normalidad social –que según el

52 - Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio civil”, en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, p. 21.

autor citado incluiría la diversidad del sexo y justificaría la presunción de paternidad que perdura, tras las últimas reformas, en el art. 116 CC⁵³ o en los artículos 117 y 118 de ese mismo texto⁵⁴. La contradicción existe desde que, en el Código civil, los efectos de los matrimonios promueven una total identidad en el terreno de la filiación –y también de las legislaciones autonómicas como la catalana– pero la ley estatal 13/2005, de 1 de julio, reconduce el efecto de la presunción de paternidad matrimonial sólo a los matrimonios entre personas de distinto sexo. Lo contrario plantearía la hipótesis de una especie de adopción presunta, aquella derivada del nacimiento de un hijo concebido por mujer lesbiana (por ejemplo a través de inseminación artificial anónima) que se entiende adoptado por su esposa también lesbiana⁵⁵. Nótese que, en ese caso, si la mujer hubiera estado embarazada por un hombre, la paternidad de éste no se vería afectada, en sentido estricto, por la maternidad presunta, por adopción, de la esposa lesbiana de la madre. Y en un matrimonio contraído entre dos hombres, la salvedad efectuada por la ley 13/2005 no habría sido necesaria, simplemente, porque sólo siendo la mujer la que puede tener hijos, jamás se plantearía una presunción paterna de uno respecto del otro cónyuge masculino, incluyendo por supuesto las hipótesis de cirugía transexual.

No es posible pretender la identificación del matrimonio a través del régimen económico matrimonial que se forma, sobre todo si lo que se intenta es plantear la crítica por comparación con la sociedad civil partiendo de la sociedad de gananciales matrimonial, precisamente inexistente en el Derecho territorial balear o el catalán. Por otra parte, la heterogeneidad de los supuestos que se engloban bajo la nomenclatura unión de hecho o estable de pareja⁵⁶ permiten tanto la concepción paramatrimonial heterosexual como homosexual con voluntad de sometimiento por asimilación o bajo impedimentos transitorios (la tramitación paralela de un divorcio), como bajo decisiones claramente conscientes en contra de cualquier tipo de control social, sean basadas en posicionamientos prematrimoniales o acreedoras de

53 - Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 21 y notas 7 y 8.

54 - V., en general, José María de la Cuesta Sáenz, “Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad”, en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pp. 213 y ss.

55 - Téngase en cuenta la tendencia a la prohibición vinculada a la filiación en el terreno de las uniones de hecho, al igual que suele ocurrir en el ámbito de la adopción; en Suiza, por ejemplo, la pareja estable homosexual no puede servirse de la reproducción asistida, aunque sea viable, en general, el uso de esa técnica desde una perspectiva unilateral.

56 - María Pilar Ferrer Vanrell, “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar: el concepto de familia”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º. 55, julio-septiembre 2005, pp. 45 y ss.

experiencias previas negativas, intereses particulares (pensiones consolidadas de gente mayor que podrían perderse) o en general asentadas en creencias ideológicas o reacciones generacionales, ya no tan vinculadas a la inmodificabilidad del vínculo conyugal –cuando no existía el divorcio– pero acaso atentas a los problemas de índole procesal para supuestos de ruptura, que mediatizan seriamente la libertad formal, no tanto la material.

2.2. La competencia para legislar en sede procesal

Establece el art. 149.1.6ª CE la exclusiva atribución al Estado en materia de “...legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. No hace mucho se plantearon interesantes cuestiones en el debate político. A raíz de los trabajos parlamentarios de la Disposición Final Segunda de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la enmienda número 13 del GP Vasco (EAJ-PNV)⁵⁷ pretendió añadir al texto proyectado y finalmente aprobado una referencia a las posibilidades del Derecho autonómico, del siguiente modo: “...149.1.6ª y 8ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre las especialidades que en estos órdenes se deriven de las particularidades de su derecho sustantivo propio y de las competencias en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles formales y especiales”. Como justificación se argumentó la mayor claridad y seguridad jurídica, teniendo en cuenta que en el art. 149 CE se salvan expresamente las competencias autonómicas ligadas al Derecho sustantivo y el régimen de conservación, modificación y desarrollo aludido. En el Senado, la enmienda número 38 del GP de Senadores Nacionalistas Vascos⁵⁸ reiteró la número 13 planteada en el Congreso de los Diputados, con igual justificación. En el debate parlamentario se llamó atención sobre un sistema de fuentes expresamente previsto en el art. 13 CC que se entendía necesario viera plasmación en toda norma con objeto de modificar legislación mercantil, procesal y civil, con esa expresa previsión a la conservación, modificación y desarrollo de derechos civiles forales especiales⁵⁹. En el debate parlamentario se consideró expresamente la posibilidad o imposibilidad que las CCAA

57 - BOCG (Congreso de los Diputados), A, 173-8, 6 de noviembre de 2003, p. 35.

58 - BOCG (Senado), II, 170 (c), 2 de diciembre de 2003, p. 33.

59 - Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Sesión número 112, celebrada el 11 de noviembre de 2003, p. 27.478 (Sra. Uria Etxebarria). En puridad conviene separar el Derecho foral del especial, por mucho que el primero sea especial con respecto al Derecho civil común; en cualquier caso, resulta redundante hablar de “foral especial”, salvo acaso para distinguir especialidades dentro de un mismo Derecho foral.

regulasen específicamente aspectos procesales⁶⁰. Para algunos la hipótesis era inviable tanto a la luz de la CE como según los EEAA, especificando por ejemplo que lo contemplado en el art. 9.3 del EA de Cataluña “no son normas procesales que puedan plantearse en torno a un orden procesal o a un procedimiento, sino que son normas procesales que derivan de la propia existencia del Derecho Civil propio de una comunidad autónoma”⁶¹. La vinculación con ese Derecho no basta; por ejemplo, la STC 127/1999, de 1 de julio, declaró contraria al orden constitucional y nula una norma de la ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, reguladora en el ámbito de montes vecinales de mano común de aspectos relativos a la Administración de Justicia y el Derecho procesal. En cambio, en el Código civil de Cataluña se ha modificado el régimen de reclamación de deudas derivadas de la Propiedad horizontal, de modo que excluidas las normas materiales ofrecidas por el Estado, y que enlazaban con la petición monitoria especial (con abogado y procurador y costas procesales), se suprime la conexión procesal con una normativa más escueta y ajena a dicho planteamiento especialísimo –recordando que el Derecho catalán no admite en este punto la supletoriedad del estatal. El supuesto no deja de ser paradójico si se recuerda cómo se consiguió la especialidad mencionada, merced al lobby de administradores de fincas en Cataluña.

Pero más allá de afectar el Derecho procesal aplicable al caso a través de una regulación sustantiva, se sostiene igualmente la capacidad normativa sobre la determinación del procedimiento, aunque más que determinación del proceder pueda considerarse como asignación o atribución explícita de un tipo u otro de procedimiento según la materia propia del Derecho civil territorial. Esto es, un Derecho procesal autonómico por remisión al ya existente, estatal, que más allá de sus ámbitos de aplicación no se vería alterado sustancialmente. En sede de uniones de hecho, precisamente, debe dejarse a un lado que haya o no legitimidad para legislar materialmente, pues sin ésta nunca sería posible obtener la competencia procesal asociada. Teniendo esto presente, se postula que los parlamentos autonómicos que han de regular las uniones estables de pareja, regulen igualmente la forma de encauzar dichas pretensiones en el proceso⁶². A lo anterior habría de añadirse

60 - Sobre esta controversia, bajo planteamientos de Derecho material y Derecho procesal orgánico y sustantivo, v. Ricardo Yáñez Velasco, Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, Tirant lo blanch Tratados, Valencia, 2004, pp. 1.085 y ss.

61 - Sr. Gutiérrez González, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Sesión celebrada el 3 de diciembre de 2003, pp. 8 y 9.

62 - Mercedes Caso Señal, “Las uniones de hecho en la nueva LEC”, en Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Manuales de Formación Continuada núm. 17, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2001, p. 145.

la posibilidad de una articulación fuera del proceso –por ejemplo a través del arbitraje– y la dificultad de todo ese planteamiento si se promulgase una normativa estatal sobre parejas de hecho que también abordase la cuestión procesal, planteando asimismo las disfunciones en el terreno de la igualdad no sólo entre cada una de las autonomías y sus regulaciones procesales sino entre éstas y la establecida por el Estado.

Se ha considerado que la nota de competencia exclusiva del Estado que reviste la legislación procesal conforme a la Constitución pide un intérprete, a nivel máximo, para evitar la fragmentación hermenéutica de la legalidad, que es un plano donde puede confundirse el de constitucionalidad. Y en ese sentido se opina que se asignan, con quebranto de la constitucionalidad, unas funciones que le corresponde al Tribunal Constitucional, degenerando el contenido útil del art. 24 CE o perjudicando el valor del art. 14 CE, cuando las infracciones de una nueva legalidad procesal carecen de intérprete unitario⁶³.

2.3. El contexto jurídico en el espacio estatal y en el resto de Comunidades autónomas

La regulación de las parejas de hecho ha tenido lugar de modo generalizado, tanto en Comunidades autónomas que tenían Derecho foral o especial como en las que no, y por supuesto sobre una situación antecedente que normativamente no existía en ningún sentido, sea por compilación, por costumbre o por usos. En su virtud suele considerarse que la regulación positiva de carácter meramente administrativo no engendra problemas, pero sí lo hace cuando se introducen contenidos de Derecho civil alejados del Derecho territorial propio; mas todo ello parte del error legislativo estatal, sin regulación de la pareja de hecho al nivel de todo el territorio nacional⁶⁴.

En términos generales la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha aplicado las normas propias del matrimonio a las relaciones convivenciales de pareja, por considerar que los supuestos fácticos de unas y otras son distintos. En efecto, la jurisprudencia civil parte de un rechazo de la equiparación jurídica, tanto en el terreno personal como en el ámbito de regímenes económicos, entre la pareja de hecho y el matrimonio⁶⁵. Se trata de dos situaciones distintas y no equiparables, de manera que no cabe admitir

63 - José Almagro Nosete, “Constitución y proceso civil”, en Constitución y relaciones privadas, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pp. 224 y ss.

64 - Sic Xavier O’Callaghan Muñoz, “Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Privado”, en Constitución y relaciones privadas, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, p. 48.

65 - La jurisprudencia constitucional resulta a tales efectos compatible: SsTC 184/1990, de 15 de noviembre; 31/1991, de 14 de febrero, 29/1992, de 9 de marzo, 6/1993, de 18 de enero, 47/1993, de 8 de febrero, 66/1994, de 28 de febrero, etcétera.

para la unión de hecho el régimen económico-legal supletorio que hubiera tenido lugar de tratarse de un matrimonio. Paralelamente, y como ya hemos visto, la misma jurisprudencia intentaba responder a las situaciones críticas de la extinción de vida en pareja, respecto de quebrantos económicos de una de las partes en comparación con la otra, haciéndolo a través del instituto del enriquecimiento injusto, la mala y buena fe, el abuso de derecho, la comunidad de bienes, la sociedad irregular, la indemnización por daños y perjuicios, etcétera⁶⁶. Con todo, una tendencia actual pasa por esquivar cualquier analogía entendiendo que si quien puede contraer matrimonio no lo hace, no puede luego pretender disfrutar los beneficios que del matrimonio hubiera obtenido, lo que se confirma en el terreno de la pensión compensatoria, donde la ley 15/2005, de 8 de julio, mantiene el término “cónyuge” en el art. 97 CC; cuestión aparte con legislaciones autonómicas específicas sobre dicha compensación en las uniones estables de pareja, y con pactos patrimoniales negociados por cualquiera bajo libre autonomía de la voluntad y extramuros toda regulación positiva de referencia, sea matrimonial o de pareja de hecho formalizada.

En efecto, al margen del tratamiento de los pactos privados, cuya validez se reconoce incluso cuando no sean expresos sino tácitos⁶⁷, debe anotarse inmediatamente que la aludida jurisprudencia civil no se ha construido en función de las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho, porque en éstas opera una equiparación total o parcial de tipo legal, en la que el órgano judicial no puede, salvo vulnerando el imperio de la ley o acaso planteando cuestión de inconstitucionalidad, negar la dicha equiparación normativa de contenidos y efectos⁶⁸.

66 - Cfr. SsTS 13-VI-1986, 13-XII-1991, 18-V-1992, 11-XII-1992, 18-II-1993, 4-VI-1993, 27-V-1994, 20-X-1994, 24-XI-1994, 18-III-1995, 16-XII-1996, 10-III-1998, 4-VI-1998, 27-III-2001, 5-VII-2001, 16-VII-2001, 16-VII-2002, 17-I-2003. Sobre la STS de 16 de diciembre de 1996 v. Sergio Llebaría Samper, “Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996”, *Diario La Ley*, 1997-5, D-238.

67 - Apunta dicha posibilidad del pacto la STS civil núm. 611 de 12-IX-2005, que rechaza la técnica de prohibición de enriquecimiento injusto como principio general del Derecho y la aplicación analógica del art. 97 CC cuando no se trata de matrimonio ni existe una legislación autonómica sobre parejas de hecho (en la Comunidad de Castilla y León). Las consecuencias económicas tras la ruptura pueden regirse a través del pacto privado; v., por ejemplo, SAP Baleares 25-XI-1996.

68 - Más adelante podrá plantearse la intervención del Tribunal Supremo respecto Derecho propio de las Comunidades Autónomas, pues el primero habría de dejar paso a los Tribunales Superiores de Justicia, pero sólo en el ámbito del Derecho territorial, lo que ni siempre es claro y muestra un punto de colisión doctrinal importante, ni siempre se plantea, de buen principio, por faltar en muchos casos regulación autonómica en materia de unión de hecho, lo que mantiene la vía abierta del Tribunal Supremo –y sin regulación positiva sobre parejas de hecho hasta que no exista una ley estatal sobre ello– y su actual jurisprudencia.

La LBPE conforma una normativa contraria al planteamiento jurisprudencial consolidado de no equiparación, tanto en el ámbito de las relaciones personales como en el terreno de las relaciones patrimoniales. Naturalmente, el pacto voluntario entre interesados permite la aplicación de un régimen económico como el matrimonial, pero sin dicho pacto no es posible la aplicación analógica de ese régimen⁶⁹. Se persigue la respuesta necesaria a través de instituciones de Derecho patrimonial, pero es clara la asimilación pretendida entre la pareja estable constituida y el matrimonio; no en vano el art. 7.g del Decreto 112/2002 alude a un régimen económico de la pareja similar al matrimonial, trata a la pareja viuda como si se tratase del cónyuge supérstite y utiliza el concepto de cargas familiares con un contenido sustantivo similar al propio del que deriva del matrimonio⁷⁰, así como equiparaciones a los impedimentos o a la pensión compensatoria.

3. Derecho sustantivo

3.1. Sobre las relaciones jurídico-civiles privadas y la Constitución: planteamientos preliminares

Al considerar la regulación de las relaciones jurídico-privadas, especialmente las vinculadas a la familia, no cabe ocultar la enorme dificultad de adaptación del Código civil de la época –anclado desde finales del siglo XIX– a los principios constitucionales, sea respecto del matrimonio, la filiación o las relaciones paterno-filiales, todo ello teniendo presente la impermeabilidad del régimen jurídico de la dictadura franquista, ante la evolución y cambio social que inevitablemente tenía lugar en nuestro entorno⁷¹. La ley 11/1981, de 13 de mayo, y la ley 30/1981, de 7 de julio, recogieron por vez primera en el Derecho positivo los principios de igualdad y no discriminación en todos los ámbitos de las relaciones familiares. Fue el comienzo de un nuevo Derecho de familia, con presupuestos y efectos difícilmente relacionados con los principios que informaban el Código civil y la jurisprudencia tradicionalmente existente. En definitiva, se rompió con la ordenación de la familia considerada en su conjunto, que no sólo confronta con dicha jurisprudencia sino también con las construcciones doctrinales preexistentes. A pesar de

69 - Fundamentalmente, STS 21-X-1992 (Ar. 8589).

70 - Sobre las cargas matrimoniales y convivenciales v. María Pilar Ferrer Vanrell, “Las cargas del matrimonio...”, cit., y “El regimen económico de la Ley 18/2001...”, cit.

71 - Eduardo Serrano Alonso, “La Constitución y relaciones privadas concretas. La filiación”, en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, p. 139.

todo, se mantuvo la larga historia de discriminación por la orientación sexual de las personas, nada acorde con principios constitucionales como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad (artículos 1.1, 9.2, 14 y 10.1 CE). En esta línea se manifestó el legislador español a través de la Exposición de motivos de la ley 13/2005, a fin de dar “cabida a las nuevas formas de relación afectiva”, de manera que el matrimonio se comprende como “un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectada por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad”.

La institución del matrimonio ha supuesto, durante largo tiempo, el encuadramiento de determinadas consecuencias jurídicas vedadas a supuestos de hecho idénticos salvo por la existencia de dicha institución matrimonial, tanto en el ámbito de la Seguridad Social y el Estatuto de los Trabajadores, como en el terreno del Derecho tributario o el Código penal, sin olvidar el ámbito de la Función pública, los arrendamientos urbanos, el hábeas corpus, la ley del seguro o las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Igualmente la adopción, la tutela, el derecho de alimentos o el de sucesiones, han visto sus desarrollos impregnados de la institución matrimonial. Se ha de valorar, en ese sentido, si la razón de ser del matrimonio es suficiente justificación para la delimitación de los efectos en otras ramas del Derecho.

Las reglas básicas de interpretación del sistema civil se configuran a través del contenido de los artículos 10 y 14 CE. Todas las normas referidas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas se interpretarán de acuerdo con los textos internacionales en vigor sobre derechos humanos⁷², teniendo presente el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, constitutivos del fundamento del orden político y de la paz social del Estado, siendo la igualdad en la ley y ante la ley principios clave de inevitable referencia⁷³. De ahí que se subraye la importancia del Título primero de la Constitución, para la aplicación, interpretación y positivización del Ordenamiento, consolidando

72 - Nótese, de todos modos, la relativa falacia del planteamiento, cuando nuestro sistema constitucional de libertades y derechos es superior al Derecho internacional sobre la materia y cuando la introducción del art. 10.2 CE venía justificada, en realidad, por un afán restrictivo y no extensivo; cfr. Ricardo Yáñez Velasco, *Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 270 y siguientes.

73 - José María Espinar Vicente, “El marco constitucional del Derecho internacional privado español”, en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, p. 236.

un Derecho espacial previo al conflictual⁷⁴. En relación con el art. 149.1.8ª CE, el primer apartado del art. 32 CE establece que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, mientras el segundo apartado de ese mismo precepto establece que “la ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Este planteamiento normativo supone, para muchos autores, un marco constitucional que excluye el matrimonio homosexual, si bien correctamente no se trata de un nuevo matrimonio, sino que en el único regulado en Derecho estatal la cuestión del sexo de los contrayentes deviene irrelevante: la ley 13/2005 ha modificado con carácter general el concepto de matrimonio en el Derecho civil español. Las dudas de constitucionalidad sobre la ley 13/2005 fueron puestas de manifiesto por el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial (dictámenes de 16-XII-2004 y 26-I-2005)⁷⁵ o la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación⁷⁶.

De hecho, la primera ley de uniones estables de pareja, la catalana de 1998, ya estableció en su preámbulo dicha imposibilidad por razones constitucionales, lo que planteaba la necesidad de reforma constitucional previa antes de una modificación del Código civil en el sentido apuntado. Debe decirse, de todos modos, que la redacción literal del art. 32.1 CE no establece una vinculación relacional ni una exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Si se atiende a su texto, es claro que podría sustituirse el redactado sin la referencia al hombre o a la mujer y no cabría alegar alteración gramatical ninguna. En efecto, “el hombre tiene derecho a contraer matrimonio...”, o “la mujer tiene derecho a contraer matrimonio...”. Dicho de otro modo, “el hombre y la mujer” podrían sustituirse por “la persona”, mientras las referencias a la “plena igualdad jurídica” es lo cierto que nacen del vínculo entre personas de distinto sexo, en virtud de situaciones desigualitarias para la mujer, por cierto existentes en el Código civil vigente en 1978 y que originaron una específica reforma legislativa contra la discriminación. Pero en ningún caso se está diciendo que el derecho a contraer matrimonio tenga que ser entre el hombre y la mujer; para ello el redactado debería ser completado, por ejemplo escribiendo que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí con plena igualdad

74 - José María Espinar Vicente, “El marco constitucional...”, cit., pp. 249 y s.

75 - Véase Javier Rodríguez-Arana Muñoz, “Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Diario La Ley*, núm. 6170, de 18 de enero de 2005.

76 - Promulgada la ley se plantearon sin éxito diversas cuestiones de inconstitucionalidad, por parte de jueces encargados del Registro civil, que resultaron inadmitidas a trámite por considerar que los mismos no ejercen la función jurisdiccional en ese ámbito registral; AaTC (pleno) 505/2005 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre.

jurídica”. Por mucho que se quiera afirmar lo contrario el dato relacional no existe en el Texto constitucional, y sólo cabe obtenerlo en virtud de una interpretación basada en la voluntad del legislador constituyente⁷⁷; interpretación que, en puridad, no procedería cuando el sentido literal de las palabras no generase dudas sobre el contenido normativo.

Las dudas sobrevienen de la concepción socio-cultural imperante, y es claro que se resuelven en el sentido de afirmar que no existe una institución jurídicamente regulada para la unión de personas del mismo sexo biológico, “ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1)”⁷⁸. Ciertamente que, simplemente acudiendo a los trabajos parlamentarios, observamos enmiendas que fueron rechazadas y pretendían, precisamente, suprimir la identificación del hombre y la mujer, lo que en el debate constituyente se anuda a una idea relacional, a la concepción de que el matrimonio debe formarse entre un hombre y una mujer y no entre dos hombres o dos mujeres⁷⁹. A ello se añade el argumento lógico y teleológico⁸⁰, pero ha de criticarse que exista un especie de velo heterosexual en la Constitución española, en sí misma considerada, a modo de una falta de sentido o irracionalidad del matrimonio homosexual. Por otro lado, no se entiende la interpretación finalista sino se anuda a los fines del matrimonio tradicional, vinculados a la procreación o generación de la prole, lo que hace tiempo dejó de ser válido desde el tratamiento jurídico ofrecido por el Estado. En cualquier caso, antes de su posibilidad legal, tildada de inconstitucional por algunos, se imponía al homosexual la relación de pareja de hecho porque

77 - Recuérdese, en cualquier caso, la relativización de la voluntas legislatoris; Domingo García Belaunde, “La interpretación...”, cit., pp. 26 y 27.

78 - STC 222/1994, de 11 de julio; la cursiva es nuestra.

79 - María Pilar Ferrer Vanrell, “Incidencia de la modificación del Código civil por ley 13/2005, en las regulaciones de parejas estables”, en Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears, Govern de les Illes Balears, Institut d’Estudis Autònomic, Palma de Mallorca, 2007, pp. 439 y ss.

80 - Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia...”, cit., p. 106. El autor tilda de absurda la tesis literal que utiliza la “igualdad jurídica” como la referida a que tanto hombres como mujeres pueden casarse igualmente, no entre ellos. Debe acogerse la crítica –aunque no necesariamente con el apelativo de absurda–, porque el término de comparación en el ámbito de la igualdad se establece entre el hombre con respecto a la mujer y la mujer con respecto al hombre; plano de igualdad y no discriminación por razón de sexo, no por razón de orientación sexual, que sería la utilizada para acoger la dicha tesis de igualdad jurídica. Y esta tesis carece de sentido si al mismo tiempo se sostiene la idea de que el art. 32.1 CE no impide o prohíbe el matrimonio homosexual. El estatuto del estado matrimonial es idéntico, en fin, para el hombre y para la mujer, pues la ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los dos cónyuges, ello aparte de que la regla de igualdad no impida a los esposos, a partir de sus idénticas libertades, desigualarse pactando bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

carecía de otra opción. Ese tipo de razonamiento pierde todo sentido en la actualidad, y la diferenciación del sexo en la pareja de hecho o el matrimonio se plantea en igualdad de condiciones, lo que por cierto no deja de encerrar desequilibrios en aquellas legislaciones autonómicas –como la catalana– en que los homosexuales emparejados disfrutaban de mayores beneficios o efectos jurídicos que los heterosexuales unidos de hecho, cuando tanto aquellos como estos pueden acudir al matrimonio civil sin distingos. Obviamente, cualquier persona puede considerarse ajena al interés de toda normativización de su conducta personal, sea heterosexual u homosexual, sea por matrimonio o como pareja de hecho. Es decir, que precisamente rechace el sometimiento al Estado central y/o al autonómico, y con ello al Derecho regulador derivado, incluyendo el Derecho de familia vinculado a la crisis, que incorpora las dificultades de la separación y el divorcio, pero que se cierne sobre situaciones de conflicto, en relación con los hijos habidos o con las controversias económicas subyacentes a la ruptura.

El matrimonio civil sin diferenciación de sexo entre sus miembros tiene lugar merced a la ley 13/2005, ubicada en el derecho a contraer matrimonio, no obstante mantiene la diferenciación, por general inevitable, entre la unión matrimonial de los contrayentes de diferente sexo y la de los de un mismo sexo, vinculada a la presunción de la filiación matrimonial⁸¹. Para empezar se criticó que realmente existiera una demanda social real del matrimonio homosexual, interpretando que la misma fue artificiosamente inducida a vista de las personas homosexuales existentes (¿?) o las parejas homosexuales censadas⁸². Y después se ha pretendido reconsiderar la potestad de regular legislativamente el matrimonio a partir del *ius connubii*, bajo la garantía institucional del matrimonio, en tanto “institución social garantizada por la Constitución” (STC 184/1990, de 15 de noviembre), no en vano el art. 32.1 CE, formando parte de la Sección Segunda del Título I de la Constitución, merece la protección de inalterabilidad que brinda el art. 53.1 CE en cuanto a su contenido esencial⁸³. En cualquier caso vincula a todos los poderes públicos

81 - Pues, aun cuando la mujer lesbiana, como la heterosexual, pueden concebir y dar a luz en el seno del matrimonio, sólo la pareja masculina podría disfrutar la presunción de paternidad, dada la imposibilidad biológica de la pareja femenina. Ejemplo de laboratorio residiría en un supuesto donde habría diversidad de sexos biológicos, y una mujer concebiría por inseminación artificial el hijo de su pareja femenina, habiendo sido ésta un hombre que depositó en un banco de esperma el material biológico para la inseminación antes de ser operado en cirugía transexual y convertirse en mujer a todo efecto físico y legal, salvo el cromosómico, y casarse después con otra mujer en matrimonio gay. Posiblemente el modo presuntivo no tenga mucho sentido en el ejemplo expuesto, pero no cabe suprimirlo sin más de la hipótesis.

82 - Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 17, nota 2.

83 - En este sentido se afirma que el derecho constitucional a contraer matrimonio es un derecho fundamental, Pedro Pablo Contreras, “La Constitución y la ley 13/2005...”, cit., p. 65.

y supone un desarrollo legalmente reservado, mientras que un punto de partida para desentrañar el contenido esencial puede estar en “la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho aceptado generalmente por los juristas” y “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁸⁴.

Ahora bien, que el matrimonio gay carezca o no del contenido esencial del matrimonio constitucional nunca podrá afectar el derecho a contraer matrimonio por parte de una pareja heterosexual. Dicho de otro modo, la razón de exclusión del primero se justifica en sí misma, en el pretendido desajuste con el núcleo duro de la institución matrimonial según la interpretación del art. 32.1 CE, pero no perjudica directamente a quienes conservan, como hombre y mujer heterosexuales, en ese pretendido respeto al contenido esencial, la posibilidad de casarse entre sí. El razonamiento ofrecido contra esta crítica es el siguiente: la unión entre dos hombres o dos mujeres genera para todos ellos impedimento dirimente de vínculo, es decir, no pueden contraer matrimonio (heterosexual) porque han constituido primero un matrimonio homosexual impeditivo para el segundo. De hecho, si contrajeran un segundo matrimonio según el contenido esencial que se

Sin embargo, la configuración dogmática como derecho fundamental debe ser inevitablemente rechazada: pese a que ciertamente se incorpora en el Título I de la Constitución, titulado “De los derechos y deberes fundamentales”, su específica ubicación en el Capítulo II de ese Título, denominado “Derechos y libertades”, particularmente lo hace en su Sección segunda, que se encabeza como “De los derechos y los deberes de los ciudadanos” y no, a diferencia de la Sección Primera, como “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Por consiguiente, el *ius connubii* no es un derecho constitucional fundamental, como tampoco lo son, pese a encontrarse en el meritado Título I y en esa misma Sección Segunda del Capítulo Segundo, el derecho de propiedad o a la libertad de empresa, o los derechos al medio ambiente adecuado y derecho a una vivienda digna, igualmente englobados bajo el Título (I) “De los derechos y deberes fundamentales” pero en realidad constituidos como principios rectores de la política social y económica (Capítulo III). Nótese que, de ser el derecho del art. 32.1 CE fundamental, su regulación o modificación habría exigido ley orgánica, como ordena el art. 81.1 CE.

84 - STC 11/1981, de 8 de abril. Sobre esta resolución v. Luciano Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n° 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169 a 199. Sobre el contenido esencial en general pueden consultarse los trabajos de Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996. V. también los estudios contenidos en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, (Antonio López Pina, director), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1991; particularmente los de Pedro Cruz Villalón y Peter Häberle.

defiende del art. 32.1 CE (el heterosexual), ese segundo matrimonio sería nulo. En definitiva, se restringe la libertad para contraer matrimonio heterosexual, “que es lo que precisa y únicamente protege la Constitución”⁸⁵. Teniendo presente el divorcio sin causa, con la ley 15/2005, la pretendida vulneración del ius connubii perduraría un mínimo de tres meses; el trámite procesal para obtener el reconocimiento judicial imprescindible supondría un tiempo adicional ajeno al Derecho material. Pero en realidad, el esquema argumentativo carece de sentido lógico, porque está destinado a situaciones paradójicas y ciertamente especialísimas. Puede admitirse que, por determinadas circunstancias socio-culturales, una persona se case tradicionalmente, forme un matrimonio heterosexual e incluso tenga hijos, pero que avanzado el tiempo reconduzca su orientación sexual o simplemente reconozca la que siempre tuvo latente, homosexual. También es posible seguir la misma trayectoria a la inversa, mas el particular deviene muy poco común. Y acaba por ser abiertamente extravagante que, a fin de cuentas, se niegue el matrimonio homosexual bajo el pretexto de proteger el ius connubii (como heterosexual) de quien ha contraído matrimonio como gay; es decir, que la protección de este último pasaría por impedirle contraer matrimonio y así mantener abierta la puerta del matrimonio heterosexual por si cambiara de orientación sexual a ese respecto. Una construcción científica que muy fácilmente podría entenderse como una burla jurídica hacia el homosexual. En todo caso, debe respetarse el derecho a no casarse, que se ubica en un plano negativo de la vertiente afirmativa como opción⁸⁶, de manera que pretender la equiparación de la unión de hecho al matrimonio, una vez éste no discrimina por sexo, vulneraría en lo material el derecho constitucional a no casarse, en el bien entendido que quien puede hacerlo y no quiere absorbería los derechos y obligaciones típicos de la relación matrimonial.

3.2. Sobre las diferencias de contenidos y derechos entre legislación estatal y legislaciones autonómicas y de éstas entre sí

El reconocimiento social de la pareja de hecho, aceptada ésta como normalidad social, se consolida a través de una normalización jurídica. Los pactos nacidos o vinculados a las uniones de hecho fueron considerados, en un primer momento, ilícitos en su causa, lo que suponía su nulidad radical⁸⁷. Sin embargo, en la actualidad juegan un papel decisivo en la configuración

85 - Pedro de Pablo Contreras, “La Constitución y la Ley 13/2005...”, cit., p. 75.

86 - Cfr. Víctor Ferreres Comella, “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse» (a propósito de la STC 222/1992)”, Revista Española de Derecho Constitucional, IX-XII, 1994, p. 163.

87 - Por ejemplo STS 2-IV-1941 (Ar. 493).

de las estructuras jurídicas sobre uniones de hecho. Efectivamente, la validez y eficacia de los pactos establecidos es uno de los mecanismos más importantes empleados por la jurisprudencia civil para sortear la imposible equiparación entre pareja de hecho y matrimonio⁸⁸. De igual modo participa el Derecho comunitario, donde la Recomendación 3/88, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (7-III-1988) apuntó la validez de los contratos entre personas que viven juntas como parejas no casadas, al igual que en sus disposiciones testamentarias; igualmente la Resolución 28/94, del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad europea. En segundo lugar se utilizó el enriquecimiento injusto o sin causa, protegiendo de ese modo al miembro de la pareja perjudicado por la situación de hecho derivada de la convivencia. De cualquier manera, se plantea lo deseable de una ley estatal sobre uniones de hecho que complete las lagunas o carencias de ese tipo de legislación en el marco autonómico⁸⁹, así como la promulgación de nuevas leyes autonómicas en los territorios donde no existan y se considere oportuna su existencia⁹⁰.

Debe recordarse que, sin la existencia del matrimonio homosexual, el planteamiento anclado en la igualdad de todos los españoles olvidaba que las parejas de hecho heterosexuales que podían, igualmente, casarse, pero decidían no hacerlo, excluían con su voluntad la lógica de la analogía pese a situaciones de verdadera semejanza. Se sostenía, entonces, que al objeto de evitar un tratamiento vulnerador del principio de igualdad, no siendo aplicable un texto autonómico concreto, era viable la analogía con el art. 97 CC, modificando la tendencia previa que utilizaba la figura del enriquecimiento injusto: “otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles proclamado en el art. 14 de la CE, precepto

88 - Llama la atención, sin embargo, que en muchas legislaciones autonómicas (por ejemplo andaluza, asturiana, canaria, extremeña, madrileña y valenciana) exista una limitación a los pactos entre convivientes, a fin de que no perjudiquen o siquiera puedan ser eficaces frente a terceros, independientemente incluso de su inscripción, en contra de lo previsto en el Código civil (por ejemplo art. 1.218); en este sentido, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia...”, cit., p. 108. Por su parte, las autonomías con Derecho civil propio eluden la regla de inoponibilidad frente a terceros de los pactos otorgados por los miembros de la pareja; íd., p. 121.

89 - Sobre la anomia estatal, en relación con la legislación autonómica, v. Maria Esperança Ginebra Molins, “La regulación de las parejas de hecho como manifestación del «desarrollo» del Derecho civil: la superación de la «anomia». Un caso de transplante jurídico”, en Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1.481 y ss.

90 - Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia...”, cit., p. 103.

fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental como señaló la STC 216/1991 de 14 de noviembre⁹¹. Pero al margen de las contradicciones de este planteamiento, ante la posibilidad cierta del cauce matrimonial –aunque en ese momento limitado al enlace heterosexual–, el mismo daba por supuesta una igualdad entre aquellos ciudadanos de Comunidades autónomas con leyes sobre las uniones de hecho, cuando ni mucho menos son las mismas uniformes en el tratamiento de los derechos para los convivientes, particularmente en el terreno de la pensión compensatoria (que no existe en Andalucía, Asturias, Madrid o Valencia)⁹². Además, si bien la propia decisión individual de casarse o no hacerlo permite legítimamente sortear la desigualdad generada por el tratamiento que se dispensa a la ruptura matrimonial frente a la de la pareja de hecho, el particular mostraría un trato desigual entre quienes voluntariamente se sujetan a una legislación autonómica sobre parejas de hecho –y no al matrimonio– o deciden no hacerlo teniendo esa opción de Derecho territorial, y quienes no se encuentran en una Comunidad autónoma sin Derecho civil propio relativo a parejas de hecho, que tampoco optan por el matrimonio pero obtienen sus fórmulas compensatorias⁹³.

Partiendo de la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.8^a CE, la relación entre los artículos 32.1 y el 53.1 de este mismo Texto fundamental asocia una garantía institucional del matrimonio que vincula a las Comunidades Autónomas, que habrían de absorber en su ordenamiento territorial los efectos de la dicha garantía: cualquier norma autonómica tendrá por unidos en matrimonio a quienes extramuros de dicha autonomía, o en su mismo territorio, hayan contraído matrimonio civil estatal, bajo el rito católico, evangélico, judío o musulmán. Desconociendo la mencionada garantía institucional del matrimonio, lo que haría el legislador estatal, en su directa regulación o en los pactos confesionales con la Santa sede en 1979 o según las leyes de 10 de noviembre de 1992 para otras confesiones, invadiría competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas (en materia del Derecho sucesorio, de viudedad, de usufructo o económico-matrimonial) imponiéndoles soluciones que no estarían obligadas a asumir.

91 - STS civil núm. 700 de 5-VII-2001.

92 - Mercedes Caso Señal, “Regulación legal de las uniones estables de pareja en el Derecho español: estudio comparativo de las leyes autonómicas sobre la materia”, en Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, p. 75.

93 - Además, para aplicar correctamente la teoría desplegada por el TS en la cit. sentencia de 5 de julio de 2001, debería ser objeto de exhaustivo análisis la posibilidad del justiciable reclamante de someterse a un determinado Derecho autonómico aun sin vivir en ese territorio, dado que el ámbito de aplicación que rige las uniones legales de hecho utiliza la residencia pero también la vecindad administrativa y la civil.

El Tribunal Constitucional reitera que, en atención a la naturaleza y finalidad de las leyes autonómicas sobre parejas o uniones estables de hecho, es posible el trato diferente del matrimonio, institución garantizada por la Constitución, frente a otras convivenciales, sean de personas del mismo sexo o de diferente sexo entre sí⁹⁴. No obstante, con la ley 13/2005 se opina que el legislador estatal ha atribuido iguales efectos en todo el territorio nacional a las parejas de hecho homosexuales que quieran contraer matrimonio en el respectivo ordenamiento autonómico, para cuya modificación ostentan competencia exclusiva algunas Comunidades Autónomas, pese a la eventual irrazonabilidad en el caso concreto, como se pone de manifiesto en materia de filiación⁹⁵. En dicho terreno es clara la competencia del Derecho territorial catalán, por ejemplo, que sin embargo deberá pechar con el concepto matrimonial establecido por el Estado.

3.3. Estándar mínimo exigible y proteccionismo estatal o autonómico

En la LBPE conviene destacar de buen principio su Disposición Adicional Segunda, en la medida que equipara los derechos y obligaciones de las parejas de hecho a los establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Islas Baleares, lo que introduce inevitablemente el régimen económico matrimonial, suponiendo con ello una cláusula abierta que impone la constante concreción de la identidad de razón, con aplicación del test de constitucionalidad.

Hace mucho que fue puesta de manifiesto la tendencia desjuridificadora del Derecho de familia en las sociedades industriales, cuando menos en los aspectos típicamente personales de los vínculos familiares. Pero es innegable, al mismo tiempo, reconocer que en este ámbito el Derecho civil suele fusionar muchos de sus contenidos convirtiéndolos en derecho y deber; en cierto modo los derechos se conceden para poder cumplir mejor ciertos deberes atribuidos a su titular frente a otros miembros de la familia. Precisamente es esa la razón por la que en la normativa de familia el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en el marco de sus finalidades éticas y sociales⁹⁶. En suma, no se trata de un

94 - SsTC 184/1990, 38/1991, 222/1992 ó 47/1993, entre otras ya citadas.

95 - Pedro de Pablo Contreras, “La Constitución y la Ley 13/2005...”, cit., p. 92 y nota 18. El autor pone el ejemplo del art. 68 del Fuero Navarro, donde a partir de una pareja lesbiana el nacimiento constante matrimonio de un hijo lo convertiría en matrimonial y, con ello, legalmente existirían dos madres “biológicas”.

96 - Joaquín Rams Albesa, sobre la obra de José Luis Lacruz Berdejo, “Familia y Derecho de familia”, en Elementos de Derecho Civil, vol. IV (con otros), José María Bosch ed., Barcelona, 1997, p. 17.

Derecho privado típico, sino que cobra autonomía bajo una concepción marcadamente socializadora que lo aproxima al entendimiento público, y así intervencionista, del quehacer legislativo. Y la familia es centro y atracción para dicha aproximación, comenzando por el ejemplo del art. 39.1 CE, como principio rector de la política social y económica: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”; encargándose el resto de apartados de ese mismo precepto de la protección de los hijos cualesquiera sea su origen y de los niños en general. A su vez, ello se encuentra enlazado tanto con otros planteamientos normativos de igual naturaleza (art. 50 CE) como con derechos constitucionales no fundamentales (art. 35.1 CE: la remuneración laboral para satisfacer las necesidades familiares) o fundamentales en sentido propio (artículos 18.1 y 27.3 CE: la intimidad familiar y la educación).

A efectos del art. 39.1 CE y los sujetos protegibles, se subraya la importancia de constituir un núcleo duradero de relaciones, afectos y prestaciones que, si no es matrimonial, imite al creado a través del matrimonio, con igual desempeño de funciones y bajo la más o menos progresiva aceptación social que lo infunda, recordando que siendo el precepto citado y la protección integral independiente del origen familiar, y proscribiendo el art. 14 CE cualquier tipo de discriminación, no excederían el concepto constitucional de familia las basadas en la homosexualidad de los progenitores o en la falta de parentesco biológico, lo que no impide un grado distinto de protección de las diversas familias en presencia.

Conviene aludir, también, al valor de la privacidad familiar, como elemento de juicio esencialmente democrático, pues no escapa que todas las instituciones totalitarias han pretendido y pretenden suprimirla y restringirla, de ahí la mera coacción indirecta respecto de los artículos 67 y 68 CC que muestran la intervención pública en las relaciones personales entre los cónyuges. Mientras tanto, el derecho-función del progenitor para la crianza de los hijos elude el control estatal salvo en supuestos de abusos o ilicitudes administrativas o penales, garantizando la Constitución la autonomía familiar, el ejercicio de las funciones parentales y las relaciones paternofiliales, sólo afectadas por intervención estatal ante los eventos más graves y urgentes.

La inexistencia de una legislación estatal sobre parejas de hecho no impide que muchas situaciones de conflicto y crisis permanezcan al alcance y responsabilidad del Estado, especialmente en relación con los menores y los incapaces y respecto de las relaciones paternofiliales y tutelares que les son asociadas, bien bajo el manto de una regulación jurídica civil en sentido estricto, bien bajo la actividad normativa de naturaleza administrativa. Mientras, las propias Comunidades Autónomas, aparte de introducirse en el ámbito de la legislación civil, extensamente, lo hacen por igual, y sin dudas

de legitimidad, en la vertiente que compete al Derecho público. De esta manera la actividad legislativa y ejecutiva de protección plantea multiplicidad de escenarios concurrentes, el Estatal y el autonómico, al tiempo que, la determinación de éste o aquél, no excluye la introducción de otros ordenamientos jurídicos. Y con ello, de diferentes opciones en la aplicación del Derecho que pueden beneficiar o perjudicar, según el caso, a los destinatarios de las mismas.

El conflicto de normas concurrentes adolece de problemas específicos, pues frente al sistema rector del Estado –y en principio bajo competencia exclusiva de éste según el art. 149.1.8^a CE– se delimitan los ámbitos de aplicación por parte de las leyes autonómicas atendiendo a criterios contradictorios entre sí y respecto del propio sistema común, al utilizar el domicilio de las personas tanto como la vecindad civil o la administrativa, lo que no deja de ser una norma de resolución de los conflictos de leyes que, por razones obvias, no compete a las Comunidades Autónomas. La diversidad de puntos de conexión que tales normativas producen encierra anomalías graves, pues la falta de uniformidad permite que un mismo sujeto esté llamado por varios ámbitos normativos al mismo tiempo. En la LBPE se exige que al menos uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil de las Islas Baleares para que sea de aplicación dicha norma (artículo 2.2), cosa que obviamente permite al otro conviviente disfrutar de vecindad civil diferente (por ejemplo la navarra o la catalana, por la que las leyes de parejas estables de estos dos territorios también serían aplicables), sin olvidar que otras legislaciones autonómicas utilizan la vecindad administrativa de al menos un miembro de la pareja (el País Vasco) y un buen número utiliza el empadronamiento o el lugar de residencia de también uno solo de los miembros de la pareja (en Extremadura, Valencia, Madrid o Andalucía)⁹⁷. Y aquellas Comunidades Autónomas en las que se exige a la pareja el cumplimiento de una misma regla para aplicar la ley, es decir, a los dos miembros que la forman (por ejemplo el empadronamiento de ambos en el territorio de la Comunidad; Asturias, Canarias), no evitará que la vecindad civil de uno de ellos o de los dos sea de otra u otras Comunidades autónomas⁹⁸. La solución se ofrece en el art. 16.1 CC, con obligada marginación de las menciones que cada una de las leyes autonómicas pueda hacer al ámbito de aplicación de la propia ley, en realidad constituyéndose así como normas de conflicto interregional⁹⁹. En todo caso, quepa señalar que pretender aplicar analógicamente las normas de conflicto sobre el matrimonio (art. 9.2 CC) vulneraría la libertad de opción entre el estado civil de

97 - La Comunidad autónoma de Aragón no muestra previsión en esta materia.

98 - Sólo se conoce una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 258/2003) respecto de esta materia, formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

99 - Mercedes Caso Señal, “Regulación legal...”, cit., p. 77.

casado y el de soltero, como derecho constitucional claramente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y fundamento éste del orden público y la paz social¹⁰⁰. Para quienes sostienen que la unión de hecho supone un auténtico estatuto jurídico, como categoría familiar propia del estatuto personal y el principio de personalidad que lo informa en el Derecho internacional privado y en el Derecho interregional español, sería de aplicación la ley nacional común de los convivientes y, en su defecto, la ley de la residencia habitual común. Mayoritariamente, sin embargo, se acoge la norma aplicable según el efecto jurídico perseguido, de manera que se estaría a la ley aplicable para las obligaciones contractuales cuando se tratase de validez y eficacia jurídica de los pactos celebrados entre compañeros o miembros de la pareja estable, lo que conduce a las figuras del contrato, la responsabilidad aquiliana o el enriquecimiento injusto, y de ese modo a los artículos 10.5 y 10.9 CC, entrando en juego las normas de conflicto de los apartados 7 y 8 del art. 9 CC. Problema evidente que si la pretensión llevada a juicio es plural, remitiendo con ello a varias leyes, operaría un fraccionamiento nada aconsejable y por demás contrario a la voluntad legislativa autonómica, lo que además podría suponer la omisión de la ley personal o la ley de la residencia de la pareja de hecho¹⁰¹.

Desde otra perspectiva hay preocupación por establecer mínimas conexiones con el país de celebración del matrimonio a fin de evitar o al menos dificultar el eventual turismo matrimonial, siendo como es España uno de los pocos países en los que se ha legislado sin prácticamente ninguna limitación sobre el matrimonio homosexual¹⁰².

3.4. Las desigualdades de tratamiento ante supuestos de hecho desiguales entre sí

Obvia señalar que la pareja de hecho no es matrimonio, máximo cuando ahora cualquiera, sin diferenciar orientación sexual, puede casarse o no, de

100 - SsTC 15-XI-1990, 11-XII-1992 ó 8-II-1993.

101 - Mercedes Caso Señal, “Regulación...”, cit. p. 86.

102 - Por ejemplo en Holanda se exige que uno de los contrayentes viva o tenga nacionalidad holandesa; cfr. Elena Zabalo Escudero y María Pilar Diago Diago, “Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista”, en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, p. 256. Está claro que ese punto de conexión no va a evitar la diversidad de otros establecidos en distintos países, pero a diferencia de lo que ocurre con la conflictividad normativa interna, en la internacional es relativamente sencilla la solución ante la concurrencia; v. Julio D. González Campos, “Derecho de familia. El matrimonio”, en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* (con otros autores), Eurolex, Madrid, 1995, pp. 295 y ss. Sobre los efectos jurídicos de la familia no matrimonial y las pretensiones derivadas de la unión no matrimonial v. *íd.*, p. 293.

modo que quien no escoge dicha opción matrimonial no puede pretender el disfrute del régimen económico anudado a la misma. Es más, si así fuese, probablemente tomaría un punto de partida no querido, pues pudiendo escoger el matrimonio, con todas sus consecuencias, no lo hace, pero se ve abocado a las normas que regulan su realidad y consecuencias. De otro lado, dada la libertad existente, la única discusión plausible reside en observar mayores dificultades –formales y económicas– para el casado que para el unido, en situaciones jurídicas básicamente iguales. Sin embargo, como sea que precisamente pueden modularse estas últimas por propia voluntad, a través del matrimonio o de la pareja de hecho, las situaciones de desigualdad material vendrían propiciadas por el propio sujeto que elige una u otra opción legal, o ninguna –colocándose en la pareja de hecho ajena a toda regulación normativa–, lo que impondría una conclusión evidente, la irrelevancia constitucional.

Resta, sin embargo, apuntar que el intervencionismo estatal, si se encuentra materialmente justificado, resulta ajeno a cualquier suerte de voluntades y, así, a que los sujetos se hayan casado, unido formalmente como pareja estable o establecidos en convivencia sin ningún tipo de sometimiento a normativa legal de asunción voluntaria. Ahora bien, precisamente es la unión estable de pareja, bajo la normativa autonómica, la que permite una disolución o extinción que puede reconducirse, en realidad, a la decisión unilateral y aformal. Ciertamente que esa libertad de decisión es también la manera de escindir una relación matrimonial a través del divorcio, con la única limitación temporal de un período mínimo de tres meses que, en puridad, no lo será de convivencia sino de mera formalidad, durante el cual los cónyuges no podrán casarse con otra persona –aunque sí convivir con ella–, y que podrá incrementarse mientras dure el trámite legal necesario para disolver el vínculo, el preceptivo proceso que conduce a una sentencia constitutiva, con eficacia ex nunc, para la que se necesita la presencia formal del otro cónyuge, acaso en paradero desconocido o domiciliado en el extranjero. El particular plantea una abierta discriminación respecto de la pareja de hecho, pues pese a la libertad de desvincular se mantiene la exigencia de una formalidad nada acorde con la incontestable realidad del motivo o razón que va a suponer la disolución por divorcio, en tanto sólo cabe un motivo de oposición al mismo, el no haber transcurrido un período de tres meses desde la celebración del matrimonio. Y a ello se suma, claro está, el coste económico existente de todo proceso civil de divorcio, que como obligado resulta ineludible.

Por otro lado, conviene subrayar que el matrimonio no sufre el impedimento de la existencia previa de una pareja de hecho, como sin embargo sí padecería ante un matrimonio previo (art. 46.2º CC), mientras que la

pareja de hecho, sustancialmente, no puede constituirse si existe otra pareja de hecho o un matrimonio. Se apunta con ello una mayor restricción en la constitución de la pareja de hecho que en el matrimonio, pues lógicamente las legislaciones autonómicas han eludido indicar que la pareja de hecho configure impedimento del matrimonio¹⁰³. En el fondo se trata, realmente, de una vicisitud o circunstancia motivada con el sentido del matrimonio o de la pareja de hecho, que es la convivencia mutua y lo que ésta puede comportar. Para el matrimonio, la existencia de una pareja de hecho no es obstáculo porque con el acto de casarse se está disolviendo la pareja de hecho –cuya causa genérica, según se ha apuntado, reside en la decisión unilateral–, por mucho que tal cosa comporte, en realidad, la ruptura de la convivencia de esa pareja de hecho y el inicio de la convivencia como matrimonio, dado que no siendo así podría dudarse de la bondad del consentimiento matrimonial, que implícitamente conlleva la voluntad de convivir. Se observa, pues, que igualmente la celebración de un matrimonio expresaría la voluntad de divorciarse del precedente, lo que, superado el período legal mínimo de existencia –no de convivencia real– de tres meses, sólo podría exigir, como ocurre en la pareja de hecho balear para poner fin a la unión de hecho, el conocimiento de quien no decide unilateralmente divorciarse. Tal cosa podría tener lugar antes o después de casarse, porque lo que importaría no sería la voluntad del otro, sino su mero conocimiento formal, subrayando que, basado el matrimonio o la pareja de hecho en un acuerdo de voluntades que pivotan sobre la convivencia afectiva, la ausencia de la convivencia ya comportaría un conocimiento implícito sobre el desacuerdo de voluntades al respecto; y que el nuevo matrimonio, como extinción tasada del anterior, ya

103 - Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia para legislar...”, cit., p. 126, nota 52 in fine. La mayor exigencia de requisitos personales para la unión de hecho, en comparación con el matrimonio, se invierte en el momento de la separación o disolución, cuando el matrimonio exige lo que para nada requiere la pareja de hecho: una sentencia civil constitutiva. Con todo, no se trata tanto que no exista un impedimento para casarse, pues evidentemente lo hay; lo que ocurre es que el impedimento en sí (la realidad convivencial previa) desaparece con el matrimonio (como ocurre en Francia con el artículo 515-7 de su Code y el pacto civil de solidaridad; o en Alemania con la disolución ipso iure de la Lebenspartnerschaft). Sólo cuando no se disolviera de ningún modo esa unión de hecho formalizada e igualmente se contrajera matrimonio, se estaría en condiciones de decir que la pareja estable no es impedimento del matrimonio; cosa que por otra parte, si entendemos éste y aquélla como inherentes a la convivencia bajo affectio, plantearía el sin sentido de un consentimiento matrimonial cuando menos ajeno a la fidelidad propugnada por el art. 68 CC, y por supuesto de imposible cumplimiento si se inicia bajo la convivencia de la pareja estable de uno de los contrayentes con tercera persona. De hecho, en el Reino Unido existe una especie de matrimonio alternativo homosexual (Civil Partnership Act de 2004), donde tampoco la unión civil entre sujetos del mismo sexo viene establecida como impedimento para un matrimonio heterosexual –que no sería, pues, nulo o anulable por preexistir el homosexual, a la luz de la Matrimonial Causes Act de 1973–, no obstante la práctica del Registro civil británico así lo considera.

advertiría a los terceros de la nueva realidad jurídica, a través de la pertinente inscripción en el Registro civil. Esta manera de poner fin al matrimonio, así como aquella que consistiera, simplemente, en la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges ante autoridad registral pertinente, evitaría el coste temporal y económico que supone el proceso civil de divorcio en nuestro país. Nótese que las legislaciones autonómicas que plantean la comunicación unilateral a la pareja de la extinción de la unión de hecho, también incorporan como causa de extinción el contraer matrimonio –que no anuda ninguna comunicación fehaciente a la ex pareja–, con lo que el conviviente de hecho puede no enterarse de nada, o hacerlo sorpresivamente una vez su pareja se haya casado, por mucho que, debe suponerse, la convivencia fáctica hubiera finalizado con anterioridad.

El proceso civil sería necesario, como se verá después, a fin de regular consecuencias o efectos personales indisponibles por las partes, así como situaciones patrimoniales allí donde no exista acuerdo para ellas –igualmente viable por tratarse de materia disponible entre particulares–, y sólo restaría debatir sobre si la comunicación del fin del matrimonio al otro cónyuge debe existir formalmente, en todo caso, con anterioridad a un nuevo matrimonio a celebrar o pareja de hecho a constituir bajo determinada reglamentación autonómica, pues es obvio que la convivencia fáctica podrá existir sea cual sea la situación jurídica existente. La comunicación previa resulta útil en el ámbito de las relaciones interpersonales de los cónyuges, pero sin otra trascendencia desde que el acto unilateral de uno de ellos –sea o no contraer con otro nuevo matrimonio– adquiera publicidad erga omnes¹⁰⁴. De ese modo, y a pesar de la lógica de una falta de convivencia real también previa, la comunicación evitaría actuaciones sorpresivas que podrían tener perjudicial incidencia en el ámbito patrimonial propio del constante matrimonio, mas ciertamente incardinadas en los efectos actuales de la separación matrimonial y el contenido del art. 102 CC y no en el mantenimiento de un vínculo impeditivo para un nuevo matrimonio: si cualquiera de los dos cónyuges pudiera suprimir su matrimonio con el mero hecho jurídico de contraer otro, si alguien estuviera divorciado sin saberlo constataría el dato al ver que su nuevo matrimonio no causaría disolución del anterior, ya disuelto por divorcio y así inscrito registralmente, lo que no anuda cambio ninguno respecto de su propia y unilateral voluntad.

Recuérdese, por otra parte, que la ilicitud penal asociada al abandono de domicilio conyugal puede vincularse a las obligaciones paternofiliales (art.

104 - No obstante, es sabido que la publicidad del Registro Civil sobre matrimonios no “secretos”, como accesible a “terceros”, no es asimilable a la del Registro Mercantil o al de la Propiedad.

226 CP) y a la alteración de residencia de hijos menores (la sustracción del art. 225 bis CP), pero en ninguno de los dos casos incorpora la necesidad de que el progenitor y sujeto activo del tipo –no necesariamente cónyuge, por demás– deba mantenerse en dicho domicilio o residencia. Con todo, no puede olvidarse que la identificación del consentimiento como matrimonial o no matrimonial está directamente relacionada con el instituto de la simulación, que persigue acabar con los matrimonios blancos o de complacencia, cuyas finalidades fraudulentas residen en la obtención de un permiso de residencia, la nacionalidad española o la reagrupación familiar. Por eso la Dirección General de Registros y Notariado se ha preocupado de poner de relieve un concepto legal de matrimonio al que enlazar el consentir válido¹⁰⁵.

La jurisprudencia constitucional y ordinaria civil niegan la aplicación del principio de igualdad entre parejas matrimoniales y de hecho, pero la distinción en función del art. 14 CE tiene lugar, en realidad, con relación a parejas meramente de hecho, no aquellas formalmente reconocidas por una ley autonómica. Esto significa que la negación de equiparación efectuada por dichas jurisprudencias no puede interpolarse sin más a las parejas de hecho reconocidas como tales por el Derecho territorial, y que transforman la naturaleza jurídica de aquéllas para en verdad identificarse sustancialmente con el matrimonio civil, consideradas incluso como una clase distinta de matrimonio, separada de aquella unión de hecho que no puede encuadrarse bajo requisitos de las legislaciones autonómicas o, pudiendo hacerlo y dependiendo de la voluntad de los convivientes, no deseen estos formar parte de dicha regulación.

Así entendido este planteamiento, el consentimiento matrimonial pudiera tener claras similitudes con el consentimiento expreso de determinadas parejas de hecho –no, en cambio, cuando tal consentir deviene tácito por mera convivencia durante un determinado período de tiempo, como ocurre en la legislación catalana–, lo que haría difícil configurar unos efectos o consecuencias diferentes entre unos y otros sin caer en la desigualdad por razón de la formalidad en la constitución –y, sobre todo, en el cese–, y la desigualdad propia de regímenes materiales no iguales en el terreno de la relación jurídico-civil personal y patrimonial. A no ser que, precisamente, las diferencias de forma y de fondo, aun partiendo de un mismo consentimiento, se impongan porque en ese consentir ya se tiene en cuenta la diferencia de regulación positiva, deshaciendo con ello toda suerte de perjuicio relevante. El problema es que una vez concretado el acto propio

105 - Por ejemplo la Instrucción de 31 de enero de 2006 (BOE núm. 41, de 17 de febrero), que recaba la idea de convivir maritalmente y formar una familia como ejes básicos del matrimonio auténtico, lo que por cierto resulta coincidente con la noción fundamental de la pareja de hecho, sobre todo si entendemos admisible la familia sin hijos.

no cabe ir en su contra, y quienes se conformaron como pareja de hecho, o como matrimonio, no pueden pretender el régimen del matrimonio o de la pareja de hecho, respectivamente, cuando más se acomode a sus particulares intereses sobrevenidos.

Aún conviene plantear si, barajando un mismo consentimiento y un régimen personal y patrimonial prácticamente idéntico, es razonable o tiene algún sentido material el establecimiento de diferencias en las formas, convertidas entonces en un mero obstáculo económico y temporal. Algunos autores advierten dicha situación formal como la única referencia aparentemente válida para determinar la matrimonialidad de la voluntad¹⁰⁶. Pues, el término “matrimonio”, desprendido de sus connotaciones religiosas, tampoco impediría la celebración del correspondiente rito religioso con eficacia civil ordinaria –pero con mecanismos propios para su extinción (la nulidad matrimonial canónica¹⁰⁷)–, según las íntimas creencias de cada cual, que por ejemplo en el catolicismo se vierten como sacramento.

Una manera de analizar el contenido del consentimiento matrimonial estaría en estudiar las obligaciones conyugales de los artículos 67 y 68 CC. Según estos textos, “los cónyuges (antes el marido y la mujer) deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia” y “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”, añadiendo tras la reforma de 8 de Julio de 2005: “deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. No se olvide que el art. 66 CC prescribe que “los cónyuges (antes el marido y la mujer) son iguales en derechos y deberes”, pero para ello –después de la Constitución– no era necesario ningún precepto civil enunciativo. Tal tipo de planteamiento se deduce sin mucho esfuerzo de la Norma fundamental, no sólo porque la aplicación real y efectiva de la igualdad lo impondría (artículos 9.2 y 14 CE) sino porque la igualdad jurídica a la que refiere el art. 32.2 CE se fundamenta en ello. La Ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los cónyuges, pero tampoco lo permitiría entre quienes formasen una unión estable de pareja. En uno y otro caso, y bajo la autonomía de la voluntad sin perjuicio de tercero, fraude de ley o vulneración del orden público, pueden unos y otros desigualarse mutuamente¹⁰⁸.

106 - Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 40.

107 - A pesar de la autodeslegitimación que propician reiteradas decisiones incomprensibles para el ciudadano medio, vinculadas a famosos que persiguen volver a casarse según el rito católico y precisan –y obtienen– la anulación.

108 - Joaquín Rams Albasa, sobre la obra de José Luis Lacruz Berdejo, “Familia...”, cit., p. 30.

El respeto y ayuda mutuos, por un lado, y la actuación en interés de la familia, por otro, no muestran diferencias de interés con la unión estable de parejas, y aunque no traslucen directamente una vinculación afectiva, que por demás les supera en cuanto a tales, resultan plenamente compatibles con la misma, recogida profusamente por la jurisprudencia civil; no en vano mucho antes de instaurarse el divorcio sin causa ya era causa de disolución del vínculo la ausencia de la relación de afectividad entre los cónyuges. Ciertamente que esa relación de afecto —en la terminología latina *affectio maritalis*— no se identificaba en la actualidad con el significado romano clásico, pero tampoco es cierto que su vinculación con el consentimiento esquivase una relación¹⁰⁹. En realidad, la auténtica *affectio maritalis* romana tiene mucho que ver con la obligación inherente al consentimiento matrimonial actual según el art. 67 CC, pues aquélla se centraba en el respeto y consideración debidos¹¹⁰. Respeto y consideración debidos el uno para el otro, y que en un sentido amplio no pueden entenderse sin incluir la noción de ayuda mutua. Por su parte, la actuación en interés a la familia deviene preordenada con independencia del tipo de familia en cuestión, con base en las exigencias rectoras del art. 39 CE. De ahí que, por ejemplo, el uso del que fuera domicilio familiar cuando existan hijos menores de edad venga admitiéndose por analogía con el art. 96 CC (SsTS 16-XI-1996 ó 10-III-1998), algo significativamente más difícil sin ellos, aunque también haya sido justificado bajo los principios generales del Derecho (STS 10-III-1998), que en esta sede habría que vincular a la protección integral de la dignidad humana para escapar a la tesis del acto propio, con el debate sobre intervencionismo judicial que tal cosa encierra.

El hecho de que la ausencia de *affectio maritalis*, o la falta de intención en seguir conviviendo tal y como se consintió —con respeto y ayuda mutua y en interés de la familia—, no constituyan causa de divorcio —porque el sistema carece de causa— no cambia que el consentimiento inicial deba formularse con tales contenidos y, de no ser así, se descarte un auténtico consentimiento matrimonial¹¹¹. Es más, igualmente redundante en el consentir

109 - Carlos Martínez de Aguirre se centra en el consentir como voluntad externamente manifestada en el nacimiento y la subsistencia del matrimonio romano, en relación con el honor matrimonii; v. “El Nuevo matrimonio...”, cit., pp. 25 y s. y nota 16.

110 - Que era el honor matrimonii; sin olvidar que a diferencia del matrimonio moderno, el romano no nace del consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero; Juan Iglesias, *Derecho romano...*, cit., pp. 547 y s.

111 - Carlos Martínez de Aguirre está en contra de que la relación de afectividad defina el matrimonio o, cuando menos, la intención de los contrayentes al consentir; “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 27. Para Pedro de Pablo Contreras, sin embargo, el consentimiento será matrimonial cuando la adhesión de la voluntad en que consiste se adecue al modelo objetivo y predeterminado de matrimonio que el Ordenamiento jurídico ofrece a los cónyuges; “La Constitución y la Ley 13/2005...”, cit., pp. 85 y s.

propio de la pareja de hecho, no en vano la regulación estatal, en materia de adopción o arrendamientos, acude a la relación de afectividad análoga a la conyugal, del mismo modo que buena parte de las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho (la balear en el art. 1 de su ley de 2001). Hay quien interpreta tal relación afectiva como la disponibilidad sexual mutua, como característica tradicional del matrimonio¹¹², lo que no tiene demasiado sentido si esa misma doctrina alude al contenido sexual del matrimonio desde la supresión del impedimento de impotencia en 1981¹¹³. Por su parte, el carácter intocable de “la configuración objetiva de la institución” aludida por la Exposición de Motivos de la ley 13/2005, resulta claro en cuanto a admitir el cambio de estructura respecto de la identificación subjetiva: de “hombre y mujer” a “cónyuges” bajo la no diferenciación de sexo. Pero es lo cierto que el aparato normativo preexistente, como parte objetiva del todo –aparte ajustes terminológicos motivados con la relación matrimonial gay– advierte resquicios. Uno de ellos suele vincularse a la finalidad procreadora –en orden a la creación de la familia no adoptiva– de la edad núbil, cuando en realidad el componente meramente histórico muestra el origen de la norma, atemperada por la que ahora debiera considerarse auténtica razón lógica del requisito, cual es la madurez del sujeto menor de edad pero emancipado y en su caso el siempre mayor de 14 años, donde la dispensa judicial no viene orientada a la verificación de las capacidades procreativas sino a una justa causa que igualmente suele presuponer la capacidad del menor (art. 48 CC). El requisito, así considerado, ha de funcionar de idéntica manera para la pareja homosexual, acaso más en ésta que en la heterosexual, donde la propia orientación sexual, en edades púberes, quizá no se encuentra del todo formada¹¹⁴. Por otra parte, si la justificación de la edad fuera la aptitud sexual, es sabido que antes de los 14 años ya se advierte la capacidad procreativa. Y esto probablemente no se apreciaría, en cambio, con menores que quisieran contraer matrimonio homosexual. En definitiva, se trata de un consentimiento válido según las reglas generales anudadas a la madurez mental.

A lo anterior se une la idea de constituir y mantener una comunidad de vida –“vivir juntos”–, que partiendo de la intencionalidad es luego presumida por el Ordenamiento jurídico (art. 69 CC), mientras que socorrerse mutuamente puede identificarse con la ayuda mutua del art. 67 CC y la fidelidad refleja la perspectiva cultural monogámica que igualmente impera en toda regulación sobre parejas de hecho. De cualquier modo, las obligaciones

112 - Así Carlos Martínez de Aguirre, “Las uniones de hecho. Derecho aplicable”, Actualidad Civil, núm. 36, 1999, pp. 1.100 y ss.

113 - Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 21.

114 - Aunque la identidad sexual no estaría formada tampoco como heterosexual, si lo pensamos bien.

referidas se muestran intencionales y como tal voluntarias, de modo que la decisión de quebrantarlas es perfectamente posible desde la unilateralidad¹¹⁵. Esto impone distanciarse del sentido contractual habitual (art. 1.256 CC) donde “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Pero eso no significa que pierdan el valor que ya tuvieron al momento de contraer matrimonio, o que su existencia mantenga el mismo en cuanto tal, y por ende configuren su definición, respetando de ese modo la validez contractual según el citado 1.256 CC, pues el matrimonio constituido no desaparece ex tunc por voluntad unilateral, sino que el propio cauce de tipo contractual ya prevé una resolución unilateral, como bien existen otras en el Derecho obligacional (por ejemplo las de tipo condicional, en materia de arras, en el comodato, en el precario, con la opción de compra). Y salvo los supuestos de nulidad radical, la separación y el divorcio comportan efectos ex nunc.

El mutuo socorro cobra una dimensión patrimonial perfectamente exigible que además perdura incluso después de una ruptura, dada la existencia de una pensión compensatoria estatal, también en el régimen de la ruptura de la pareja estable balear. Y tampoco cabe dejar de lado las causas de revocación de las donaciones propter nuptias efectuadas por tercero, o las normas generales sobre ingratitud y desheredación entre cónyuges donantes-donatarios o causantes-herederos o legitimarios, y en relación con el derecho de alimentos (art. 152.4 CC)¹¹⁶. Con todo, parte de la doctrina justifica la indemnización por daños (principalmente morales) ante el incumplimiento de los deberes conyugales¹¹⁷, lo que inevitablemente derivaría al reclamante la carga de la prueba del *damnum*; a su vez, exigiría el uso del art. 1.101 o del

115 - Por eso se han venido apuntando como deberes éticos, morales o sociales más que jurídicos en sentido estricto, en tanto no cabe su cumplimiento coercitivo; Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*, II, vol. 1, Madrid, 1947, p. 216.

116 - Aun cuando en algún supuesto las previsiones legales pierden sentido ante una separación o divorcio sin causa, como ocurre al referirse el citado art. 1.343 CC a la imputación de culpa en sentencia de separación o divorcio; Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 36. Igualmente cuando ante el art. 855.1 CC no tiene lugar una separación (artículos 834 y 856 CC); cfr. Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón, “La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos”, *Aranzadi Civil*, 2005-II, pp. 2.055 y ss. De todos modos, teniendo presentes las reformas de los artículos 834 y 945 CC, el mantenimiento de la causa para desheredar por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales (art. 855 CC) sería aplicable a pesar de mantenerse una convivencia; Miguel Ángel Pérez Álvarez, “Repercusiones en el ámbito del Derecho sucesorio de las novedades legislativas en materia matrimonial”, en *Novedades legislativas en material matrimonial*, *Estudios de Derecho Judicial* núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, p. 209. Y la convivencia puede ser meramente espacial, pero también afectiva, por cualquier interés personal concurrente que luego no impida ejercitar la dicha causa.

117 - Carlos Martínez de Aguirre, “El Nuevo matrimonio...”, cit., p. 37.

art. 1.902 CC, si bien este último –como paradigma de la reclamación extracontractual– chocaría con la noción de matrimonio como contrato hacedor de efectos obligacionales exigibles, al menos al nivel del resarcimiento, conectando entonces con el ilícito civil¹¹⁸. Por consiguiente, la convivencia y la afectividad rectoras se plantean como elementos sustanciales de la relación, por demás comunes para la pareja de hecho y el matrimonio, aun cuando frente ambas existan situaciones de hecho en las que se convive con afectividad pero sin juridificación, por lo que no se otorga relevancia jurídica ninguna. Para algunos tal cosa significa que no merecen protección en esa perspectiva jurídica, y que el fundamento de la misma, cuando tiene lugar, se basa en algo distinto a la convivencia y la relación de afecto¹¹⁹. Lo que hay en el matrimonio, significadamente, y en la unión de hecho sometida a legislación balear, es la voluntad libre de los contrayentes, pero que por sí sola no tendría razón de ser sin todo lo anterior. Lo contrario pretendería segmentar sin más la fundamentación de las instituciones, para aislar cada una de sus justificaciones y concluir en que por sí solas no sirven como tales, mostrando un ejercicio asistemático del Derecho, o acaso indagando en éste la existencia de una fundamentación única, siquiera principal, que pueda utilizarse. En el matrimonio y en la unión legal de hecho ni tan solo la voluntad individualista –que en muchos casos es lo que en definitiva pretende criticarse– serviría como justificación, en el bien entendido que si el concierto de voluntad no se asocia bajo determinados requisitos, por sí mismo no valdría ni para el matrimonio ni para la pareja de hecho juridificada. Se concluiría entonces que estos institutos jurídicos carecen de justificación o fundamento, lo que sería una artificial manera de dar la espalda a su realidad y motivación jurídica, que obviamente tienen.

Téngase presente que el matrimonio, como institución constitucional garantizada o protegible en cuanto tal, incluso no asegurando “un contenido concreto y fijado de una vez por todas” sí preserva la institución “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar” (STC 32/1981). Y que igualmente viene establecida en el Derecho internacional público, en relación con la dignidad¹²⁰, aun cuando ni el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, ni el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, señalan explícitamente que el matrimonio deba configurarse entre un

118 - Agustín Luna Serrano, sobre la obra de Francisco de Asís Sancho Rebudilla, “El matrimonio. Celebración y efectos”, en *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV (José Luis Lacruz Berdejo y otros), José María Bosch ed., Barcelona, 1997, p. 30.

119 - Carlos Martínez de Aguirre, “El nuevo matrimonio...”, cit., p. 45, nota 45 i.f.

120 - Cfr. Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

hombre y una mujer. Tampoco lo hace la redacción literal del art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos abordó el matrimonio entre sujetos del mismo sexo biológico, aun tras cirugía transexual de uno de ellos, y concluyó en la imposibilidad¹²¹, por mucho que luego desechase la tesis exclusivamente basada en la razón biológica¹²².

De otro lado, no es cierto que la voluntad en sí misma considerada propicie, aun con otros requisitos en presencia, la protección o defensa del Estado o de las Comunidades Autónomas para determinadas situaciones. Contra la voluntad y pese a su ausencia, sabemos que existen situaciones de puro hecho, fundamentalmente relacionadas con menores de edad e incapacitados, que suscitan una justificación constitucional, en buena medida anclada en un concepto de familia que, como es sabido, no se limita al esquema matrimonial.

La unión de hecho bajo una determinada normativa autonómica, por ejemplo la balear con una formalización en el momento fundacional (art. 1.2 LBPE) está constituida por quien no quiere casarse y tampoco mantenerse al margen de la normativización jurídica en el terreno de los efectos de su situación libremente consentida. Por consiguiente, no resultaría lógico aplicar las normas del matrimonio a la unión legal de hecho, ni las de ésta a la unión meramente fáctica entre sujetos, sin perjuicio de que haya supuestos de hecho que reclamen el proteccionismo estatal con independencia de los requisitos legales en presencia y la voluntad a ellos vinculada de algunos de sus protagonistas. La analogía legal entre pareja de hecho formalizada y matrimonio es, pues, rechazable, en tanto ante esta panorámica legislativa penalizaría al miembro de la unión de hecho que no quiere continuar en la relación: “apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio” (SsTS 12-IX-2005, 5-XII-2005 ó 22-II-2006). El problema de este tipo de planteamiento reside en el conocimiento del sujeto, relacionado con el principio de que el ignorante de la Ley no exime su cumplimiento, bien que aquí no existe ningún tipo de cumplimiento e invierte el axioma hacia aquel que diría que la ignorancia de la ley civil no excusa su inaplicación.

En términos generales se considera la analogía iuris como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del

121 - SsTEDH 17-X-1986. Rees vs. Reino Unido; 27-IX-1990, Cossey vs. Reino Unido; 30-VII-1998, Sheffield y Horsham vs. Reino Unido.

122 - SsTEDH 11-VII-2002, Goodwin vs. Reino Unido; 11-VII-2002, I vs. Reino Unido.

Derecho, y que en el campo de la disolución de la unión de hecho convoca la doctrina del enriquecimiento injusto (artículos 1.1, 10.9 y 1.887 CC como cláusula de cierre)¹²³. La compensación supone comparar situaciones patrimoniales sin exigir un concreto aumento de patrimonio pero sí la existencia de una descompensación entre personas que de no remediarse podría comportar situaciones de hecho injustas¹²⁴; descompensación que puede encontrar su origen en el desprendimiento de valores patrimoniales tanto como en la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro¹²⁵.

Por último, en relación con el matrimonio homosexual y las uniones de hecho homosexuales, la equiparación en el ámbito de la adopción no puede extenderse en todo caso, por la propia naturaleza de las cosas, a la filiación natural, salvo en determinados supuestos, ya apuntados, respecto al miembro femenino de la pareja que pueda quedar embarazado. Vinculado a ello, no es cierto que desde el punto de vista registral civil exista igualdad de derechos para los cónyuges homosexuales, a pesar de la dicción totalizadora del art. 44 II CC en cuanto a “efectos” sin importar el sexo común. Superada la controversia de la filiación matrimonial misma en el terreno sustantivo, no deviene problemático aceptar la desigualdad en el ámbito del Registro civil del mismo modo que refleje los planteamientos materiales expuestos, con independencia del mayor o menor acierto de las terminologías utilizadas para acomodar la posibilidad de dos progenitores varones o féminas. Lo que supondría un problema es no aceptar la determinación de una paternidad biológica extramatrimonial, frente a una concreción registral, por ejemplo, de dos progenitoras mujeres, A y B (matrimoniales), que convertiría a aquélla, simplemente, en C (extramatrimonial). En el bien entendido que ese particular es diferenciado de la adopción, donde el origen biológico puede suprimirse desde el punto de vista público si quien adopta no es el cónyuge. El punto de comparación desigualitario sigue residiendo, en cambio, con referencia a las uniones legales de hecho donde no exista presunción de paternidad en ese punto y la descendencia nacida de esa unión fáctica no se encuentre en igualdad de condiciones con la matrimonial, pese a la reconocida igualdad constitucional entre filiación matrimonial y no matrimonial y la protección dispensada con el art. 39 CE.

De otra parte, es cierto que se suscitan problemas ante la ausencia en el extranjero del reconocimiento del matrimonio homosexual o de la pareja de

123 - STS civil 12-IX-2005.

124 - Francisco Javier Forcada Miranda, “Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio”, en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, p. 142.

125 - STS civil 12-IX-2005.

hecho gay¹²⁶, afectando con ello las expectativas de los contrayentes o emparejados de ese modo según la legislación estatal o autonómica que corresponda. Mas no es posible achacar el problema a la mención generalista del art. 44 II CC, cuando es otro Derecho nacional el que causaría la distorsión en función del elemento extranjero en presencia. Lo que conviene plantear es si para el Derecho español una ley extranjera que no reconozca el matrimonio gay atentaría con ello el orden público internacional¹²⁷. Y como sea que nuestro legislador ha querido regular el matrimonio homosexual en función del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad y no discriminación, según se expone en la motivación de la ley 13/2005, hace de la institución un elemento básico del sistema matrimonial español, formando parte de su orden público internacional y defendiéndose de la aplicación de leyes extranjeras que pudiera vulnerar el *ius connubii* así planteado¹²⁸. La ley española fomenta, pues, el derecho a contraer matrimonio y por supuesto el favor matrimonii, contribuyendo al desarrollo libre de la personalidad con amparo en el art. 10.1 CE, sirviéndose en ese caso del orden público internacional frente a leyes extranjeras que no respeten dicha orientación¹²⁹.

Dejando a un lado el tratamiento procesal, que se verá a continuación, desde el punto de vista sustantivo se arbitra toda una suerte de medidas protectoras, intervencionistas, para las que no importa exista una regulación específica (del matrimonio, de la pareja de hecho, o de hipótesis en tierra jurídica de nadie) porque prevalece la protección de la familia en el sentido amplio y aún de los menores e incapacitados ajenos a dicha concepción o incluso con apoyo en la dignidad del ser humano. De hecho, la propia normativa y jurisprudencia, en el marco de otro tipo de materias, tiene en cuenta diversidad de realidades y permite equiparaciones al matrimonio mismo, como ocurre en el ámbito de los arrendamientos urbanos, indemnizaciones¹³⁰ y pensiones¹³¹. Si a partir de tales presupuestos no existe justificación racionalizada, la propia voluntad individual, en un momento

126 - Cfr. Cristina González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Barcelona- Madrid, 2004, pp. 168 y ss.

127 - José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, “Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español”, *Actualidad Civil*, núm. 20, 2ª quincena de noviembre 2005.

128 - Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, núm. 6.391, 2 de enero de 2006, pp. 1 y ss.

129 - V. Elena Zabalo Escudero y María Pilar Diago Diago, “Matrimonio...”, cit., pp. 295 y ss.

130 - SsTC 6/1993, 47/1993, 155/1998 ó 180/2001.

131 - SsTC 66/1994, 222/1994, 39/1998, 47/2001, 77/2004 ó 174/2004.

determinado en el que tiene a su alcance opciones bien concretas de regulación, puede conllevar la exclusión de cualquier norma jurídica aunque luego se pretenda lo contrario a vista del resultado de una ruptura o crisis en la situación de hecho libremente consentida. Y bajo la doctrina del no ir contra los propios actos no bastará la ignorancia del Derecho –en cuanto a desconocimiento, de las opciones que éste ofrece, en ese momento inicial donde se ejerce la voluntad con otra persona– para conseguir algún tipo de beneficio. En tales casos las uniones *more uxorio* como realidad social en crecimiento que conjuga la voluntariedad de constitución, la estabilidad y permanencia relacional en el tiempo y el espacio junto con una notoriedad o apariencia pública de la misma comunidad de vida que la matrimonial, no podrán obtener los efectos jurídicos civiles personales y patrimoniales que se ofrecen al matrimonio o a la pareja regularizada bajo requisitos de una determinada ley autonómica. No importa que la intencionalidad negocial inicial cambie drásticamente ante una situación considerada injusta por el sujeto, que buscará entonces la equiparación al régimen que en un comienzo desechó¹³². Téngase presente, en cualquier caso, que la idea de una relación para toda la vida no es exclusiva del matrimonio, pues depende de una voluntad inicial que puede perdurar hasta la muerte. Sin embargo, decidir que esa perdurabilidad debe ser “ayudada” a través de toda suerte de inconvenientes u obstáculos frente a la disolución del vínculo o el fin de la convivencia, supone dar la espalda a la realidad que durante muchos años motivó situaciones fácticas de todo punto ajenas a los principios rectores del matrimonio constante e indisoluble que sólo vivía en el Registro civil. Cuestión distinta que se pretenda dotar de valores morales a las decisiones humanas, de modo que las instituciones que la sociedad civil crea jurídicamente para su propia autorregulación aporten la seguridad jurídica de su estabilidad, evitando la trivialización principalmente porque la misma menoscabaría los principios esenciales en los que por otro lado se apoya la libertad del concierto de voluntades, comenzando por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad¹³³. Se ha puesto de manifiesto, en

132 - Lo que es una pretensión ilógica cuando ha venido siendo aceptada por la jurisprudencia, hasta cierto punto y bajo determinados parámetros comparativos; en cualquier caso, la pretensión era judicialmente resuelta de un modo u otro; María Pilar Ferrer Vanrell, “Incidencia...”, cit., p. 13.

133 - De parecer contrario los que entienden que la estabilidad es predicable del matrimonio por encima de cualquier otra forma jurídica o fáctica existente, lo que encierra el claro paradigma sacramental que proyecta a su través un significado menos jurídico y más trascendental, religiosamente característico. En este sentido, Rafael Navarro Valls indica sobre los cambios socio-jurídicos de los últimos tiempos que “han ido llevando, poco a poco, a que la monogamia y la estabilidad sean erosionadas por lo que técnicamente se denomina «poligamia sucesiva», a través de los divorcios «al vapor»; la heterosexualidad se debilitó por las uniones homosexuales; los matrimonios «formales» se difuminaron por las uniones de hecho; la «medicalización de la sexualidad», a través de la píldora, alteró la finalidad procreativa del matrimonio, etc.” (“Estabilidad...”, cit., p. 315). Quepa significar, a su vez, cómo el Estado vaticano apoya en la

particular, cómo se hace necesario el régimen legal de separación de bienes y una ampliación considerable de la libertad para testar a fin de introducir una visión igualitarista en el ámbito de la familia formal y la informal, sin que ese régimen económico supletorio no provoque en Baleares o Cataluña, Comunidades que lo viven, una especial desunión familiar¹³⁴.

En el plano del Derecho internacional privado, finalmente, a tenor de la cooperación judicial civil, sobre todo frente a las crisis matrimoniales –por virtud del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental–, los tribunales de los países que admiten el matrimonio homosexual no plantearán problema. Pero difícilmente aplicarán el citado Reglamento aquellos que no reconocen como casados entre sí a personas del mismo sexo, que por otro lado no asumirán las hipótesis de divorcio porque siquiera estarían admitiendo la condición de casado que es su presupuesto. El panorama no favorece, está claro, la movilidad intracomunitaria de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y las diferencias presentadas exponen un obstáculo a la libertad de circulación de personas atentatorio contra la lógica del Derecho comunitario vigente¹³⁵. Ahora bien, en tales países no habría obstáculo en contraer matrimonio sin divorcio previo, matrimonio que sin embargo no sería reconocido en los países donde, como España, se admite el matrimonio gay, dejando a un lado el delito de bigamia. A tenor del art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el ciudadano comunitario tiene derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, y dicho derecho se articula en función de “las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, por lo que la española actualmente vigente permite proyectar su eficacia extraterritorial por la vía del reconocimiento mutuo evitando la distorsión de la libertad de circulación de personas¹³⁶; mostrando la Carta, además, que el contenido del matrimonio trasluce la noción de derecho constitucional de configuración legal significada. Y en este sentido no puede olvidarse que, aparte la ya citada Resolución del Parlamento Europeo de 28 de febrero de

ONU el mantenimiento de la homosexualidad como delito, por lo que el matrimonio gay muestra una especie de doble crimen; curiosamente la legislación penal vaticana no contempla el pretendido injusto entre sus contados nacionales, acaso porque no es concebible tal acto entre ellos, como no debe serlo, por ejemplo, el del abuso de menores y la pederastia.

134 - Joaquín Rams Albesa, “Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja”, en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, p. 122. Añade el autor que las regiones-naciones, según la CE, son las primeras en la creación y pervivencia de empresas y explotaciones familiares.

135 - Elena Zabalo Escudero y María Pilar Diago Diago, “Matrimonio...”, cit., p. 308.

136 - Elena Zabalo Escudero y María Pilar Diago Diago, “Matrimonio...”, cit., p. 309.

1994, la núm. 77 de 4 de septiembre de 2003 pidió a los Estados Miembros que hicieran desaparecer todas las formas de discriminación, legislativas o de facto, de que todavía son víctimas los homosexuales, en particular sobre el derecho a contraer matrimonio y sobre adopción de niños, línea de actuación que ya había sido reclamada en cuanto al matrimonio gay y el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales en la Resolución de 15 de enero de 2003, del Parlamento Europeo, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Debe recordarse que en el Derecho comparado se suele rechazar la adopción conjunta de la pareja de hecho homosexual (por ejemplo en Alemania), no así en Cataluña, con la reforma del Codi de familia y de la ley de parejas estables 10/1998 por ley catalana 3/2005, y antes en Aragón (ley 2/2004, de 3 de mayo)¹³⁷. Para acabar, debe insistirse que el cambio de perspectivas para el matrimonio, que suprime suerte alguna de discriminación por razón de sexo, potencia la necesidad de reformas para la unión de hecho en tanto carece de sentido otorgar un estatuto jurídico semejante al derivado del matrimonio si la pareja de hecho ha optado, voluntariamente, no contraer matrimonio¹³⁸; opción, por demás, que conforma un derecho constitucional, en el aspecto o vertiente negativa del art. 32.1 CC.

4. Derecho procesal

4.1. Unificación y diferenciación de procesos civiles de familia

Respecto de alguna regulación autonómica de las parejas de hecho –por ejemplo la catalana 10/1998 y su art. 15¹³⁹– podría aludirse a la creación de

137 - Véase, en general, María Paz García Rubio, “La adopción por y en parejas homosexuales” en Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1.393 y ss.

138 - En este sentido, se apuesta por una normativa estatal de parejas de hecho que se limite a solventar cuestiones patrimoniales que puedan derivar de cualquier relación de convivencia y una revisión de la ley autonómica balear sobre la materia que se ajuste a la necesidad demandada y no se mantenga excesivamente rígida y contraria a la misma; María Pilar Ferrer Vanrell, “Incidencia...”, p. 470. La autora apunta, incluso, a desprenderse de la vinculación *more uxorio* y extender una regulación genérica como organizativa básica a cualquier tipo de convivencia fundamentada en relaciones cuasi-familiares o afectivas, incluyendo la ayuda mutua o el acogimiento de personas mayores que ya regulan algunas leyes autonómicas (como las catalanas 19/1998 y 11/2001, o la navarra 34/2002); *íd.*, p. 472.

139 - Téngase en cuenta, a este respecto, la proposición de ley sobre aspectos procesales de la ley catalana 10/1998, presentada sin éxito por el Grupo parlamentario socialista a fin de unificar los procedimientos relativos a las uniones de hecho y los de familia.

un procedimiento ad hoc. No lo habría hecho respecto del Derecho cautelar, para el que se utilizaba un art. 134 del Código de familia catalán que en realidad trasponía el sentido y alcance del art. 158 CC, pero en el marco de accesoriadad que como cautela es propio y en esa época bajo un trámite principal de menor cuantía. La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) reserva al procedimiento verbal especial las acciones de separación, nulidad y divorcio y también cualesquiera otras relacionadas con el Título IV del Libro I del Código civil (art. 770 LEC), de modo que se anuda a situaciones matrimoniales desconociendo cómo, precisamente, el propio art. 769.3 LEC atiende a procesos cuyo objeto típico nunca podrá aparecer en el matrimonio que no ha entrado en crisis, para lo que ya se establece el contenido del art. 769.2 LEC. En definitiva, el apartado tercero del mencionado art. 769 alude a las uniones de hecho en crisis, a la familia no matrimonial¹⁴⁰, lo que resulta especialmente compatible con el hecho de que el punto de conexión competencial esquivaba el domicilio conyugal y se enlaza al domicilio común de los progenitores, en su defecto el del demandado o el del lugar de residencia del menor a elección del actor.

Hay quien considera procedente, pese a todo, el proceso declarativo ordinario en tanto el art. 769.3 LEC resuelve sobre la competencia pero no sobre el tipo de juicio. Y es lo cierto que se atiende al art. 748 LEC y que la incorporación de esa norma al ámbito de aplicación del Libro IV se enumera en aquél. Su entendimiento estricto, no obstante, podría suponer una quiebra harto extraña a la sistemática, sobre que los foros establecidos en el Libro IV (De los procesos especiales) no sirvieran para los procesos de familia ubicados en ese mismo Libro (en su Título I y a pesar que no menciona los “no matrimoniales”) sino a los recogidos en el Libro II (De los procesos declarativos en general), que enlazan con las normas básicas del Título II del Libro I sobre competencia y no con las especiales del mencionado Libro IV. Según como se mire, la relativa limitación del derecho a la prueba bajo el cauce procedimental del proceso especial de familia –los tiempos de 10 ó 30 días para la práctica de oficios en orden a obtener medios de prueba documental– podría considerarse discriminatoria para el ámbito de relaciones matrimoniales. De otro lado, el proceso declarativo ordinario no contaría, en su caso, con personal jurisdiccional especializado (en Derecho de familia), permitiría la acumulación de todo tipo de acciones (patrimoniales principalmente) y aparte de diferencias sobre el coste del procedimiento pondría en duda la aplicación de las normas sobre la introducción temporal-

140 - En este sentido, Josep María Bachs Estany, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes”, en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, p. 195.

mente libre de hechos (a acreditar) durante el trámite o la actividad probatoria de oficio, regulado todo ello para el procedimiento especial, no para el general (art. 752.1 LEC).

De todas maneras conviene subrayar que los artículos 748.4º, 769.3 y 770.6ª LEC que permiten acomodar la problemática procesal de la familia no matrimonial, y en cierto modo la entrada de las uniones de hecho en el Libro IV de la LEC, proceden de una actividad legislativa precipitada que puede, en parte, justificar ciertas disfunciones sistemáticas y faltas de completud. Si se repasan los trámites parlamentarios de la LEC se observa que ni el Anteproyecto de 26 de diciembre de 1997 ni el Proyecto de 30 de octubre de 1998 aluden a las uniones de hecho, configuradas de ese modo como modelo de convivencia ajurídico y abocadas al peregrinaje procesal¹⁴¹. Pero eso no impidió que se planteara la necesidad de regular sobre la protección a la familia por encima de la centralización del problema alrededor del matrimonio en exclusiva. Tal necesidad, por demás acomodada al art. 39.1 CE, ya se encuentra manifestada en el Libro Blanco de la Justicia, y el propio CGPJ abogó por ello en su informe al Anteproyecto de LEC, del mismo modo en que lo hizo el Consejo de Estado. En esa línea se presentaron enmiendas al texto articulado, pero sólo permitieron la introducción de la regla sexta del art. 770 LEC¹⁴².

Con apoyo en la igualdad constitucional entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, en supuestos de uniones estables de pareja se permiten tanto los trámites del juicio verbal especial del art. 770.6º LEC como la aplicación de medidas de contenido parejo al previsto en el art. 103 CC, así como de cualesquiera otras al amparo del art. 158 CC. Es lo cierto que las medidas provisionales no pueden ser instrumentales de procesos no matrimoniales, esto es, de los instados por demanda de nulidad, separación o divorcio, de ahí que desde una perspectiva negativa ese tipo de medidas no cabrían para la unión estable de pareja, donde no es posible la nulidad, la separación o el divorcio. Otra cuestión es que para adoptar las medidas mencionadas en el art. 770.6ª LEC remita el legislador a los trámites de las medidas previas, provisionales o definitivas de los procesos matrimoniales, regulación aplicable que no debe entenderse como procesal-material sino como meramente procedimental y, obvia decir, limitada al contenido del último artículo citado: en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de estos, siendo indiferente que los progenitores hubieran o no contraído

141 - Mercedes Caso Señal, "Las uniones...", cit., p. 144.

142 - Nos referidos al trámite en el Senado y a las enmiendas números 174, 179 y 182 propuestas por el Grupo Parlamentario Socialista.

matrimonio o constituyeran o no una unión de hecho.

Las pretensiones que afectan a los hijos menores de edad (artículos 748.4 y 770.6 LEC) han venido permitiendo, en general, dos tipos de interpretaciones, una amplia –a la que cabría extender la viabilidad de procedimientos residuales–, basada en el concepto general de potestad del art. 154 CC y en la amplitud del significado de alimentos del art. 142 CC, en concordancia con el art. 39 de la Constitución, que incluiría custodia, alimentos en sentido estricto, visitas y atribución de uso de la vivienda, todo ello viable en el trámite del art. 770.6° LEC. Acogiendo esta tesis, que es doctrina mayoritaria, se desecha la que utiliza la literalidad de los preceptos, especialmente el término “exclusivamente” y el uso de la conjunción disyuntiva “o”, que descartaría del juicio verbal especial de familia –abocando al juicio ordinario– cualquier cuestión a favor del menor distinta de la guarda y custodia en sentido estricto y la reclamación alimenticia, es decir, quedarían fuera las visitas, el régimen de patria potestad o la atribución del uso del domicilio; de hecho, incluso resultaría excluida la acumulación entre custodia y alimentos, dada la mencionada conjunción, pero mucho mayores serían los inconvenientes en el terreno cautelar, pues habría que aplicar el art. 727.11 LEC –sin que quepan de oficio, art. 721.2 LEC– o acudir al art. 158 CC, que remite a trámites de la jurisdicción voluntaria.

Desde el punto de vista de la desvinculación conyugal, innecesaria para la pareja de hecho, se plantea la desigualdad perjudicial para con el matrimonio, no con respecto de la unión estable de pareja.

4.2. Los efectos de legislaciones sustantivas discordantes sometidas a un único sistema procesal nacional

Cuando se trata de determinar el procedimiento para resolver aquellas pretensiones que afectan a reclamaciones relativas a la descendencia de menor edad, la literalidad supondría aplicar el art. 770 LEC, según el art. 748.4° LEC, a peticiones deducidas de reclamaciones de guarda y custodia de hijo común o pensión alimenticia para éste instada por un progenitor contra otro. Y como ya se adelantó, en sentido estricto siquiera ambas acciones serían acumulables al servir el redactado de la norma una conjunción disyuntiva¹⁴³. El resto de pretensiones que afectasen a la descendencia común de los mencionados progenitores seguiría las reglas del juicio declarativo ordinario según el art. 249.2 LEC, en tanto que su interés económico

143 - Sic Joaquín María Andrés Joven, “Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos (Comunicación)” en Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, p. 227.

resultaría imposible de calcular siquiera de modo relativo. La lógica o el sentido común defiende tanto la acumulación de las acciones expresamente mencionadas como la adición de otras intrínsecamente unidas a la naturaleza jurídica de aquéllas, como el régimen de visitas, estancias, vacaciones y comunicación, el disfrute del domicilio que fuera familiar y la privación de la patria potestad¹⁴⁴. Sería ciertamente extravagante resolver en un procedimiento sobre la custodia de los menores y en otro sobre el régimen de visitas del progenitor no custodio, lo que por cierto establecería una especie de litispendencia material por cuanto la determinación del progenitor no custodio depende de la atribución de la guarda y custodia, de manera que la consecución del procedimiento sobre visitas tendría que ser posterior en el tiempo, abriendo un lapso temporal cuya corrección pasaría por la existencia de medidas cautelares en el primero de los trámites (¿?) o la imposibilidad de las visitas salvo merced a pactos particulares. La economía procesal sirve de fundamento último, pero la ley de ritos estructura el procedimiento, formalmente, en contrario a las exigencias materiales presentadas.

Como sea que la determinación procesal es clara, se ha buscado la justificación de otro tipo de peticiones en el concepto amplio del derecho de alimentos (art. 142 CC): sustento, habitación, vestido y asistencia médica. De ese modo, la atribución de uso de la vivienda familiar, cuyo contenido económico se relaciona directamente con la cuantificación de la pensión alimenticia, se une a ésta en el terreno de la pretensión procesal. La vinculación es artificiosa desde el momento en que es obvia la individualidad de una y otra petición, no en vano se ejercitan singularizadamente. Por último, la privación de la patria potestad se asocia al procedimiento declarativo ordinario (art. 249.2 LEC), pero hay quien entiende que la referencia del art. 170 CC al proceso matrimonial permitiría su acumulación¹⁴⁵. Naturalmente, el argumento se presenta tautológico en tanto nadie discute la acumulación de acciones de familia si el proceso es matrimonial. El problema se suscita cuando sea extramatrimonial, además de que ese tipo de argumento permitiría igualmente acumular acciones civiles distintas a la privación de la patria potestad en la causa criminal, lo que claramente carece de sentido por la restricción subyacente al art. 170 CC.

En el Derecho cautelar y frente a las medidas provisionales previas, coetáneas o sobrevenidas, articuladas a través de los artículos 753 y 770 LEC, se ofrece la vía ordinaria de los artículos 721 y ss. LEC –con el

144 - Por ejemplo, Joaquín Bayo Delgado, “Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil”, en De los procesos especiales, Manuales de Formación Continuada núm., Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2000, pp. 663 y ss.

145 - Entre otros, Joaquín María Andrés Joven, “Heterogeneidad...”, cit., p. 227.

inconveniente de la fianza o caución, bajo la accesoriedad de una demanda principal ordinaria, o el cauce de la jurisdicción voluntaria de la LEC/1881 con la remisión del art. 158 CC, sin olvidar las posibilidades del art. 148 III Civil para mayores de edad alimentistas. Se ha expuesto, a renglón seguido de este último precepto, sobre la modificación en materia penal de la ley orgánica 9/2002 (sustracción de menores), un nuevo ejemplo de injusticia por distinto régimen procesal legalmente establecido.

Cuando se trata de resolver peticiones en nombre de la descendencia mayor de edad conviviente, se opera un trato diferenciado de aquel en que ese descendiente reclame de sus progenitores una pensión. En el primer supuesto se parte de una situación materialmente análoga al art. 93.2 CC –analogía acaso justificada en el sentido finalista de la protección de la familia– y en todo supuesto reconocida por la jurisprudencia en el terreno de la legitimación activa del progenitor conviviente (SsTS 30-XII-2000, 27-III-2001); pero no resulta claro el procedimiento aplicable. En el segundo caso se sigue el juicio verbal por razón de la materia del art. 250.8 LEC, donde la legitimación pasiva es de todos los progenitores y la activa del hijo reclamante. No sería descabellado, por consiguiente, utilizar esa misma regla, pero cuando de la unión de hecho hayan nacido hijos que al tiempo de la ruptura son mayores y menores de edad, todos convivientes dependientes económicamente de sus progenitores, se plantearía una duplicidad de procedimientos inevitablemente conexos, aun cuando sólo lo sean a efectos de determinar conjuntamente la carga para el pagador de las pensiones alimenticias resultantes. El estudio conjunto de ambas pretensiones, en ese tipo de hipótesis donde concurren hijos mayores de edad y menores acreedores todos de pensión, pasa por flexionar el contenido del art. 73 LEC. Según este precepto, “para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: 1º Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal. 2º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo. 3º Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir”. Respecto a la primera regla, es obvio que no será lo mismo en aquellos partidos judiciales con jueces de primera instancia especializados en familia y los que no, en tanto los primeros no recogen peticiones de alimentos de descendientes mayores de edad. Es lo cierto que en ciertos lugares la práctica jurisdiccional fuerza que así sea, a través de la normas de reparto (fue el caso de Palma de Mallorca), pero el particular no

deja de ser una desnaturalización de la competencia objetiva (especializada¹⁴⁶), de superior rango dogmático que las normas de reparto, que sólo están llamadas a distribuir los asuntos sin afectar la competencia territorial, funcional y objetiva, por mucho que se incorporen igual que las normas de competencia dentro del derecho constitucional al juez ordinario determinado por la Ley. Y no cabe duda que mientras el art. 748.4º y el 770 LEC acogen el declarativo especial de familia para la pensión de alimentos del menor de edad descendiente, es el ya citado art. 250.8 LEC el que marca el proceder asignado al reclamante de la mayor edad. Y, nuevamente, la doctrina científica utiliza la tesis jurisprudencial de la equiparación motivada por la plena aplicabilidad del art. 39.3 CE y del 108 CC. En la práctica del foro, ciertamente, tiene lugar la acumulación de acciones en su virtud. Y si simplemente deben resolverse pretensiones relativas a los miembros de la unión de hecho o compañeros, se coincide en descartar la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados de familia, allí donde existan¹⁴⁷, lo que ya se defendía antes de la actual legislación procesal civil¹⁴⁸. Hay soluciones de esta controversia a través de las normas de reparto –como ocurrió en Barcelona y nuevamente en Palma de Mallorca– pero una vez más se subvierte la regla de la competencia objetiva especializada alzaprimitando la de una mera distribución de asuntos. Si se analizan las posibles reclamaciones entre compañeros, y recordando la innecesariedad de declaración judicial sobre la extinción de la pareja de hecho, acudiremos al juicio declarativo ordinario (art. 249.2 LEC) para aquel tipo de pretensiones donde el interés económico no sea susceptible de cálculo: el uso y disfrute del domicilio que fuera familiar de la pareja. Si se reclama una indemnización o compensación al otro seguiremos el trámite por razón de la cuantía, ordinario o verbal según se sobrepase o no el importe límite (arts. 249.2 y 250.2 LEC). Y la reclamación de pensión periódica se anudará a la naturaleza de la misma, según la legislación autonómica aplicable o el art. 250.8 LEC como alimentos;

146 - Los juzgados de familia, a través del Decreto 1.322/1981, resuelven acciones judiciales sobre matrimonios y relaciones paterno-filiales u otras cuestiones de familia atribuidas por las leyes; precisando el TS (S 8-III-1993) que su competencia es delimitada y restrictiva a los artículos 42 a 107, 154 a 180 CC y otras cuestiones en materia de familia atribuidas por las leyes, lo que dicho sea difícilmente podría entenderse entonces como leyes autonómicas, pero que terminológicamente resultaría admisible.

147 - Vicente Magro Servet, “¿Cuál es el trámite procedimental de las separaciones de las parejas de hecho con o sin hijos? ¿Se interpone ante el Juzgado de Familia o ante el decanato para reparto?”, Revista SEPIN Familia, núm. 3, septiembre 2001.

148 - Eduardo Hijas Fernández, “Las uniones extra matrimoniales: aspectos competenciales y procesales”, en Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 20, Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 1997, pp. 533 y ss.

cuando se tratase de otro concepto se volvería a analizar la cuantía reclamada –por suma de las pensiones– según el art. 251.7 LEC (y 249.2 ó 250.2 LEC).

Por su parte, el art. 250.4 LEC ordenaría el verbal por razón de la materia posesoria para reclamaciones sobre la atribución de uso de la vivienda familiar, si esa fuese la única acción ejercitada por el miembro de una pareja no casada. Sobre esa atribución de uso, en las uniones de hecho, vuelve a aparecer la justificación pública o intervencionista, bajo el test de constitucionalidad pertinente: protección familiar, prevalencia del matrimonio, no discriminación y racionalidad¹⁴⁹. Con este planteamiento la doctrina citada identifica el matrimonio, la protección de la familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como los elementos configuradores de la protección constitucional de la pareja de hecho y su referente interpretativo tanto en la eficacia de la vida en común estable como en situaciones de crisis. En esta situación, y previamente a cualquier uso analógico del Derecho, el juez efectuará un test de igualdad y un test de razonabilidad; el primero para concluir si la diferencia de trato entre casados y solteros favorece el matrimonio o la unión de hecho injustificadamente, el segundo si la alternativa legislativa es o no es excesivamente gravosa para los solteros en relación con el favorecimiento del matrimonio. Se entiende, asimismo, que el Estado debe asegurar la protección crítica de la parte débil en la pareja de hecho que se rompe, y del mismo modo que debe velar por un reparto justo del patrimonio acumulado con el esfuerzo conjunto y ha de permitir un período corto pero razonable para el desalojo digno del no titular de la vivienda que fuera familiar, en clara consonancia con el planteamiento intervencionista frente al riesgo de la indigencia como necesidad más primigenia conectada con el art. 10 CE¹⁵⁰. Y a ello se suma la consideración de los gastos de uso (suministros), conservación y mejora de la vivienda familiar como deuda y responsabilidad común de la pareja: a falta de régimen económico no matrimonial y de regulación especial en una ley autonómica, la aplicación a los gastos familiares de figuras generales como el enriquecimiento injusto o la comunidad, habrían de dejar paso a la regla de contribución proporcional basada en principios constitucionales de igualdad, más liquidación del sistema de cargas fuera de compensaciones patrimoniales en justa medida a la protección de la parte más débil¹⁵¹. Ninguna de estas

149 - Francisco Javier Pereda Gámez, “Algunas notas sobre las controversias sobre vivienda familiar en las uniones estables de pareja”, en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pp. 311 y ss.

150 - Francisco Javier Pereda Gámez, “Algunas notas...”, cit., p. 318.

151 - Francisco Javier Pereda Gámez, “Algunas notas...”, cit., pp. 331 y ss.; con cita de los trabajos de María Rosa Llàcer Matacas, “El règim econòmic de la parella de fet i el perjudici de

pretensiones sería rechazada en el ejercicio reconvenional del demandado en un proceso matrimonial en el que se discuta la guarda y custodia de la prole o su pensión alimenticia (art. 770.2ª LEC), pero se incumpliría para las uniones de hecho según las normas de la reconvenición (art. 406.2 LEC), en cuanto a la falta de competencia objetiva de los juzgados de familia especializados, no en cambio si se tratase de juzgados de primera instancia sin más, que sin embargo no esquivarían otro obstáculo, este general, para el ejercicio de una acción reconvenional: no cabe si la acción que se ejercita debe ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.

En contra de la apuntada discriminación se ha utilizado el argumento formalista, según el cual uno y otro caso supone el ejercicio de acciones diferentes; pues, en uno la separación, el divorcio o la nulidad del vínculo matrimonial –determinando la acción ejercitada el procedimiento a seguir– acumulará las acciones sobre medidas que afectan a los hijos habidos en el matrimonio; en el otro las medidas que afectan a los hijos no matrimoniales son directamente las que definen el tipo de proceso, bajo el trámite que determine la acción ejercitada y con la acumulación que tal cosa permita¹⁵². Y se añade a lo anterior que incluso el hijo matrimonial seguirá el trámite ordinario de ejercitar la acción que deriva del art. 158 CC, previa a cualquiera de los pleitos matrimoniales antes dichos. Sin embargo, desde la perspectiva material, y acudiendo a razones justificativas de orden constitucional, carece de lógica que la privación de la patria potestad, la atribución de la custodia, el régimen de visitas o los alimentos de hijos no matrimoniales o matrimoniales no participen de un tratamiento procesal igual a tenor del art. 39.2 CE¹⁵³. De hecho, asociar las acciones relativas a los hijos a una pretensión de separación, divorcio o nulidad, subyuga aquellas como acciones secundarias cuando no lo son, no en vano podrían configurar pretensión civil autónoma en un proceso civil, por lo que en realidad sería el instituto de la

tercers”, y Nieves Martínez Rodríguez, “¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?”, ambas en Uniones de hecho (con otros), Universitat de Lleida, 2000; y Francisco Rivero Hernández, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997: convivencia de hecho de una pareja heterosexual. Terminación de la convivencia. Comunidad de bienes”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 46, enero-marzo de 1998, pp. 189 y ss.

152 - Respecto de la legislación procesal precedente y su art. 153 LEC (1881); Francisco Javier de Frutos Virseda, “Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo”, Revista Jurídica La Ley, núm. 4.118, 1996.

153 - Téngase presente, además, que en la anterior legislación procesal y según la distinción entre procedimientos declarativos, las peticiones seguidas respecto de hijos no matrimoniales permitían la casación y la de los matrimoniales terminaban con la apelación. La solución a esa diferencia era el ejercicio separado de la acción, para estos últimos, fuera del proceso matrimonial.

acumulación que las convertiría en secundarias o meramente accesorias.

Los procedimientos de mutuo acuerdo se promueven respecto de pactos que afectan en exclusiva a la descendencia menor de edad, únicamente a los convivientes o a ambos al mismo tiempo, y que se pretenden homologar. Para los primeros sería aplicable el trámite previsto en el art. 777 LEC, e igualmente de forma extensiva más allá de la guarda y custodia y la pensión de alimentos, siempre que se limite a los menores. Nótese que la atracción hacia el orden público se ha flexibilizado, al igual que el uso del art. 1.814 CC sobre regulación de efectos de las crisis matrimoniales, en relación con el art. 90 CC y sin perjuicio de la homologación judicial con intervención previa del Ministerio fiscal.

Cuando se trate en exclusiva de pactos entre compañeros, y sin que sea posible, por razones de competencia objetiva, la atracción por parte de los juzgados de familia, o bien se acude a un procedimiento declarativo ordinario o verbal e inmediatamente sea admitido a trámite se presenta un acuerdo transaccional, no siendo necesario esperar a la audiencia previa (en juicio ordinario) o al juicio oral (en juicio verbal) y recordando que el demandado puede actuar el pacto homologable sin necesidad de abogado ni procurador¹⁵⁴. Del mismo modo, también podría allanarse el demandado, antes del plazo para contestar la demanda, para lo cual tampoco necesita abogado ni procurador. Naturalmente que, como ocurre con los procesos matrimoniales consensuales, no hay verdadera contienda. Pero nada impide reconocer la necesidad justiciable a una sentencia de fondo como título de ejecución. Del mismo modo se plantea el uso del acto de conciliación intraprocesal (artículos 460 y ss. LEC/1881) y el trámite de la jurisdicción voluntaria (art. 1.811 LEC/1881), si bien con la dificultad en el terreno de la cosa juzgada material. Por último, cuando se advierta homologación de pactos mixtos vuelve a ser relevante el principio de economía procesal y el tratamiento unitario, y aunque la conciliación o la jurisdicción voluntaria –con preceptiva

154 - Hay quien apunta al fraude procesal y la incoherencia, en tanto si ya hay un acuerdo inicial no tiene sentido el planteamiento contencioso de la demanda para luego transaccionar; cfr. Antonio Pérez Martín, “Problemas más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (Comunicación)”, en *Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial*, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, p. 261; quien plantea el convenio regulador ante notario, homologable judicialmente en cuanto a medidas afectantes a menores; *id.*, p. 263. No cabe el argumento del trámite consensuado si el objeto litigioso es indisponible, pero como disponible las partes no necesitan del proceso para llevar a cabo sus pretensiones –pueden servirse, por ejemplo, de un contrato (art. 1.809 CC)–, pero el interés procesal que subyace es el de asegurar la ejecución forzosa en caso de incumplimiento, interés que, dadas las circunstancias, resulta perfectamente legítimo.

intervención judicial en cuanto a los menores– vuelven a ser planteables, lo es igualmente el trámite de la demanda principal y la vía del art. 777 LEC¹⁵⁵. Y en uno y otro supuesto se plantearían problemas de acumulación de acciones, en relación con el art. 73.2º LEC. No obstante, el sentido teleológico de las reglas de acumulación, caracterizadas en cuanto a los procesos especiales por la materia en aras del mecanismo de protección procesal, no parece que muestren auténticos obstáculos cuando la acumulación es planteada en el juicio ordinario.

Conviene, finalmente, mencionar la posibilidad del *bad forum shopping* cuando, pese a la legislación autonómica como propia del Derecho civil territorial y así vinculada al Tribunal Superior de Justicia balear, permita el pleito en el que se introduzcan normas estatales –por ejemplo asociadas a mínimos intervencionistas o en función de supletoriedad concreta por incompletud de la norma autonómica– y suprima la casación foral por la estatal. No es posible, sin embargo, extenderse sobre el particular, aunque genere nuevas concurrencias en el campo de la desigualdad de trato de incidencia procesal, vinculado a las competencias para legislar¹⁵⁶.

4.3. Las hipótesis de normativas procesales divergentes frente a la incidencia de la legislación especial o foral sobre el proceso práctico

Con aplicación del procedimiento del art. 770 LEC para el pleito principal contencioso y el del art. 777 para el consensual, queda fuera de su ámbito la división de la cosa común y demás acciones patrimoniales, a modo de ejemplo las declarativas de dominio de bienes determinados, las de resarcimiento por mayor contribución a su adquisición, las indemnizatorias de perjuicio, etcétera. La legislación autonómica civil permite advertir diferencias significativas en este punto, aunque solamente para la pareja no matrimonial, en tanto los cónyuges puedan dividir la cosa común en el mismo juicio matrimonial, por ejemplo en Cataluña (art. 76.3 del Código de familia). Y se plantea con ello no sólo la desigualdad en esta última Autonomía respecto de las uniones de hecho que ventilen en el procedimiento verbal especial de familia cuestiones relativas a los hijos, sino que en el plano de las uniones

155 - Para algunos la solución más justa; Antonio Pérez Martín, “Problemas procesales...”, cit., p. 263.

156 - Sobre la elección de tribunal en el ámbito de la Administración de justicia autonómica v. Ricardo Yáñez Velasco, *L'Oficina judicial a Catalunya. Mitjà real d'una Justícia eficaç pel ciutadà del segle XXI*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2008, p. 41 y nota núm. 86.

matrimoniales se diferencia la regla procesal sobre admisión de acumulación de acciones entre Cataluña (donde es posible) y el resto de España (donde no). La legislación autonómica balear de la unión de hecho se limita a regular el ejercicio de las acciones civiles sobre pensión periódica (art. 9.1), su modificación (art. 10.3) más la compensación económica (art. 9.2), con sus plazos (art. 8.1 y 10.1), lo que no es propiamente naturaleza procesal. Resulta innecesario reiterar lo ya dicho sobre divergencias teniendo en cuenta la nula actividad procesal o de incidencia procesal de la legislación balear sobre la unión de hecho en el proceso, por lo que con independencia que exista dicha capacidad los problemas se vierten genéricamente en comparación con la legislación estatal del matrimonio y la ausencia de normativización de esa legislación para las uniones de hecho.

4.4. Conclusiones sobre igualdad ante la Ley

Para algunos autores no debe existir tratamiento desigual para algo que es igual en esencia, en particular la convivencia entre hombre y mujer y las consecuencias personales y patrimoniales que de ello derivan¹⁵⁷. Pero la analogía, que claramente ha sido excluida, al fin y al cabo, del tratamiento sustantivo de la pareja de hecho, igualmente se confronta a situaciones que, cuando menos por la propia decisión de los interesados en el plano del Derecho material, no deben equipararse. En ese sentido la negación radica en la ausencia de identidad de razón entre el supuesto contemplado por la ley (el matrimonio) y el no contemplado desde la perspectiva procesal (la unión estable de pareja)¹⁵⁸. El voluntarismo individual, que permite justificar la diferencia de tratamiento material y procesal, no debe sin embargo verter en perjuicio de intereses dignos de protección como ocurre, por ejemplo, respecto de los menores o incapaces, lo que por cierto ya viene procedimentalmente recogido en la actual legislación procesal estatal, si bien de forma deficiente. Además, ha de tenerse en cuenta que la consciente omisión de una regulación estatal sobre la unión de hecho resulta compatible con el silencio en el proceso civil, que en principio es vehículo o articulación

157 - Vicente Magro Servet, “¿Cuál es el trámite...”, cit.

158 - Julio V. Gavidia Sánchez utiliza esta tesis; “Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)”, Diario La Ley, 3 de diciembre de 2001. Sin embargo, el citado autor concluye sobre un planteamiento que deviene incierto con el divorcio sin causa, cual es la libre ruptura de la pareja de hecho, por mucho que reste la diferencia basada en la necesidad de una sentencia civil constitutiva, que en sí misma no desvanece sino que entorpece la libertad para divorciarse.

de las pretensiones sustantivas.

La justificación expuesta, en cambio, no impide advertir una situación práctica pesadosa para quienes forman parte de las uniones de hecho y obtienen un derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto a acceso a la jurisdicción, facilidad *ex principio pro actione* y prohibición de dilaciones indebidas, que podría tildarse de segunda clase o deficitario en comparación con el que deriva de la pareja matrimonial. Pero no es ello así porque sea diferente, lo cual estaría justificado desprendiéndose de una ilógica analogía, sino porque es un opción múltiple y heterogénea, que se opone a los postulados de la economía procesal y padece la incertidumbre jurídica¹⁵⁹. Finalmente, las tesis de la inaplicabilidad de las normas de la liquidación de los regímenes matrimoniales no pueden esquivar que, en los sistemas de separación de bienes –bajo el régimen matrimonial– no opere suerte alguna de discriminación en el plano procesal por ser imposible que tal régimen se conduzca a través de los cauces especiales de los artículos 806 y ss LEC¹⁶⁰. Es lo cierto que, en el trámite de esta última ley en el Senado, el Grupo parlamentario socialista intentó sin éxito introducir en los procesos especiales de división judicial de patrimonios los formados por las uniones de hecho, lo que superaba la incertidumbre a través del declarativo plenario según la cuantía, por lo general el ordinario, en el que igualmente se incluiría la división de la cosa común. De otro lado, la legislación autonómica permite, en algunos casos –el catalán por ejemplo–, introducir la acumulación de acciones –la de división de la cosa– en el proceso matrimonial que, de otro modo, no sería acumulable. Y no lo es para la pareja de hecho. En este sentido, aun cuando es cierto que el régimen económico-matrimonial no es trasladable a las uniones de hecho¹⁶¹, ni la regulación autonómica de éstas debiera apuntarlo subsidiariamente ante lo que supondría una equiparación de dudosa constitucionalidad, no es menos cierto que las partes convivientes pueden pactar, expresamente, un régimen económico que resulte idéntico al

159 - Para algunos muestra una pluralidad de procesos que condena a los convivientes a una discriminación intolerable en el Estado de Derecho; sic Ana María Vilalta Nicuesa y Rosa María Méndez Tomás, *Acciones sobre parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2001.

160 - Otra cosa que los bienes comunes de los cónyuges que obedecen separación de bienes se incluyan en el ámbito del procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial; José Pascual Ortuño Muñoz, “Del procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Iurgium editores, Barcelona, 2000, pp. 3.765 y ss. Sin embargo, en muchos casos, el trámite de juicio ordinario para la acción de división de la cosa común resultará menos complicado y sin el desajuste y coste que propicia, por ejemplo, la realización de un inventario.

161 - Juan Montero Aroca, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 145 y ss.

matrimonial, sin que la autonomía de la voluntad pueda luego ser cercenada o invalidada en virtud de la similitud¹⁶², o deba ser perjudicada por un tratamiento procesal más costoso para el interesado si, ciertamente, se trata de la división de un patrimonio común (opción procesal *lege ferenda*, sin embargo).

5. Reflexiones finales

Un divorcio unilateral sin abogado ni procurador, por modelo formulario y bajo la plena gratuidad, es perfectamente defendible si lo único que pretende el justiciable es abrazar la libertad de decisión y no insta ningún tipo de medida definitiva o cautelar, sea personal, sea patrimonial. Mientras la autorización para contraer matrimonio comporte intervención del juez encargado del Registro civil (que autoriza el matrimonio civil tras consabido expediente no jurisdiccional), no parece descabellado que ese trámite formulario se provea ante dicho tipo de juez, y bajo la misma naturaleza no jurisdiccional característica del Registro civil. Hay quien apunta la actuación de un fedatario público o, en su caso, la jurisdicción voluntaria, por negar la naturaleza jurisdiccional en un proceder donde no hay causas de divorcio y todo depende de una decisión unilateral frente a la que no cabe oposición y el juez tampoco puede negarse (Isabel Tapia Fernández). El inconveniente de este planteamiento es que el juez podría desestimar esa petición unilateral, con o sin oposición del demandado, cuando verifique un plazo transcurrido desde el matrimonio inferior a tres meses sin concurrencia de las excepciones del artículo 81.2º CC; subrayando que no se admitirá a trámite la demanda sin un documento imprescindible como la certificación de la inscripción del matrimonio (art. 770.1ª LEC), bien porque no se tenga (nunca se casó aunque lo pensase) o tenga documentación sobre su relación ajenos a lo que se precisa.

El posible problema de procedimiento se residencia, finalmente, en la comunicación al cónyuge no promotor, cuando éste no se da por enterado o verdaderamente se encuentra en paradero desconocido. Por su parte, pretender reorientar el matrimonio hacia sus compromisos históricos –de una determinada etapa de la historia– asume planteamientos como los del

162 - En este sentido, los votos particulares de Encarna Roca Trías y José Ramón Ferrándiz Gabriel a la STS 12-IX-2005 resaltan que aun careciendo los convivientes de régimen económico matrimonial (equivalente a, debemos entender), por la falta de igualdad entre matrimonio y unión de hecho, nada impide que de acuerdo con el art. 1.255 CC pacten los efectos que les parezcan más convenientes.

matrimonio blindado o *covenant marriage* norteamericano¹⁶³, pero no impedirá que la voluntad de los contrayentes en el momento de la crisis pretenda eludir cualquier traba a la propia libertad de separarse. Ahora bien, no parece posible negar la preferencia constitucional por los matrimonios, protegidos institucionalmente en el Texto fundamental a diferencia de las uniones de hecho, lo que motiva justificar la crítica a los efectos que en éstas se aprecian equiparados con los del matrimonio si no los superan, siempre y cuando dicha equiparación, que no superación, pueda venir admitida si entran en juego valores superiores dignos de protección con independencia de que haya o pueda haber un matrimonio de por medio: la protección de la dignidad humana y de los menores e incapacitados en una visión extensa del favor filii. La “protección del más necesitado”¹⁶⁴ subsume un principio general del Derecho orientado al desfavorecido, aunque debe tenerse muy en cuenta cualquier fundamentación que destruya el valor del consentimiento inicial por el que las partes se sometieron a pactos prematrimoniales expuestos, al matrimonio bajo un régimen económico predeterminado, pareja de hecho obediente a reglas concretas según normas autonómicas o la unión estable de compañeros que excluya toda regulación jurídica, con o sin acuerdos puntuales sobre materia disponible.

Una regulación de los pactos de convivencia, con exclusión de un mínimo exigible o imperativo en el ámbito del reparto equitativo de la riqueza y respecto de la vivienda familiar de la pareja de hecho, sólo puede relativizarse a través de medidas de política administrativa o social en general. Pero el silencio total del legislador estatal o autonómico sobre determinados contenidos mostraría, en el planteamiento amplio del art. 14 CE bajo compromiso de derechos fundamentales, serios argumentos para entender vulnerados el principio de igualdad y no discriminación, lo que convertiría la LBPE en inconstitucional y la falta de acción del Estado en inconstitucionalidad por omisión¹⁶⁵, anomia que también se extiende a la necesaria igualdad en la protección de los menores. Se trataría de situaciones donde no basta

163 - Rafael Navarro Valls, “El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1998, pp. 764 y ss.; Miguel Ángel Cañivano Salvador, “El «covenant marriage» como alternativa a las «no-fault divorce laws»: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 2002, 162 y ss.

164 - Sergio Llebaría Samper, *Hacia una familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 79.

165 - Sobre esta hipótesis de Derecho constitucional véanse los trabajos de Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, y José Julio Fernández Rodríguez *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

relegar al cuadro de consecuencias jurídicas por la previa voluntad de las partes –los pactos entre convivientes–, pues una cosa es la desigualación por libre autonomía de la voluntad en aspectos de alcance disponible y otra la vulneración real del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, que deviene arbitrario y sucumbe al test de racionalidad aplicado al trato diferente entre la pareja matrimonial y la no matrimonial. Por su parte, si se estructura un estatuto de solidaridad en la pareja de hecho, frente a la subsidiariedad del régimen económico matrimonial, se afectará el derecho constitucional de protección del matrimonio, que es lo que ocurre, por ejemplo, con la regulación de la unión de hecho en Aragón, no en cambio en Baleares. Piénsese que un régimen de solidaridad, en realidad, puede entenderse como beneficio del matrimonio, en tanto que mayores son las posibilidades de eficacia en interés de la familia cuando se permite contratar con cualquiera de los cónyuges. Ahora la política legislativa se conduce al incremento de la capacidad crediticia de la familia en vez de una muestra de la igualdad entre cónyuges en el ámbito de la potestad doméstica, que es donde reside el origen histórico de la responsabilidad frente a terceros en el matrimonio. A su vez, la presunción de gratuidad en las transmisiones no existe entre convivientes, con lo que la evitación del fraude y la protección del acreedor se basará en los artículos 1.111 y 1.297 CC.

Al margen de lo expuesto se abren las desigualdades prácticas frente a familias reales que derivan de situaciones de bigamia o poligamia, culturalmente aceptadas bajo la procedencia extranjera (pareja de extranjeros o mixta en la que un miembro de ella lo es) o por determinadas tradiciones (gitana, musulmana). Cuando el elemento extranjero ha sido el detonante de la diferencia y el matrimonio o la pareja tienen una nacionalidad común cabría acudir a la ley aplicable derivada de esa nacionalidad. Mas el mismo orden público internacional que desde mi punto de vista se utilizaría contra perjuicios de normas extranjeras ante el *ius connubii* homosexual, podría suponer una clara cortapisa en el caso concreto. De cualquier modo resulta pacífico admitir que existe una laguna legal porque, siendo inevitable familia, el cerco de la ilegalidad no suprime los cotidianos problemas que como tal afronta, en el Derecho civil de familia, en el Derecho social, en el Derecho penal o en el Derecho civil indemnizatorio y de seguros. Las diferencias entre la norma del Estado –o su omisión que conduce a prácticas jurisprudenciales alegales–, los territorios que no tienen legislación autonómica sobre uniones de hecho, las Autonomías que sí las tienen, y entre éstas por cuanto defienden regulaciones diferenciadas, no muestra más problemas que los de existencia de otras figuras jurídicas, instituciones y derechos forales o especiales que marcan una diferencia material bien palpable allá donde se viva. Únicamente puede generar problemas complejos, y de alcance constitucional, la inexistencia de un mínimo o estándar básico, denominador común para cualquiera –nuevamente bajo el auspicio constitucional– y un régimen conflictual que

solucione las evidentes problemáticas concurrenciales en cuanto a los ámbitos de ampliación de las normas autonómicas sobre parejas de hecho, en claro contraste con la competencia legislativa estatal exclusiva.

Ha de insistirse en que, salvo las matizaciones ya apuntadas, no cabe discutir la desigualdad existente entre el matrimonio y las parejas estables, mas cuando en determinados aspectos se advierte la peor condición de los casados se invierte la lógica de la preferencia, que parte de la Constitución misma. Y también en el ámbito jurisdiccional se advierten contradicciones, esta vez a favor y en contra de las uniones de hecho, lo que en algunos casos se opone a las lógicas procesales más elementales, independientemente de la prioridad señalada. Nuevamente, sin embargo, es perjudicado el matrimonio si, a pesar de que el voluntarismo individual del divorcio actual sólo se frena temporalmente (tres meses desde la celebración del matrimonio), resulta imprescindible una sentencia judicial constitutiva, mientras que para las uniones de hecho, en su caso, lo sería meramente declarativa, de cualquier manera innecesaria jurídicamente para la extinción de esa convivencia legal. Ello supone, pues, que para ese fin puedan los compañeros prescindir de la jurisdicción civil y, de ese modo, ahorrarse los emolumentos profesionales que inevitablemente deberán costear los cónyuges, en ocasiones relativizados por la justicia gratuita pero no por las reglas de vencimiento objetivo del art. 394.1 LEC, que suelen excluirse dada la obligatoriedad del proceso jurisdiccional.

El debate sobre la igualdad –y no ante la ley o en la aplicación de la ley, sino en la ley–, plantea dudas sobre los parámetros de referencia que se utilizan para justificar una determinada reforma en pos del principio de igualdad. Paralelamente, llama la atención el incremento de capítulos matrimoniales formalizados, al menos en Cataluña¹⁶⁶ –con régimen supletorio de separación de bienes. Ello se subraya con la importancia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones privadas de familia, de naturaleza patrimonial y enlazando con la pretendida necesidad de establecer unos beneficios mínimos entre adultos, más allá de los deberes para con la prole, lo que sólo acaba justificándose en situaciones radicales, no por ello excepcionales en la práctica diaria.

Quizás no sea correcto situar en un mismo plano de desigualdad que el Derecho del Estado sea más o menos beneficioso que el Derecho autonómico en esta materia; es decir, que la perspectiva de análisis no pueda ser bidireccional sino unidireccional. Parece que lo que importa es que la regulación en la Autonomía provoca situaciones de desigualdad entre

166 - Cfr. Albert Lamarca Marquès y otros, “Separació de béns i autonomia privada familiar a Catalunya: Un model pacífic sotmès a canvi?”, Working Paper de Dret Català núm. 7, Barcelona, octubre 2003, www.indret.com.

casados –los perjudicados– y las parejas de hecho. Y no importaría del mismo modo que fuera al revés, dada la diferenciación constitucional y, sobre todo, la actual no diferenciación del sexo en el matrimonio. Realmente, despojado el matrimonio de su componente religioso tradicional, acaba siendo el trámite procedimental uno de los escollos más relevantes respecto de la pareja de hecho. Pero al margen de esa cuestión, no tan sustancial, ya no parece admisible de ninguna manera la equiparación de una y otra realidad salvo en aquellos supuestos que fundamentalmente justifiquen el intervencionismo público.

Hasta cierto punto, y salvado lo anterior, da igual que haya diferencias entre Comunidades Autónomas y que las parejas de hecho de unas Autonomías se sientan en desigualdad respecto de las de otras. Si una norma autonómica mejora determinadas situaciones jurídicas –incluso en supuestos de hecho iguales (las parejas estables, por ejemplo)–, la norma estatal no ha de igualar esa mejora. De este modo, en el ámbito del régimen económico igualitario, para toda pareja se plantea si la elevación de derechos establecidos ante la extinción de una unión estable, donde la legislación autonómica considere mínimos irrenunciables –quizá otra Autonomía no lo haga–, fuerza al Estado central para legislar en el sentido equiparador al alza. Podría tener sentido en el ámbito del matrimonio, aunque entonces se estaría reconociendo una superación comparativa de la regulación en unión de hecho, difícilmente conciliable con la Constitución. Pero más allá del repetido intervencionismo estatal, que se justificaría al margen de las regulaciones territoriales y con sometimiento al criterio uniforme de mínimos, tal acción de gobierno no resultaría amparable. Por otro lado, frente a una ley de parejas estables estatal no se suprimiría la competencia legislativa autonómica sobre la materia –aunque bajo diferentes rangos–, lo que no puede evitar la posibilidad de desigualdades, reduciendo el debate, acaso, a la existencia de unos límites infranqueables a conciliar con la naturaleza patrimonial y esencialmente dispositiva de ese tipo de relaciones jurídicas, como ya se ha expuesto. En cierto modo, y dejando a un lado la discusión sobre legitimidades legislativas de las Comunidades autónomas en cuanto relaciones jurídico-civiles de las uniones de hecho, la legislación estatal sólo sería supletoria de la autonómica si ésta lo permitiera; y funcionaría en todo caso como norma de referencia para las uniones de hecho en aquellas autonomías que carecieran de Derecho civil territorial sobre dicha materia, suprimiendo de esa manera el uso jurisprudencial que ha venido activándose ante situaciones convivenciales que deben separarse del matrimonio.

VII.2- LA CUESTIÓN DE LA RESERVA ORDINARIA EN EL DERECHO FORAL

ESPECIAL EXAMEN DE SU CONSTITUCIONALIDAD Y DE SU APLICABILIDAD EN MALLORCA

Lorenzo Crespí Ferrer

La feliz iniciativa que supuso la creación de los premios Luis Pascual González, de cara a la posible incorporación a nuestro acerbo doctrinal de obras de interés sobre nuestro Derecho propio, se ha demostrado no sólo por la calidad de las obras premiadas en los concursos que hasta ahora se han convocado, sino también por la que muestran algunas de las obras finalistas que, si bien no han conseguido el premio, han mostrado méritos e interés más que suficientes para que la Academia haya considerado conveniente su divulgación mediante la publicación en el Boletín. Tal ha sido el caso del apasionante trabajo del que es autor el Letrado D. Lorenzo Crespí Ferrer, a través del cual realiza un ardoroso ataque a la reserva binupcial del art. 968 del Código civil; y ello tanto desde la perspectiva de su posible inconstitucionalidad como de su consideración como contradictoria con los principios generales del Derecho sucesorio mallorquín. Sobre este interesantísimo tema se ha pronunciado la sentencia 3/2010 de 25 de Mayo de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- INAPLICABILIDAD DE LA RESERVA ORDINARIA
EN MALLORCA POR CAUSA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

III.- INAPLICABILIDAD “PER SE” DE LA RESERVA ORDINARIA
EN EL DERECHO FORAL MALLORQUÍN.

I.- INTRODUCCIÓN

Por el Juzgado de 1ª Instancia 17 de los de Palma, en sentencia de 5 de Junio de 2008, confirmada, en trance de apelación, por la Sección Quinta de nuestra Audiencia mediante sentencia de 15 de Junio de 2009 –hoy en casación ante nuestro T.S.J.–, se aplica, en una sucesión regida por el Derecho de Mallorca, la figura de la reserva vidual.

De ambas resoluciones resultaría su constitucionalidad y su aplicabilidad en el Derecho civil propio de esta Isla. Incluso el Prof. Pedro Munar Bernat ha publicado recientemente una breve obra sobre “La reserva vidual” (Cuadernos de Derecho Registral, 2009), en la misma línea.

Frente a tales pronunciamientos judiciales y doctrinales, la consideración de dicha figura (arts. 968 y ss. del C.c.) como institución no ya sólo siempre discutida y hoy palmariamente anacrónica, sino contraria al debido respeto del imperativo principio constitucional de igualdad, e igualmente, abstracción hecha de su inconstitucionalidad o no, de la que creemos su improcedente aplicación en el Derecho civil de Mallorca, habida cuenta, en especial, de los avatares de esta figura tanto en los trabajos compilatorios como en la realidad de los textos vigentes (caracterizados por el absoluto silencio sobre la misma tanto en unos como en otros), ha movido especialmente a quien suscribe a escribir estas páginas sobre la citada reserva, que, como se deduce de lo dicho, aborda el tema de la vigencia en Mallorca de dicha institución jurídica un el doble aspecto: el general de su inconstitucionalidad (obviamente, de ser inconstitucional, no sería aplicable en ninguna parte del territorio español, y por tanto, tampoco podría formar parte de las instituciones civiles del Derecho balear) y, abstracción hecha de su inconstitucionalidad, la cuestión específicamente balear, de su subsistencia, en concreto, en el Derecho civil de Mallorca.

II.- INAPLICABILIDAD DE LA RESERVA ORDINARIA EN MALLORCA POR CAUSA DE INCONSTITUCIONALIDAD

I.- En orden a la llamada reserva ordinaria, vidual o binupcial, deviene necesario punto de partida la constatación de que, en otras etapas históricas, hubo repugnancia hacia las segundas o ulteriores nupcias. Ello necesariamente nos remite al origen histórico de dos instituciones conexas.

Suele ser lugar común de la doctrina advertir que tanto la reserva vidual como la Lex hac edictali aparecen históricamente en el Derecho Romano, en tanto respuesta jurídica a la citada aversión al ulterior matrimonio, especialmente proclamada por la Iglesia Católica, en prevención de que, en definitiva, el nuevo cónyuge manipulara de una u otra forma la voluntad del bínubo, en perjuicio de la descendencia de las anteriores nupcias. En evitación de ello, por una parte, se dispuso que el cónyuge heredero o donatario del consorte premuerto, perdía la propiedad de lo así adquirido, quedando sólo como usufructuario —este es el origen de reserva binupcial, vidual u ordinaria— y, por otra, que lo ese mismo cónyuge bínubo dejare a título gratuito inter vivos o mortis causa, al nuevo cónyuge, no podía exceder de lo que a su vez dejare al hijo menos favorecido —lex hac edictali—. En definitiva, la repugnancia a las segundas nupcias provoca, a estos efectos, la división de la herencia del cónyuge bínubo en dos partes: la heredada del cónyuge premuerto, que en ningún caso podrá dejar la nuevo cónyuge, al resultar mero usufructuario (hoy, en el C.c., propietario, pero gravado de restitución, según la opinión más generalizada) ni a terceros; y la restante, de la que no podía disponer gratuitamente a favor del cónyuge supérstite por importe superior a lo que se dejare al hijo menos favorecido. El Código civil, por otra parte, extiende la reserva a los supuestos de tener el viudo, durante el matrimonio o en la viudez, un hijo extramatrimonial, o adoptar a persona que no sea uno de los descendientes reservatarios (art. 980 C.c.).

II.- Como bien resume la S.T.S. de 6 de Abril de 1992 la doctrina del T.C. sobre el art. 14 de la Constitución:

“La vulneración del principio de igualdad en la Ley requiere, pues: la existencia de unos supuestos idénticos o equiparables sobre los que pueda predicarse la exigencia de un tratamiento igual; la incidencia de un tratamiento legal diferenciado para los mismos supuestos; y finalmente, la falta de una motivación que justifique objetiva y razonablemente la diferencia de trato, en razón a la finalidad perseguida por la norma.”

III.- Pues bien, como se deduce de lo transcrito, se requiere un término de comparación, el tratamiento legal diferenciado, y una justificación suficiente. En cuanto a lo primero, la comparación de la reserva ordinaria, regulada en los arts. 968 C.c. y ss., ha de hacerse con el supuesto contemplado en la extinta y declarada inconstitucional Lex Hac Editali por la Sentencia citada, en relación al distinto tratamiento legal que tendría un segundo matrimonio respecto de una mera unión de hecho, que es a lo que atiende fundamentalmente tal sentencia en los términos siguientes:

“Tanto el artículo 24, como el 253 (dice el T.S. refiriéndose a

la redacción originaria de la Compilación Catalana) establecían un sistema de limitaciones sucesorias respecto a los cónyuges de segundas o ulteriores nupcias, declarando que “cuando estos cónyuges del causante bínubo concurrieran con los hijos u otros descendientes legítimos habidos en anteriores matrimonios, sólo podrán adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su causante, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido. Lo que exceda de tal valor, quedará atribuido por partes iguales al cónyuge sobreviviente y a todos los hijos”.

Para determinar si realmente existe un trato legal desigual o diferenciado, para unos supuestos idénticos o equivalentes, debemos de partir de las distintas situaciones en que, con la aplicación de los discutidos preceptos legales, se encontrarían las diversas personas que han convivido con el causante, ligadas, bien por un primer vínculo matrimonial, o simplemente en virtud de una unión de hecho. En ambos casos la Compilación no limita ni sus derechos sucesorios, ni las adquisiciones a título gratuito, aunque concurren con hijos o descendientes legítimos, más que hasta el tope de las tres cuartas partes de la herencia, y esto aún entendiendo, como aclara respecto a las uniones de hecho la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, “que el vínculo matrimonial genera “ope legis” en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario, entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio”. Así pues, resulta evidente la existencia de un trato legal diferenciado, para el padrastro o la madrastra en relación con otros supuestos claramente equiparables; faltando ahora por analizar si concurre una motivación que justifique razonablemente la diferencia de tratamiento.”

Y al respecto, añade el T.S. a renglón seguido:

La razón histórica que venía defendiendo la diferenciación, estaba basada en una presunción de desconfianza respecto al segundo o posterior cónyuge, que, “a priori” y con carácter general, no es sostenible, pues supone la atribución genérica e indeterminada de una imputación de confabulación o fraude, realizado por el cónyuge en connivencia con su consorte y padre o madre de los hijos del anterior matrimonio, que no reúne los elementos éticos para servir como justificación del trato desigual.”

IV.- Pues bien, dado que el art. 14 C.E. prohíbe toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, y que la inquina a las ulteriores nupcias que fundamenta tanto la lex Hac Editali como la reserva ordinaria carece de justificación constitucional suficiente, si la Lex Hac

Editali es por ello inconstitucional, del propio modo debe serlo la reserva ordinaria, que tiene, hay que reiterarlo, el mismo origen y fundamento. Por ello, consideramos que si la presunción de confabulación o fraude que se imputa al nuevo cónyuge no reúne los elementos éticos necesarios para impedir que el cónyuge bínubo pueda dejar de sus bienes los que quiera a su segundo o ulterior cónyuge, o a quien quiera, ¿por qué razón, sí, en cambio, los reúne para limitar las facultades dispositivas de ese mismo cónyuge bínubo respecto de los bienes que le donó o dejó mortis causa, libremente, por cierto, el cónyuge premuerto? Si a los “elementos éticos” se remite en definitiva el T.S. para rechazar la Lex hac editali, no comprendemos en modo alguno que se considere correcta jurídicamente la admisión de una doble moral, consistente en que lo que no sirve de fundamento ético de una limitación, en cambio sí sea válido para otra, cuando una y otra tienen, además, el mismo origen histórico, el mismo fundamento ideológico y, por ende, la misma supuesta finalidad.

En tal sentido, no compartimos, por mucho que así lo haya declarado abundante doctrina y jurisprudencia, que el fundamento jurídico real de la reserva no se halle en la idea de sancionar, sino en el principio de reversibilidad de los bienes a la familia de que proceden, centrado en la protección de los hijos del anterior matrimonio, así como en el aseguramiento del orden regular de las transmisiones y en la presunción de voluntad del cónyuge del que proceden los bienes sujetos a reserva (así lo mantienen las sentencias del Juzgado nº 17 y la de la Audiencia, con cita de resoluciones del T.S., como las de 22-VI-1995 y 5-VI-2008).

Creemos que tales aseveraciones doctrinales y jurisprudenciales parten, sencillamente, de una base falsa, por incompleta: la de olvidar cuál es el hecho originador de la reserva en toda su extensión. El supuesto de hecho típico a que la norma liga el nacimiento de la reserva, no es la mera circunstancia de que, vbi. gr., el cónyuge supérstite herede al otro, y ello en sí se considere por sí solo “peligroso”, lo que ya es por sí, al menos moralmente (los “elementos éticos” a que se refería el T.S. en 1992), discutible; el supuesto de hecho legalmente típico que hace nacer la reserva no viene determinado por sólo ello, sino por la circunstancia añadida de que ese cónyuge heredero, en el supuesto típico de la reserva, vuelva a casarse: es el nuevo matrimonio el hecho y momento originador en sí de la reserva del art. 968, de modo que, por mucho que el viudo sea heredero, si no pasa a segundas nupcias –se mantenga fiel al recuerdo de su difunto consorte, o rehaga de una u otra forma su vida sentimental, con convivencia estable o sin ella– no nace en modo alguno la reserva, y ello, evidentemente, por mucho que acaso, en esos otros supuestos, puedan existir intentos tanto o más intensos de captación de su voluntad, “peligro” supuestamente a evitar.

V.- Por ello, mantenemos que no puede decirse ahora que no se trata de castigar al que contrae nuevas nupcias sino sólo de proteger a los hijos del anterior matrimonio, pues, al nacer la reserva esencialmente en caso de posteriores nupcias, no estamos más que ante un juego de palabras, con el que se pretende, mediante una operación meramente cosmética, enmascarar el fundamento tradicional consistente en esa mala consideración de las segundas nupcias con la apariencia de un argumento supuestamente “modernizado”, aconfesional, objetivo e imparcial. La pregunta es: ¿Por qué habría que proteger a los hijos ante las nuevas nupcias? Si lo que se quiere es proteger a los hijos del anterior matrimonio, asegurando que los bienes de su progenitor premuerto a ellos reviertan, ¿por qué tal protección sólo se dispensa en caso de nuevo matrimonio (o, por extensión, en los casos del art. 980 C.c.), y no por el hecho genérico, puro y simple, de que el progenitor superviviente sea heredero, con independencia de lo que haga con su vida sentimental y tenga o no más hijos?

En efecto: Sólo se protege a “alguien” frente a “algo” si a este “algo” se le considera peligroso, y el reputar peligroso algo supone considerarlo, de una u otra manera, ANTIJURÍDICO, lo que no cuadra, con el proclamado derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32 Const.), SIN LIMITACIÓN, POR CIERTO, AL NÚMERO DE VECES, por lo que el mero libre ejercicio de un derecho constitucional, manifestación, por cierto del “libre ejercicio de la personalidad” (art. 10.1 Const.) no puede constituir base alguna de una presunción de confabulación o fraude, con lo que no es de extrañar que el T.S. en 1992 considere que tales prevenciones no constituyen base moral suficiente para establecer discriminaciones de trato, al estar, por otro lado, como viene a reconocer de todos modos nuestra Audiencia (S. 9-XII-97, Secc. 3ª), ante limitaciones anacrónicas.

VI.- Siendo, por tanto, a nuestro humilde entender, que el manido argumento de protección de los hijos del primer matrimonio no esconde sino el tradicional argumento de rechazo a las segundas nupcias por el supuesto peligro que estas entrañan, y que ese tradicional argumento del “peligro” (presunciones de confabulación o fraude, ... y aún, en el fondo, de pusilanimidad del cónyuge bínubo, como persona manejable en sus afectos) ha sido rechazado por el T.S. como legitimador de diferenciaciones de trato constitucionalmente protegibles, consideramos, que la aseveración de que esa repugnancia a las nuevas nupcias es un sentimiento que no tiene actualmente relevancia alguna –así, en la sentencia de primera instancia–, no se mantiene en modo alguno: La tuvo para el T.S. a los efectos de declarar la inconstitucionalidad de la Lex hac edictali en la reiterada sentencia de 1992, la cual, no puede olvidarse que fue objeto de recurso de amparo, el cual, a su vez, mediante Auto del T.C. del 9 de Abril de 1993, fue

rechazado de plano, con ocasión de su admisión a trámite.

Por todo ello consideramos que la reserva, se la quiera vestir como se quiera, no constituye sino una sanción por las nuevas nupcias, pues sanción es la privación de un bien o derecho a raíz de una conducta, y en ello consiste el hecho de perder por imperativo legal los plenos poderes dispositivos plenos inter vivos y mortis causa sobre unos bienes por el mero hecho de ejercer su derecho constitucional de casarse de nuevo, cuando el cónyuge premuerto bien pudo prever, con ocasión de testar, la posible nueva boda de su consorte y dejarle sólo su legítima estricta, o sólo el usufructo universal, o establecer una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos comunes, u otra limitación semejante acaso legalmente pensable y atinente al caso, y, simplemente, no lo hizo, instituyéndole heredero. Con esto último queremos significar, frente al argumento de que la reserva se basa en una presunción de voluntad del cónyuge premuerto de ver sus bienes en poder de sus hijos antes que de terceros, salvando así un supuesto y preconcebido “orden regular de las transmisiones”, que la voluntad del cónyuge supérstite no tiene porqué ser suplida por ninguna imposición legal cuando está clara y expresamente manifestada, salvo que se quiera en el fondo negar absolutamente la libertad de testar: Cuando el premuerto nombra a su consorte heredero, y más cuando ambos cónyuges han testado recíprocamente, en sus respectivos testamentos, uno a favor del otro, lo que suele ser común en estas Islas, la voluntad manifiesta es que, el que quede, pueda disponer a su libre arbitrio, en la mayoría de los casos para reforzar, precisamente, su autoridad, la que le da la titularidad de los bienes familiares, frente a hijos acaso díscolos e ingratos. Esto es en el fondo lo que dice el T.S. al declarar la inconstitucionalidad de la Lex Hac Edictali (en adelante, L.H.E.): hay que estar a la voluntad del causante, que no era otra que la de instituir al cónyuge.

El carácter de sanción por las nuevas nupcias no sólo se refleja en lo que es el efecto propio de la reserva (tener que guardar los bienes para los hijos del anterior matrimonio, sin poder disponer con absoluta libertad de ellos), sino que cobra especial virulencia en las garantías que el C.c. y la L.H. establecen para la misma, cuáles son, en esencia, las menciones registrales sobre los bienes heredados y las hipotecas sobre los bienes propios distintos de los heredados del consorte premuerto (arts. 977 y ss. C.c.), las cuales suponen “de facto” y “de iure”, una privación de derechos, al sustraer los bienes al libre tráfico económico, e incluso, en especial, una grave limitación a la capacidad de obtener crédito. ¿Si necesito crédito, me lo concederá fácilmente un Banco, por ej., si su hipoteca tiene que ir siempre detrás, en la prioridad registral, de la hipoteca por bienes reservables, o detrás de la mención del carácter reservable? Tal posible asfixia económica del progenitor bínubo, para más agravante, se deja al arbitrio de los hijos del anterior

matrimonio, que pueden exigir tales garantías ante un nuevo matrimonio, por el mero hecho de no tolerarlo. En tal sentido, estimamos que repele a la realidad social del presente tiempo (art. 3 C.c.) la opinión de, por ej., Hernández Gil (“Obras Completas, pág. 581) de “ser preferible producir algún recelo en la solicitud de quien está dispuesto a obrar voluntariamente como la ley le exige, antes de permitir que otros actúen en perjuicio de unos intereses que ellos serían los más llamados a atender”, por parecer totalmente contraria al debido respeto a la dignidad y a la libertad del bínubo. Opinión por otra parte, manifestada en el lejano año 1971, en un contexto constitucional y legal absolutamente diferente al vigente, basado en la familia tradicional, la fundada única y exclusivamente en el matrimonio.

Creemos que el carácter de sanción es evidente, y lo demás es mero nominalismo, no debiendo con subterfugios interpretativos o construcciones doctrinales perder la realidad de los hechos, esto es, los efectos reales de la reserva. Aunque se diga que, formalmente, no obstante la reserva, el reservista sigue siendo dueño de los bienes reservables, “de facto”, en sentido económico, se le convierte en un usufructuario, como lo era en el Derecho romano, de peor condición que el usufructuario ordinario, al que, por ej., el C.c. permite que se le dispense de inventario y de fianza (art. 493 C.c.), mientras que aquí el inventario y la garantía se le imponen.

Aun admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que quienes defienden actualmente la reserva no tienen “in mente” real intención de castigar con ella al bínubo, ni tampoco (habida cuenta lo dispuesto en el art. 980 del C.c.) al viudo que durante el matrimonio o durante la propia viudez, tenga un hijo no matrimonial, o adopte a una persona que no sea uno de los eventuales reservatarios, lo cierto es que la sanción se produce, porque una cosa es la finalidad supuestamente pretendida, y otro el efecto práctico obtenido, y lo que se logra, en definitiva, es castigar a alguien por ejercer su derecho constitucional a casarse de nuevo (art. 32 Const.). Seguramente, las generaciones que nos precedieron creían de buena fe, conforme a la mentalidad de su época, que las restricciones de derechos a las mujeres casadas, sometiénolas a la autoridad marital, por citar un ej., eran normas requeridas para la adecuada protección de la familia, y no limitaciones a su capacidad y a su igualdad. Creemos que el efecto restrictivo de derechos que, por el mero hecho de contraer nuevo matrimonio produce la reserva, es evidente y palmario con la mera lectura de los preceptos del C.c. No se nos dirá que la reserva es un premio para el bínubo, ni que le es indiferente o inocua. Ante una conducta, el Ordenamiento puede actuar otorgando derechos, privando de ellos o siendo indiferente. Aquí se privan de derechos por el mero hecho de contraer nuevo matrimonio, o, en su caso, tener un hijo extramatrimonial o adoptar a un no-reservatario.

VII.- En definitiva, con la reserva viudal, al igual que con la extinta L.H.E., queda conculcado el principio de igualdad.

Y ello se mire éste: a) en relación a las uniones de hecho, y aun en los supuestos en que el cónyuge superviviente ni se case de nuevo ni se una de hecho, b) como incluso entre los hijos, y c) como, en fin, en relación a los miembros de la nueva pareja.

VIII.- En efecto, mientras el que se casa de nuevo sufriría, por mor de la reserva, la pérdida de las plenas facultades dispositivas, el que simplemente se une de hecho –o el que no rehace su vida sentimental de ninguna manera, o lo hace con relaciones no permanentes– las conserva, lo que carece de fundamento constitucional. No volveremos a insistir en lo dicho, que damos aquí por íntegramente reproducido.

Debemos añadir, no obstante, que no puede decirse al respecto que la solución estaría en que la reserva tendría que aplicarse a los supuestos de unión de hecho. El art. 13 de la Ley Balear 18/2001, de 19 de Diciembre, de parejas estables, tanto en los supuestos de sucesión intestada como intestada –con expreso olvido, por cierto, de la sucesión contractual–, otorga al sobreviviente en la herencia del miembro de la pareja premuerto, los mismos derechos que la Compilación prevé para el cónyuge viudo. O sea, en su literalidad, hace extensivos los derechos, pero no las limitaciones que al cónyuge viudo la Compilación establece. Por ello, además, si las limitaciones han de interpretarse restrictivamente, sin incurrir en interpretaciones extensivas ni analógicas (“odiosa sunt restringenda, ...”), resultaría una evidente discriminación o diferente trato entre matrimonio y “pareja estable”, o sea, entre quien decide casarse y quien decide simplemente, permítasenos la expresión, “juntarse”.

Cierto que la Disposición Adicional Segunda de la citada Ley 18/2001, dispone que “los derechos y obligaciones establecidos en el marco normativo de competencias de las Islas Baleares han de entenderse de igual aplicación para los miembros de una pareja estable. No obstante, esta ley no asimila “pareja estable” a “unión de hecho”: no se aplica a las meras parejas estables por el mero hecho de ser tales (“uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal”, ex. Art. 1.1.), sino que impone una serie de requisitos materiales y formales, consistentes, fundamental y cumulativamente, en la ausencia de impedimentos (que desarrolla el art. 2), en la inscripción voluntaria y constitutiva de la pareja en un Registro “ad hoc” (art. 1.2, y Decreto 140/2002, de 13 - Diciembre), y en una declaración de sometimiento expreso de ambos miembros de la pareja al régimen establecido por aquella Ley (art. 2.2).

En su consecuencia, si se mantiene que las uniones de hecho y el

matrimonio están plenamente equiparados en sus efectos, y, por tanto no hay conculcación posible de la igualdad, ello dista mucho de la realidad: de admitir esa supuesta y aparente total equiparación entre cónyuges y miembros de una pareja estable —que por cierto, el concreto articulado desmiente en aspectos puntuales: así, por ej., la pareja estable no crea vínculos de parentesco (art. 3), y la equiparación fiscal sólo procederá “en la medida de lo posible” (D.F. 2ª), ...—, sólo sería aplicable respecto de las parejas estables inscritas, con todos los requisitos legales, en el Registro correspondiente, no a todas las uniones de hecho, quedando fuera de ese marco normativo las uniones de simple y puro hecho en tanto formadas sin los requisitos constitutivos de la Ley 18/2001. Respecto de éstas últimas, que siguen siendo una opción personal legítima, y la inmensa mayoría, dado el escaso éxito práctico de la Ley 18/2001, subsiste desde luego íntegra la doctrina de la Sentencia de 6 de Abril de 1992, de modo que el que se casara con arreglo al C.c. o constituyera en pareja estable “strictu sensu” de la Ley 18/2001 sufriría, por mor de la reserva, la pérdida de facultades dispositivas, mientras que el que simplemente se uniera de hecho —y aun el que no rehiciere su vida sentimental de ninguna manera, o lo hiciera con relaciones no permanentes— las conservaría, lo que carece de fundamento constitucional.

IX.- Pero es que también supone desigualdad entre los hijos: El art. 14 Constitución tiene también su especial aplicación a la filiación (art. 39.-2 de la misma), pues no puede haber ninguna discriminación por razón de nacimiento, y, por tanto de filiación, y aquí, a nuestro entender, la hay.

Como dice la S.T.C. de 22 de Mayo de 2006:

“Más concretamente, como destaca la STC 200/2001, de 4 de octubre, F.J. 4, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5), de modo que éstas deben entenderse absolutamente equiparadas. Y recordando ahora “la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del “principio de unidad de la Constitución” —STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5—, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3)” (SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 5, y 16/2003, de 30 de enero, FJ 5), hemos de subrayar que el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección

integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), y a los padres a “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de manera que TODA OPCIÓN LEGISLATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS HIJOS QUE QUEBRANTE POR SUS CONTENIDOS ESA UNIDAD INCURRE EN UNA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIMIENTO EXPRESAMENTE PROHIBIDA POR EL ART. 14 CE, YA QUE LA FILIACIÓN NO ADMITE CATEGORÍAS JURÍDICAS INTERMEDIAS (SSTC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5, y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).”

Pues bien: Tal como se halla regulada hoy la reserva ordinaria en el C.c., si una persona se casa, tiene hijos, enviuda y hereda a su anterior cónyuge y luego vuelve a casarse, nace dicha reserva a favor de esos hijos de las primeras nupcias; en cambio, si una persona mantiene una simple relación de hecho, y tiene hijos de ella, hereda a la que fue su pareja de hecho, y después se casa, no nace la reserva a favor de los hijos de aquella previa relación.

En definitiva, se produce una discriminación privilegiando dos circunstancias: la prioridad de nacimiento y, sobre todo, el carácter matrimonial de la filiación. No se diga, para salvar este escollo, que la finalidad de la reserva es que los bienes no salgan de la familia de origen; con esta argumentación se reincide de nuevo en la contravención del principio de igualdad: ¿Por qué ha de protegerse a la familia de origen de los bienes si ésta es matrimonial, y no si es extramatrimonial? ¿Cuál es el fundamento constitucional de ese privilegio para la familia matrimonial frente a la no matrimonial? Dicho de otra manera: Al hacer nacer la legislación la reserva en el supuesto de que los primeros hijos sean matrimoniales, y no en otro caso, se está privilegiando la filiación matrimonial sobre la no matrimonial, frente a la concepción que de la familia se deduce de la Constitución, al ordenar el art. 39 en su párrafo 1, “la protección social, económica y jurídica de la familia”, sin calificarla de matrimonial o no (“ubi lex non distinguit ...”), y prescribir en el segundo la protección integral de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” y de las madres, “cualquiera que sea su estado civil”.

En efecto, como dice el T.C. en relación al concepto de familia en su S. de 17 de Junio de 1999:

“..., no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los Diputados recurrentes. Así,

siendo evidente que, en dicho precepto (art. 39.1 C.E.) se incluye la familia matrimonial (STC 45/1989, fundamento jurídico 4º), también lo es que nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural (...)” (STC 222/1992, fundamento jurídico 5º, reiterada en la STC 47/1993, fundamento jurídico 2º).“

En suma, del mismo art. 39 Const. resulta que si se quiere proteger a la familia en cualquier ámbito, y por tanto, también en el sucesorio, esa protección tiene que ser la misma tanto si la familia es matrimonial como no matrimonial, porque si sólo se dispensa a uno de los tipos familiares, realmente se está privilegiando a ese modelo familiar frente a los restantes. En tal sentido, ya decíamos que mantener que el fundamento de la reserva se encuentra “en su consideración como instrumento para el mantenimiento de una buena constitución familiar y para la construcción del Derecho sucesorio sobre una base familiar”, supone prescindir del concepto constitucional de familia, que engloba tanto la matrimonial como la extra-matrimonial, y, por ello recuerda, sencillamente, los fundamentos del Ordenamiento preconstitucional, basado, pura y simplemente, en la protección de la familia entendemos mal llamada legítima. Tales asertos suponen no ya sólo desconocimiento de la realidad constitucional actual, sino del deber de interpretar las normas según la realidad social a que han de ser aplicadas (art. 3 C.c.), muy distinta, desde luego, al entorno sociológico en que nació y se desarrolló históricamente la reserva ordinaria.

X.- Cabría incluso pensar que, como matrimonio y unión no matrimonial, no son jurídicamente lo mismo, no supone desigualdad su distinto trato, y alegar, en tal sentido que, como proyección de ello, no hay diferencia de trato constitucionalmente reprochable respecto de los hijos. Esta parece ser la posición adoptada por la Audiencia en su reciente sentencia de 15-VI-2009.

Conviene al efecto estar a la doctrina del T.C.

En efecto, éste ha dicho, por ej., en la S.T.C. de 13 de Julio de 1998:

“No es ésta la primera vez que este Tribunal tiene que resolver controversias jurídicas derivadas de supuestos en los que siendo la convivencia marital el elemento determinante para el reconocimiento de ciertos derechos, se constata una diferencia de trato exclusivamente fundada en el carácter no matrimonial de la

misma. El examen de esos precedentes jurisprudenciales pone de manifiesto la existencia de una doctrina constitucional consolidada, cuyo punto de partida lo constituye la afirmación de que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones. equivalentes” (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 C.E.”

No obstante, a continuación decía la misma sentencia que:

“Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la STC 222/1992, “las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y, deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, jurídicas obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (fundamento jurídico 6°).”

Estas afirmaciones no se limitan a la citada sentencia de 1998. Cabe mencionar, por ej., la más reciente sentencia de 17 de Septiembre de 2001.

En este punto, en la que consideramos recta inteligencia de la doctrina del T.C. conviene tener presente:

1°.- La especial circunstancia de que, en la generalidad de los casos contemplados por el T.C. sobre posible equiparación de la unión de hecho al matrimonio propiamente dicho, se trata de supuestos en que uno de los “pseudoconsortes” solicita PARA SÍ que se le aplique un concreto derecho o un determinado régimen jurídico sólo legalmente previsto para cónyuges “strictu sensu”: así, un fuerte grupo de tales pronunciamientos se refieren a la solicitud por la pareja de hecho de la pensión de viudedad.

Concretamente, el Auto del T.C. de 10 de Mayo de 2005 nos dice que:

“De este modo, frente a lo que opina el órgano judicial, importa recordar nuevamente que, según es consolidada doctrina constitucional, que arranca al menos de la citada STC 184/1990,

de 15 de noviembre, este Tribunal ha declarado que la regulación actual de las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social no pugna con lo dispuesto en el art. 14 CE, toda vez que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes”. El primero es “una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1). Por el contrario, la unión de hecho more uxorio, “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.”

En la misma línea, el T.S., atendiendo a la doctrina constitucional, ha venido entendiendo, por ej., que no se aplica a la unión extramatrimonial, en el Derecho común, la sociedad de gananciales. Ya decía la STS. 18 de Febrero de 1993 que:

“Conocida es la doctrina de esta Sala (Sentencias entre las más recientes de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando, la imposible aplicación a estas uniones more uxorio de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (Sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 1990).”

2º.- No obstante: Una cosa es que los propios, uno o ambos, “pseudocónyuges”, pretendan que a ELLOS MISMOS se les aplique la normativa matrimonial, y otra muy distinta es que, dependiendo de que dos personas estén o no unidas en matrimonio, de ello se haga depender los derechos de TERCEROS, más concretamente, de los HIJOS.

En efecto, la reserva ordinaria no sólo supone una mera y simple serie de limitaciones legales impuestas al cónyuge bínubo, sin existencia de quien pueda reclamar su eficacia: las limitaciones que nacen de la reserva –aspecto pasivo de la relación jurídica o de sujeción que la misma comporta–, se corresponden, en su lado activo, con unas facultades o derechos –en esencia, pedir las garantías, “reserva pendiente”; pedir los bienes reservables y ejecutar las garantías, “reserva consumada”– atribuidas a los hijos; Y NO A CUALQUIER CLASE DE HIJOS, SINO, con arreglo a la actual letra de la ley, SÓLO A LOS MATRIMONIALES. El problema es pues: ¿Puede la

diversa naturaleza jurídica de la unión de hecho frente a la matrimonial tenerse en cuenta para atribuir expectativas y derechos distintos a los hijos dependiendo de la clase de filiación?

En nuestra humilde opinión, lo impide el art. 14, en relación al 39 de la Constitución: como se verá, se ha afirmado que una cosa es que se entienda, por regla general, que el legislador pueda establecer efectos jurídicos distintos para las personas en función de que ellas mismas estén casadas o no entre sí, ya que el hecho de contraer o no matrimonio depende, en principio, de su sola voluntad, y otra muy diferente es que esa distinción de regulación pueda implicar una diferencia de trato respecto de los hijos, dado el principio de igualdad por razón de filiación que forma parte del orden público y de los principios fundamentales del orden constitucional.

Se confirma ello con la doctrina que emana de la antes citada S.T.C. de 22 de Mayo de 2006, en especial, cuando trata de la prohibición de la llamada “discriminación indirecta”.

En efecto, el T.C. considera en tal Sentencia que denegar a los hijos extramatrimoniales la percepción de la indemnización por muerte de uno de los padres por el mero hecho de que éstos no contrajeran matrimonio, sino unión de hecho, es discriminatorio. Y al respecto dice que:

“Como se sabe, la prohibición consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el trato jurídico diferenciado y desfavorable de una persona basado en un factor discriminatorio prohibido, sino también la indirecta, esto es, aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, esto es, los casos en los que dicho grupo (aquí, los hijos extramatrimoniales) sufre consecuencias desiguales perjudiciales, motivadas por el impacto diferenciado y desfavorable de tratamientos formalmente iguales o incluso de tratamientos que –descontextualizados del impacto adverso que ocasionan– podrían considerarse razonablemente desiguales. Esta vertiente indirecta de la discriminación ha sido definida, en esencia, con ocasión de discriminaciones por razón de sexo, aunque ya en nuestra STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, la extendíamos a otras discriminaciones “por características personales”, resultando entonces posible apreciar su concurrencia en relación con otros factores de discriminación constitucionalmente prohibidos, como el de la filiación que nos ocupa.

Por su importancia en la solución del caso, es también relevante resaltar

que la discriminación indirecta puede darse no sólo cuando exista “una norma” formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado “una interpretación o aplicación de la misma” que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre,...”

Recuerda asimismo el Tribunal:

“que (STC 203/2000, de 24 de julio, FJ 4) “los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho [...] tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”.

Consideramos aquí perfectamente aplicable toda la doctrina constitucional transcrita:

1º.- La regulación actual de la reserva sólo está pensada, conforme a los antecedentes históricos, para la familia tradicional, basada en el matrimonio, y ante la eventualidad de matrimonios sucesivos de uno de los cónyuges habiendo prole de los enlaces anteriores; por tanto, sólo establece dicha figura para los hijos matrimoniales, por lo que supone, por la propia dicción legal, trato desigual para los hijos no matrimoniales, en clara contravención de los arts. 14 y 39 de la Constitución.

2º.- Tal discriminación se hace patente en la fundamentación de la reserva tal como la mantiene doctrina y jurisprudencia: se niega que la reserva constituya una sanción, afirmando que con tal institución jurídica trata de proteger a los hijos del matrimonio anterior, atendida la presunta voluntad del consorte premuerto de querer que sus bienes acaben en estos, y no en otras personas, sobre todo los hijos de una eventual nuevo matrimonio del viudo. La fundamentación de la institución, y por mucho que puedan citarse pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales en la misma línea, deviene por sí misma discriminatoria: ¿Por qué sólo respecto de los testadores casados, que instituyen herederos a sus consortes, hay que presumir que necesariamente quieren que sus bienes vayan a parar a su propia sangre, y, no en cambio, cuando el testador no casado y con hijos instituye a su pareja de hecho? ¿Cuál es la razón última justificativa de esta distinción? Si estamos ante una presunción: ¿cuál es “el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (art. 386 L.E.C.) entre el

hecho consistente en estar o no casado, y el de querer o no querer que los bienes propios vayan o no a parar a los propios hijos? ¿Por qué, en definitiva, hay que presumir que los casados quieren más a sus hijos que los no casados?

Si las normas sobre la reserva son “leges sub presumptione fundatas”, la misma presunción sobre la que descansan ha de respetar asimismo el principio de igualdad, pues de lo contrario quiebra la constitucionalidad de tales normas. Y el hacer elucubraciones sobre que la voluntad de los padres respecto de los hijos es distinta según estén o no casados, y, por tanto según que los hijos sean o no matrimoniales, repugna no sólo el principio de igualdad, sino incluso el de justicia, ambos valores superiores del Ordenamiento jurídico con arreglo ya al mismo art. 1º de la Constitución. No existe aquí, por tanto, “un fin discernible y legítimo” en la medida en que la continuidad patrimonial familiar se predica sólo de la familia matrimonial y no de otras formas de familia, igualmente legítimas y protegidas constitucionalmente, en la medida de que en nuestra Constitución, en su art. 39, “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, ni existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar”. Además, con la reserva ordinaria, “se incurre en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”, pues al grupo o categoría de los hijos matrimoniales se les permite garantizar su expectativa (menciones registrales, hipotecas, ...) y hacerla efectiva a la muerte del bñnubo, lo que se niega en redondo para el grupo o categoría de los no matrimoniales, cuando la filiación no admite categorías jurídicas intermedias, como afirma el propio T.C.

Como dice el Auto del T.C. de 26 de Febrero de 2004:

“En definitiva, como ha sintetizado la reciente STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.

3º.- Por ello, aunque se entendiere constitucionalmente plausible la idea

de conservar los bienes en la familia de origen, no obstante, para guardar el principio de igualdad, la ley no tendría que hacer distingos sobre el carácter de la filiación, ni, por tanto sobre la naturaleza de la relación, jurídica o meramente fáctica, que, en orden a la procreación, mantuvieron los progenitores. De ahí que traigamos la colación la doctrina de la interdicción de la discriminación indirecta: Por también muy plausible, constitucionalmente hablando, que se considerare la tesis general consistente en que matrimonio y unión de mero hecho son realidades distintas, acreedoras, por ello, de distinto régimen jurídico, sin que ello en sí sea “per se” discriminatorio, las consecuencias de la distinta regulación que por ello merecen no pueden extrapolarse produciendo el efecto indirecto de determinar los derechos y obligaciones de terceros, y concretamente, los hijos, que por mandato constitucional, son iguales con independencia de su filiación, hecho éste además, el del carácter de su filiación, que es absolutamente independiente de su voluntad.

Así ya lo manifestaba la S.T.C. de 15 de Noviembre de 1990:

“Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir “more uxorio”. Decisión ésta libremente adoptada por los sujetos de la unión de hecho y que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden (art. 39.3 CE), precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos.”

4º.- Consideramos, en fin, que la Constitución coloca el actual Ordenamiento jurídico en las antípodas del Derecho anterior a aquélla. El Ordenamiento preconstitucional se fundaba, como es harto conocido, en la protección a ultranza de la familia basada sólo en el matrimonio, desconociendo, a sabiendas, la igualdad de las filiaciones, de modo que el “status” de los hijos (la misma determinación de su filiación, alimentos, legítimas, derechos de suceder o no abintestato, ...) dependía esencialmente de ser los

hijos legítimos o ilegítimos, de modo que afirmar que la reserva cumple con los requisitos constitucionales de igualdad hoy vigentes es tanto como decir que la reserva ordinaria es un coto cerrado, ajeno a los preceptos y principios constitucionales, lo que parece a quien suscribe del todo inadmisibles.

XI.- Incluso hay desigualdad entre los miembros de la misma nueva pareja. Así, si el nuevo cónyuge no tiene hijos de una anterior relación matrimonial, no tiene limitación alguna al respecto para hacer heredero al reservista de todos sus bienes. En cambio, el reservista, por el hecho de tenerlos y ser tal, no podrá realmente hacer lo propio, con la misma plena eficacia, respecto de su nueva esposa.

Se ha podido decir –y así lo manifiesta la Sentencia del Juzgado nº 17 de Palma– que, a diferencia de la reserva ordinaria, la Lex Hac Editali daba carta de naturaleza a una discriminación del cónyuge de segundas nupcias por razón de estado civil, limitando decididamente sus derechos sucesorios, lo que claramente incide en las proscripciones contenidas en el art. 14 de la Constitución. Negamos tal diferencia, pues no se advierte que todo ello es igualmente predicable de la reserva ordinaria: por un lado, porque el funcionamiento de la Lex hac editali era análogo al de una verdadera reserva: todo lo que excediera de lo dejado al hijo menos favorecido, debía repartirse entre todos los hijos; luego, todo lo que excediera de ello, constituía, igual que los bienes reservables, un conjunto patrimonial con un destino legalmente predeterminado; y por otro lado, porque al impedir que el nuevo consorte herede bienes procedentes de anterior consorte del bínubo, supone igualmente una discriminación por razón de estado civil en relación a su capacidad sucesoria respecto del cónyuge bínubo, porque la reserva no nacería de estar meramente unido de hecho o ser una pareja ocasional, en vez de haber adquirido el estado civil de casado.

En relación a ello, consideramos inadecuada la argumentación que en base a la S.A.P. Baleares de 9 Diciembre 1997 se hace de que la reserva no perjudica el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues olvida que tal sentencia, en cuanto al supuesto de hecho, va referida a la L.H.E., y que, de todos modos, dicha sentencia, al mantener la constitucionalidad de la aquella Lex, contraviene, como ya advertimos en nuestra contestación a la demanda, la doctrina constitucional vertida cinco años antes por el T.S. declarando la inconstitucionalidad de la citada L.H.E., precisamente, por contravención del principio de igualdad del art. 14, siendo que el art. 32 al prescribir el derecho a contraer matrimonio “con plena igualdad jurídica” no viene a ser más que una especificación de dicho art. 14 en relación al matrimonio, el cual constituye, como estado civil que es, una “condición personal”, de modo que no se puede contravenir uno sin contravenir el otro.

Es más, dicha Sentencia de la Sección Tercera, incurre, a nuestro juicio, dicho sea con todos los respetos, en otro posible vicio de inconstitucionalidad y en una contradicción en sus propios términos, en cuanto afirma que el derecho a la propiedad privada y a la herencia son derechos de configuración legal. Ello sólo es verdadero parcialmente, pues lo que dice literalmente el art. 33 de la Constitución no es que las leyes delimitarán el contenido de estos derechos, sino que “la función social de estos derechos delimitará su contenido con arreglo a las leyes”. Si como de todos modos reconoce la misma sentencia, estamos ante “limitaciones anacrónicas a la libertad de testar”, ello es tanto como decir que no cumplen, actualmente, una función social, y si no la cumplen, no pueden ser constitucionalmente ni la una ni la otra, fundamento de una limitación de la propiedad actual ni de la herencia del cónyuge bínubo.

XII.- Conviene tener en fin presente, la comparación con la legislación catalana y la subsistencia de la institución en otros Derechos forales, como País Vasco y Navarra. El examen de tales aspectos evidencia, en el plano legislativo y en el doctrinal, la existencia de una fuerte corriente contraria a la institución de las reservas y a su constitucionalidad.

A.- En Cataluña sí medió polémica sobre la constitucionalidad de la reserva vidual.

Aunque la reforma de la Compilación Catalana por Ley de 20 de Marzo de 1984 tenía por objeto adecuar aquélla a la Constitución, y tal reforma suprimió la L.H.E., y no hizo lo propio con la reserva, cierto es también que ésta no quedó inmune al legislador, sino que fue modificada, tres años después, por la Ley de 25 de Mayo de 1987, cuyo contenido íntegro fue el que pasó al Codi de Successions. En efecto, dicha Ley de 1987 redactó el 269 de la Compilación Catalana, que se corresponde con el art. 387 del posterior Codi de Successions, con la siguiente redacción:

“Salvo en el caso en que el testador, donante o heredante haya dispuesto otra cosa, los bienes que el cónyuge superviviente haya adquirido por cualquiera de esos títulos, directamente de su difunto consorte o por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste, pasarán a tener la cualidad de reservables a favor de los hijos comunes del anterior matrimonio o de los hijos adoptivos en forma plena, también comunes, o de sus descendientes, a partir del momento en que dicho consorte superviviente contraiga nuevas nupcias, tenga un hijo no matrimonial o adopte uno en forma plena.”

En la Exposición de motivos de dicha Ley de 25-V-87 se decía expresamente que:

“La materia de las reservas es una de las que suscita más discusiones entre los juristas. La cuestión se ha centrado de una manera muy especial en la vigencia en Cataluña de los artículos del Código Civil reguladores de tipos de reservas o reversiones no reguladas específicamente por textos de derecho catalán. Y últimamente se ha acentuado la controversia sobre las reservas, especialmente después de que la Ley de 20 de marzo de 1984, suprimiera todas las manifestaciones derivadas de la Ley «hac edictali».

El criterio seguido finalmente ha sido el de mantener en el Derecho Civil catalán únicamente la reserva binupcial y proceder, al mismo tiempo, a reordenarla.

Se posibilita, en primer lugar, la eliminación de la reserva por disposición del cónyuge premuerto en su testamento; ...”

Es decir, el legislador catalán sí fue consciente, por cuanto lo manifiesta expresamente, de la polémica que presentan las reservas. Y que esas “discusiones entre juristas”, de las que se hacen eco los propios tribunales catalanes (así, SS. A.P. Barcelona de 6 Septiembre 2004 y de 14 Diciembre 2007: “La oportunitat de mantenir aquesta figura en el dret civil català ha estat molt qüestionada tant per la doctrina com per la jurisprudència”), incluían la de la constitucionalidad de las reservas, se hace patente en la conferencia pronunciada por el Notario D. Roberto Follia Camps, titulada “Novedades en la Legislación Civil de Cataluña. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de mayo de 1988” (“Anales” de dicha Academia, Tomo XXIX, Enero-1990). Allí puede leerse que la iniciativa legislativa fue precedida de dictámenes de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, y en concreto, que:

“Dicha reforma –la de las reservas– era precisa por razones de coherencia después de la derogación de la Lex hac edictali antes citada.

En las reuniones de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, que, como hemos dicho, preparó la proposición, se manifestó una fuerte corriente partidaria a la supresión total de dichas reservas. Paladín de la misma era Ramón Faus, quien vino a decir que era en cierto modo inconstitucional, contraria a las segundas nupcias a las que mostraba un recelo ya superado, contradictoria por ello con la supresión de la Lex Haec Edictali, contraria también a la tendencia a avanzar el orden de suceder abintestato del cónyuge, y además perturbadora para el tráfico ...”

Es más, el también Notario catalán Luís Roca Sastre-Moncunill, en Mayo de 1996, dice al respecto:

“Por tanto, el recelo o la suspicacia ante unas segundas nupcias, que es lógica, fundamenta, en tal sentido de protección de la descendencia del primer matrimonio, la reserva ordinaria. Pero, en la actualidad es evidente: que este recelo ha disminuido por un cambio de mentalidad en dicho aspecto, y así lo demuestra la supresión en Cataluña y Baleares de la citada limitación de la “Lex hac edictali”; que desde la codificación, grandes sectores de la doctrina entienden que la reserva ordinaria contradice el principio de libertad de testar; que la regulación de tal reserva no prevé el caso del divorcio vincular; y QUE PUEDE PLANTEARSE UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESERVA, BIEN CUANDO EXISTA UNA UNIÓN O CONVIVENCIA ESTABLE CON HIJOS Y ULTERIORMENTE SE DEN ALGUNO DE LOS SUPUESTOS POR LOS QUE NACE LA RESERVA ORDINARIA, BIEN CUANDO EXISTA UN PRIMER MATRIMONIO CON HIJOS Y ULTERIORMENTE SE PRODUZCA UNA CONVIVENCIA ESTABLE DEL VIUDO O VIUDA.

Por estas razones –decía Roca–, es posible concluir que acaso la fórmula legal más fundamentada actualmente es la de la Compilación de Aragón; es decir, mediante ordenar el cónyuge, futuro causante, una reserva sucesoria para el supuesto de nuevas nupcias del otro cónyuge o de tener el mismo un hijo no matrimonial o de adoptar a otra persona, que en definitiva sería el establecimiento de una propia sustitución fideicomisaria. O bien, la fórmula vigente en Cataluña de proceder en principio la reserva ordinaria, salvo en el caso de que el testador o disponente dispusiere otra cosa.”

C.- Aparte, en efecto de la tradicional enemiga aragonesa a las reservas (artículo 149. 3, Ley 1/99, de 24 de Febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte: “La reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública”), consideramos que a la vista de estos antecedentes y citas, resulta evidente, que en el hecho de reconducir, en Cataluña en 1987, la reserva de institución imperativa a potestativa o dispositiva, sujeta a la libertad testamentaria, han estado presentes las dudas sobre su constitucionalidad. Y el hecho de que en el País Vasco y en Navarra también se regulen expresamente tales instituciones, nada dice de su constitucionalidad, que, efectivamente, ha sido puesta en duda por la doctrina. En tal sentido, señala

el Notario Emilio González Bou (“Instituciones de Derecho Privado”, Tomo V, vol. 3º, 2005):

“... nos hemos referido a la tesis que buscaba el fundamento de la reserva ordinaria en la presunta voluntad del causante de proteger a los hijos del primer matrimonio, y exclusivamente a ellos, al ser los únicos reservatarios. Si este fuera el fundamento de la institución, deberíamos tener en cuenta que la discriminación entre la familia matrimonial y la no matrimonial afecta a los hijos ya que los matrimoniales tendrían derecho a la reserva pero no así los nacidos de una pareja de hecho. Es más, con una interpretación literal del Código civil, del Código de Sucesiones de Cataluña, de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco y de la Compilación de Navarra los hijos no matrimoniales nunca pueden llegar a ser reservatarios, los que vulnera el art. 14 de la Constitución al implicar una discriminación por razón de filiación.

En otras palabras, el legislador puede regular una institución estableciendo efectos jurídicos distintos para las personas en función de que estén casadas o no, ya que el hecho de contraer matrimonio depende de su voluntad, pero esa diferencia de regulación no puede implicar una diferencia de trato respecto de los hijos dado el principio de igualdad por razón de filiación que forma parte del orden público y de los principios fundamentales del orden constitucional.”

En tal sentido, se atreve incluso este autor a decir que:

“llegados a este punto, debo reconocer que mi sorpresa va en aumento cada vez que un legislador autonómico reforma el derecho sucesorio y mantiene la institución de las reservas, al igual que lo hizo el C.c. en la reforma de 1981”.

Adviértase que la tendencia hacia la supresión de las reservas es real y efectiva en el plano legislativo interno:

1.- El primer paso lo ha dado la reciente Ley 2/2006, de 14 de Junio, de Derecho civil de Galicia, cuyo artículo 182 reza como sigue:

“En las sucesiones regidas por la presente ley no habrá lugar a reversión legal ni a obligación de reservar.”

2.- Y el segundo lo ha lado el propio legislador catalán, con la reciente aprobación, el 18 de Junio del presente 2008, por el Parlamento, del libro IV del C.c. de Cataluña, relativo a sucesiones, que ha sido publicado en el Diari Oficial de la Generalitat el 17 de Julio de 2008, como Ley 10/2008, de

10 de Julio, en cuya Exposición de motivos puede leerse que:

“El libro cuarto presenta a la vez novedades de naturaleza técnica y otras que reflejan decisiones de POLÍTICA JURÍDICA con una clara repercusión social. Estas últimas se hallan, sobre todo, en la remodelación integral del sistema de pactos sucesorios, la reconsideración de los derechos sucesorios en la sucesión intestada entre cónyuges o convivientes, la modificación de las reglas de cálculo de la legítima, la regulación de nueva planta de la cuarta viudal y la supresión de las reservas.”

Y, efectivamente, el art. 411-8 dice literalmente:

“Inexistencia de reservas y reversiones legales.

Los bienes adquiridos por título sucesorio o por donación de acuerdo con el presente código no están sujetos a ninguna reserva hereditaria ni reversión legal.”

Que en la supresión de la reserva ordinaria de nuevo se ha tenido bien presente la cuestionada constitucionalidad de dicha figura en relación al principio de igualdad, lo manifiesta el Departament de Justícia de la Generalitat en la página web de esta al dar noticia de la citada aprobación por el Parlament el 18 de Junio, exponiendo que:

“Además, el nuevo texto suprime la figura jurídica de la reserva, LO CUAL EVITA LA DISCRIMINACIÓN EN LA SUCESIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE POSTERIORES UNIONES DE PAREJA.”

XIII.- En definitiva, y a nuestro humilde entender, deberían considerarse derogados, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, los arts. 968 y ss. del C.c., derogación que bien pueden apreciar los Tribunales ordinarios, sin necesidad de formular cuestión de inconstitucionalidad, lo que, no obstante, no queda excluido, como ya mantuvo el T.C. en sus primeras sentencias, como es la de 2 de Febrero de 1981.

Ciertamente la vinculación positiva a la Constitución de todos los poderes públicos (art. 9.1 de la misma), y más concretamente a los Jueces y Tribunales (por todos, el art. 5, en especial, aps. 1 y 3, de la L.O.P.J.), impone a los Órganos jurisdiccionales la obligación de interpretar y aplicar las normas jurídicas todas según los preceptos y principios constitucionales con arreglo, a su vez, a la interpretación dada a los mismos por el T.C., de modo que no cabría cuestionar la constitucionalidad de una norma de ser posible la acomodación de la misma, por vía interpretativa, al Ordenamiento constitucional.

Consideramos, no obstante, que lo anterior no empece ni enerva la conclusión de inconstitucionalidad de la reserva ordinaria. Y lo consideramos así, porque la función de los Tribunales es la de juzgar y ejecutar lo juzgado con pleno sometimiento a la Ley (art. 117.1 Constitución), y, por tanto, sin suplantar al legislador.

Y ello lo decimos ante una eventual tentación de intentar establecer, por vía jurisprudencial, frente a la clara dicción de los preceptos legales reguladores de la reserva, que la misma pudiera aplicarse a casos diferentes de los expresamente fijados por el C.c., y, concretamente, a casos distintos de los matrimonios sucesivos y a favor de hijos no matrimoniales.

El dejarse caer en la referida tentación, desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad, no supondría realmente elegir, entre las diversas interpretaciones que permite la norma, cuál de ellas es conforme a la Constitución y, por tanto, cuál es la que debe valer, sino que, al contrario, visto la claridad con que describe el supuesto de hecho de la reserva vidual el art. 968 C.c. con arreglo a su tenor literal, conforme, a su vez, al nítido origen histórico de la figura, sólo referidos al supuesto de sucesivos matrimonios y a los hijos matrimoniales de las previas nupcias como beneficiarios, implicaría realmente prescindir tanto de la letra como del espíritu de dicho Código, creando una nueva norma, esto es, legislando, lo que les está constitucionalmente vedado a los Tribunales de Justicia.

En este sentido, son harto expresivas las SS. del T.C. de 26 de Mayo de 2005 y de 27 de Octubre del mismo 2005. Como dice expresamente esta última, recogiendo y completando las afirmaciones de la anterior:

“Ciertamente, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la validez de la Ley «ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución» (STC 108/1986, de 29 de julio), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, «resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley» (TC SS 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18). Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también sus límites, pues esta técnica no permite a este Tribunal «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (TC SS 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre), ni «reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para

concluir que ésta es la norma constitucional» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). En efecto, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (TC SS 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7).

En el presente caso, a diferencia de los arts. 131 (legitimación para reclamar la filiación manifestada por la constante posesión de estado) y 132 (legitimación para reclamar la filiación matrimonial cuando falte la posesión de estado), el precepto cuestionado, en cuanto sólo reconoce legitimación al hijo para reclamar la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, no permite entender, sin forzar el sentido propio del enunciado, que el progenitor también se encuentra legitimado para reclamar dicha filiación. Así resulta claro que el legislador (como se explicitaba en la Exposición de Motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil, a la que antes se hizo referencia) no ha querido reconocer la legitimación para reclamar la filiación nada más que al hijo y, cuando éste fallezca, durante determinado plazo, a sus herederos, lo que impide una interpretación extensiva de la regla restrictiva del art. 133 CC, por más que resulte plausible el intento jurisprudencial de salvar una evidente transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STS de 19 de mayo de 1998). En consecuencia, no cabe eludir la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por la vía de la interpretación secundum constitutionem.”

III.- INAPLICABILIDAD “PER SE” DE LA RESERVA ORDINARIA EN EL DERECHO FORAL MALLORQUÍN

I.- La inconstitucionalidad de la reserva ordinaria por las razones expresadas excluiría, obviamente, su aplicación en todo el territorio nacional.

Mas, aun partiendo a los efectos dialécticos de la constitucionalidad de dicha figura, estimamos que no por ello sería aplicable en el Derecho foral

mallorquín. Consideramos que la adecuada inteligencia de la Compilación, junto a su proceso formativo, ha de conducir a la conclusión de la citada inaplicabilidad.

II.- En primer lugar, no se contiene en la Compilación norma alguna sobre la reserva ordinaria. En tal sentido, la D.Tª 2ª de la vigente Compilación de 1990 utiliza materialmente la palabra reserva pero no para referirse a las reservas hereditarias propiamente dichas, como de la propia Exposición de motivos de la Reforma de 1990 resulta.

III.- En segundo lugar, sobre la base de este silencio, conviene recordar, y así se comprueba en cualquier manual de Derecho civil al uso, que la misión de los Apéndices forales y después Compilaciones, era la de recoger las instituciones forales que, por tener suficiente arraigo, debían subsistir.

Según la obra fundamental para conocer el Derecho mallorquín anterior a la Compilación del 61, el “Derecho civil de Mallorca” de Don Luís Pascual González (1951) tanto la Audiencia en Sentencia de 22 de Mayo de 1882 como el Juzgado de 1ª Inst.ª de Inca en otra de 29 de Agosto de 1940 –no apelada por cierto, según puntualiza el autor– entendieron vigente la reserva por aplicación de las Novelas Justinianas (pág. 338). El que, en efecto, en Baleares regían directamente las leyes romanas en materia de reserva lo ratifica el año siguiente, 1952, el insigne hipotecarista D. Ramón-María Roca Sastre, al decir, en un trabajo sobre la “Lex Feminae”, publicado en la Revista Jurídica de Cataluña, que “la reserva por segundas nupcias subsiste en Cataluña, por vigencia directa del Derecho romano, y sin retoque alguno por ley autóctona”, señalando con nota a pie de página al respecto: “Igualmente en Baleares y en Navarra”.

Ello es, a nuestro entender, fundamental, y no debe de ser soslayado en modo alguno: En definitiva, tanto doctrinal como jurisprudencialmente queda constatado que antes de la Compilación, regían las reservas aplicando las leyes romanas COMO PARTE INTEGRANTE DE NUESTRO DERECHO FORAL.

IV.- Consideramos, en efecto, muy significativo al respecto que la citada sentencia del Juzgado de Inca, al ser de 1940, resulta, obviamente, posterior al C.c.: en ella se aplicó la reserva como formando parte del Derecho foral vigente en aquel histórico momento (los capítulos 21, 23 y 25 de la Novela 22 de Justiniano y la jurisprudencia del T.S. sobre la vigencia del Derecho Romano en Mallorca), QUE NO DEL DERECHO COMÚN SUPLETORIO.

Por tanto: Si la reserva formaba parte de las instituciones del Derecho foral, y si la misión de los proyectados Apéndices y después Compilaciones, era determinar las instituciones que debían subsistir y cuáles fenecer, la

reserva formaba parte, necesariamente, de las instituciones jurídicas respecto de las cuales debía hacerse la criba, aceptándolas o repudiándolas. Y, desde luego, consideramos concluyente, porque no puede ser mera causalidad, al ser la reserva una institución típica del Derecho de sucesiones, que los tres proyectos habidos de Apéndice foral, los de 1903, 1920 y 1949, y después la Compilación de 1961, con sus reformas, hasta la vigente de 1990, guarden absoluto silencio sobre la reserva vidual.

V.- La exclusión tiene que ser de propósito, cuando:

1º.- En la Exposición de Motivos de la Compilación del 61 expresamente se habla de la “preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano tiene de sustantivamente vigente en Mallorca”, y la reserva ordinaria, “curiosamente”, no obstante dicha “preocupación”, no fue “atraída” al articulado de la Compilación que se promulgaba. Esa preterición de la reserva ordinaria es aún más significativa, si se atiende a que, como dice la citada E. de M., esa “concentración” se ha operado “sobre todo en el campo del Derecho positivo sucesorio”, y que “esta labor de integración positiva se ha completado con la exclusión de aquellas otras instituciones romanas que no han tomando arraigo en la conciencia jurídica del país y, por tanto, en nada sirven a la homogeneidad de su sistema de derecho y en todo caso, de aquellas otras que resultan inconciliables con las exigencias de la sociedad actual”.

En definitiva, se reconoce expresamente, en el ya lejano 1961, la realidad del expurgo o criba de las instituciones sucesorias romanas, de modo que no por ser de origen romano una institución debe tener necesariamente carta de naturaleza en Mallorca, debiendo, por el contrario, deducirse que si no se ha contemplado para nada la reserva vidual es porque se ha desechado la misma, máxime cuando en la Disposición Final 1ª de la Compilación se dice que: “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”: Si nuestro antiguo Derecho, que conocía la reserva vidual, ha sido íntegramente sustituido por la Compilación, por una especie de sucesión normativa universal o en bloque, al no contener esta última norma alguna sobre la reserva vidual, ésta, sencillamente, ha desaparecido, de modo y forma que el Derecho histórico sólo puede utilizarse en conexión con alguna institución indubitadamente subsistente, careciendo de eficacia como fuente directa –no cabría, desde luego, decir que sigue rigiendo la reserva por aplicación de las Novelas Justinianeas–, sin que pueda tampoco aplicarse la institución de que se trata por aplicación subsidiaria sin más del C.c. Aunque la D.F. 2ª de la Compilación del 61 dijese que “en lo no previsto en la presente Compilación, regirán los preceptos del C.c. que no se opongan a ella y las fuentes

jurídicas de general aplicación”, ello no quería decir que en todo lo no previsto se aplicase el C.c.: el propio legislador del 61, como hemos visto, reconoce que hizo una criba; ergo, si un instituto foral, en ese proceso de selección, ha sido suprimido, no puede burlarse la voluntad de legislador haciéndolo sin más revivir por la llamada al Derecho común que continúa regulándola.

Entendemos que no puede ser argumento de la subsistencia de la reserva una especie de supuesta “*communis oppinio*” doctrinal y social, en virtud de la cual aquélla fuere una institución absolutamente indispensable, ni siquiera en el ya lejano 1961. Tal supuesta “*communis oppinio*” sencillamente no ha existido nunca, sino que la institución de las reservas ha sido siempre puesta en tela de juicio. Ya hemos visto como Roca-Sastre señala que desde la codificación, grandes sectores de la doctrina entienden que la reserva ordinaria contradice el principio de libertad de testar, y aun un autor tradicional, como el que fuera Presidente del T.S., D. Felipe Clemente de Diego, en sus “Instituciones de Derecho Civil Español”, tomo III, pág. 397, de 1959, o sea, en concomitancia temporal con la elaboración de nuestra Compilación del 61, decía:

“No es posible desconocer que las tendencias modernas son contrarias a la institución: los Códigos civiles, por punto general, la pasan por alto; aun en la antigua ideología se las critica, porque su punto de apoyo está en la desconfianza y recelo respecto de los padres por el supuesto de que los hijos de anteriores nupcias han de ser perjudicados con el nuevo matrimonio y los nuevos hijos que se puedan tener, sin parar la atención que ese supuesto de posibilidad de perjuicio no se actuará en los más de los casos y en que, en rigor, la reserva no es más que una limitación de la libertad de disposición de los viudos que hicieron suyos los bienes al adquirirlos en consideración a su procedencia y naturaleza”.

En definitiva, si la Compilación de 1961 ya nació en un ambiente de amplia discusión sobre la necesidad y justificación de la figura de las reservas (que ha acabado, como hemos visto, dándole razón a los críticos a la institución, al suprimirse en las sucesivas reformas de otros Derechos forales, o a darle sólo el carácter de institución voluntaria, como paso previo a su definitiva derogación), difícilmente puede entenderse –dicho sea parafraseando la parte ya transcrita de la Exposición de Motivos de aquélla– que la reserva fuera de aquellas instituciones que, por tener un arraigo indubitado, contribuían indefectiblemente a la homogeneidad de nuestro sistema de Derecho balear, o de aquellas que resultaban imprescindibles para las exigencias de la sociedad de 1961, fecha en que aprobó la inicial Compilación, por mucho que en aquéllas fechas rigiera, por utilizar la gráfica expresión del prof. De Diego, “la antigua ideología”, máxime si ese supuesto “arraigo indubitado”

pretendiera acreditarse en la existencia de dos, sólo dos, puros y simples pronunciamientos judiciales, que no jurisprudenciales propiamente dichos, dada la naturaleza de los órganos de que emanan, uno de un Juzgado de 1ª Instancia, de 21 años antes de la Compilación misma del 61, y otro de la Audiencia de nada menos que 79 años antes de la misma.

2º.- A ello hay que añadir que, con ocasión de la reforma de 1990 (Ley 8/1990, de 28 de Junio) se hace expresa mención del art. 811 del C.c. (reserva lineal) y aun del 812 (derecho de reversión) en el art. 43, y se vuelve a guardar absoluto silencio sobre la vidual, y a la vez, en relación a la Lex Hac Editali, que tiene el mismo fundamento que la reserva ordinaria, sencillamente se suprime diciendo en la Exposición de motivos que tal supresión está “recomendada por razones de estricta justicia, discordancia con la actual conciencia social y posible inconstitucionalidad.”

Aunque se admitiera, a los efectos dialécticos, que la reserva ordinaria debía en principio tenerse por vigente con la Compilación de 1961 por aplicación supletoria del C.c., tras la reforma de 1990, en que la limitación de la Lex hac edictali se suprime, como acabamos de ver, por injusta, inadecuada a las circunstancias actuales y por su posible inconstitucionalidad (que fue declarada, no se olvide, por el Tribunal Supremo el S. de 6 de Abril de 1992), difícilmente puede entenderse que ese mismo legislador quería la aplicación en Baleares de una institución aquejada por los mismos males, cuando pudiendo, sólo hace mención de la reserva lineal del art. 811 C.c., callando por lo que se refiere a la reserva vidual. Por tanto, carece de virtualidad la argumentación consistente en que si el Legislador balear hubiese querido que no se aplicase la reserva ordinaria, así lo habría expresado: aparte de que el intérprete no puede imponer obligaciones positivas al Legislador ni “a priori” ni “a posteriori”, es también evidente que la labor misma de interpretación se desarrolla, fundamental y precisamente, en la mayoría de los casos, ante el silencio de la ley, por lo que se hace supuesto de la cuestión: El mero silencio del legislador ordinario no nos remite, sin más a la legislación supletoria, por lo que no cabe aplicarla de una manera indiscriminada. La cuestión, pues, no es el porqué la Compilación no dice expresamente que no se aplica el art. 968 C.c. y ss.; sino porqué, pudiendo hacerlo, no se remite a dichos preceptos, a diferencia de lo que hace con el art. 811 y el 812 del mismo Código.

VI.- Si de ese iter prelegislativo y legislativo ya se deduce que ni el art. 1º de la Compilación ni tampoco la D.F. 1ª nos llevan a ningún automatismo en la aplicación subsidiaria del C.c. también cabe llegar a la misma conclusión atendiendo al íntegro contenido de los mismos y a su sistemática interpretación; en primer lugar, el citado precepto llama: (a) a la interpretación e integración de nuestro Derecho en relación a la tradición histórica

y, además, (b) a la aplicación subsidiaria, sí, del Derecho común, pero siempre que no contravenga los principios generales del Derecho balear.

VII.- En este sentido, si en base al art. 1 de la Compilación, la aplicación del C.c. depende de no ser contrario a los principios generales de nuestro Derecho, por ello mismo mantenemos que por mucho que nuestro Derecho sucesorio tome su base en el Derecho romano, del que arranca también la institución de la reserva vidual, ante el hecho de que la Compilación no dedique ni una letra a la misma y, encima, ni se acredite su aplicación práctica actual (Derecho consuetudinario, o al menos un “usus fori”), la apreciación de su vigencia, por mera aplicación subsidiaria indiscriminada del C.c., supondría contravención de todos los principios que rigen la institución de heredero que, además de provenir del Derecho romano, resulta que SÍ se hallan expresamente regulados en la Compilación y reiteradamente proclamados por la doctrina y la jurisprudencia, cuales son, la necesidad de institución de heredero en el testamento del art. 14, la regla “semel heres, semper heres” del art. 16, y la de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada del art. 7, todos ellos de la Compilación.

No se trata de que el Legislador balear no pueda establecer excepciones a las reglas que él mismo estatuye. Aun asumiendo que, en efecto, tanto la reserva lineal como la ordinaria suponen unos derechos condicionales (suspensivos y/o resolutorios, según se vea desde uno u otro de los elementos personales de la reserva), la diferencia está en que la reserva lineal está expresamente prevista en la Compilación, mientras la reserva ordinaria brilla por su absoluta ausencia. Por eso mismo, admitimos que nuestra Compilación regula excepciones a tales principios: así, las sustituciones fideicomisarias, pero este mismo dato de estar reguladas es, a nuestro entender, el decisivo: las referidas sustituciones están ampliamente reguladas, y incluso la reserva lineal goza en el art. 43 de una remisión expresa al art. 811 del C.c., mientras la reserva ordinaria, debemos reiterarlo, no se halla ni mencionada.

Por ello consideramos muy grave –por las consecuencias que se derivan de la reserva no ya mortis causa, sino inter vivos– que en base a la aplicación una institución expresamente omitida por el legislador balear, se exceptúen principios básicos del Derecho sucesorio proclamados por la propia letra de la Compilación, todo ello por aplicación del C.c., el cual, por el contrario, no puede ser aplicado cuando se oponga a los principios al Derecho Balear (art. 1. Compilación), cual es el caso, pues en esto el Derecho común parte de principios fundamentalmente opuestos al Derecho romano. En efecto, en el Derecho común es compatible la sucesión testada con la intestada (art. 658 C.), porque no es necesaria la institución de heredero (arts. 764 y 912.-2), ya que cabe incluso la íntegra distribución de toda la

herencia en legados (art. 891), y se regula expresamente la institución hereditaria condicional o a término (arts. 790 y ss.), aparte de tener un sistema legitimario, de raíz germánica, absolutamente diverso al balear, de raíz justiniana, en que la legítima de los descendientes abarca 2/3 de la herencia, frente a sólo un tercio o, como máximo, la mitad en Mallorca.

En tal sentido, si el Derecho común sólo puede ser aplicado cuando no es contrario a los principios del Derecho balear, admitir que por la aplicación subsidiaria del C.c. puedan introducirse excepciones a los citados principios, es tanto como subvertir la norma, admitiendo que se aplique el Derecho común “contra principia”.

Y uno de esos principios básicos del sistema sucesorio romano, que inspira tanto el Derecho catalán como el mallorquín, es, sin duda, el de la perpetuidad de la institución hereditaria, “semel heres, semper heres”, consagrada en el art. 16 de la Compilación, con arreglo a la cual el que es heredero lo es siempre, teniéndose por no puesta la condición resolutoria ni los términos suspensivo ni resolutorio. Precepto del que resultaría nula la condición consistente, precisamente, en no contraer ulterior matrimonio, si posible en el C.c.: art. 793 del mismo.

Si el art. 1320 del C.c., que no tiene regla pareja en la Compilación, no es aplicable supletoriamente al régimen económico balear por ser contrario al principio balear de separación de bienes (S.^a del T.S.J. de 3 Septiembre 1998), “a fortiori”, la reserva vidual del art. 968, ss. y concordantes del C.c., que tampoco tiene reflejo específico alguno en la Compilación, tampoco podrá ser aplicada en Mallorca, por contravenir, entre otros, el principio jurídico mallorquín de la perpetuidad de la institución hereditaria.

Que las posibles excepciones a dicha regla han de ser expresas e indubitadas en la propia legislación foral lo demuestran las razones del porqué fue mantenida expresamente la reserva ordinaria en Cataluña en su Ley de 1987, convirtiéndola en institución voluntaria, aplicable sólo si el testador no ha dispuesto lo contrario. En la ya citada “Conferencia” de Roberto Follia Camps, puede leerse que, frente a la posición de D. Ramón Faus, partidario de la supresión total de la figura:

“Predominó, no obstante, una tesis más moderada sostenida por Figa Faura quien alegó la conveniencia del mantenimiento de la institución para satisfacer de algún modo el deseo de algunos cónyuges, que quería nombrar heredero al otro, sólo si no se volvía a casar, lo que era imposible, dado el principio romano del semel heres semper heres. Y que por tanto lo que procedía era su matización o adecuación para resolver los problemas que presentaba.”

Por tanto, sólo con regulación expresa en la ley catalana podía exceptuarse la regla asimismo catalana del “semper heres”: si en la ley balear, igual que en la catalana, “el que es heredero lo es siempre”, sólo puede privarse a la institución hereditaria de sus naturales efectos con excepción expresa e indubitada en la propia ley balear, razonamiento que entendemos total y perfectamente trasladable al Derecho mallorquín, en que rige la misma regla de perpetuidad de la institución hereditaria.

Que la reserva supone, en especial, excepción a la regla *semel heres* consideramos que es evidente. En primer lugar, “heredero” es el llamado a la íntegra herencia o a parte alícuota de la misma, con su activo y su pasivo: arts. 659, 660 y 1.003 C.c., colocándose en la íntegra posición del causante: “*Heredis nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctis habuerit*”, decía el Digesto, entendiendo, pues, por heredero, con arreglo a esa misma tradición romana, no un heredero meramente nominal, sino el continuador de la personalidad jurídica del causante con carácter pleno, y, por tanto, con subrogación plena en las facultades administrativas y dispositivas que sobre los bienes correspondían al causante (“*successio in universum ius*”).

A nuestro entender, no se respeta la perpetuidad de la institución de heredero si se permite a posteriori aniquilar su contenido sucesorio universal efectivo, más concretamente, si se admite que, por un hecho posterior a la institución hereditaria y su aceptación por el instituido, quede sin su íntegro contenido positivo de sustitución en las íntegras facultades que, respecto de sus bienes, correspondían al causante. Si la institución hereditaria, conforme a los precedentes romanos, supone esa íntegra sucesión universal en la posición del causante, con sustitución, con plenos efectos, de éste por el heredero en todas sus relaciones activas y pasivas transmisibles, y por ello “*heredes institutio caput et fundamentum totius testamenti est*” (art. 14 y sus concordantes de la Compilación), admitir que, porque el heredero instituido por su consorte se vuelva a casar y desde, precisamente, que se vuelva a casar, pierde esa plena sustitución en el pleno dominio de los bienes transmitidos, quedando el bínubo como mero propietario gravado de restitución –dado el destino legalmente predeterminado de los bienes reservables–, equivaldría ello a admitir que la cualidad de heredero tal como se concibe en el Derecho romano mismo, base de nuestro Derecho foral, deja de existir, quedando como un mero “*nomen iuris*”, una mera vestidura formal sin el contenido positivo real que corresponde a su institución hereditaria, de pleno sucesor con el correlativo pleno dominio de los bienes heredados, sin más limitaciones que las que tuviera el causante o éste expresamente haya impuesto: Aunque se diga que, formalmente, no obstante la reserva el reservista sigue siendo dueño de los

bienes reservables, el mero conceptualismo jurídico no puede hacernos perder el sentido de la realidad y del efecto práctico real de las instituciones: “de facto”, el reservista, por mor de la reserva misma, no es más, en sentido económico, que un usufructuario (puede disfrutar, pero no en definitiva enajenar, pues lo que obtenga de sus actos dispositivos está sujetos también a reserva, como resulta de la normativa del C.c.: art. 974 á 976), como lo era en el Derecho romano originario. Incluso de peor condición, como indicamos, que el usufructuario ordinario, al que, por ej., el C.c. permite que se le dispense de inventario y de fianza, mientras que aquí el inventario y la garantía, además, se le imponen, a tenor de las propias disposiciones del C.c. Y herencia y mero, puro y duro usufructo, en nuestra Compilación, con arreglo a la tradición romana misma, no se compadecen (art. 15).

Por ello, reiteramos que sólo con excepción en la propia norma foral cabe excepcionar un precepto foral. Ciertamente, el Derecho romano, junto a su concepción de heredero como sucesor universal y perpetuo, admitió, vbi. gr., las sustituciones fideicomisarias (fueran puras, condicionales o a término) y la reserva ordinaria, que perjudicaba las resultas de la inicial plenitud y perpetuidad de la institución hereditaria ordenada por el testador; nuestra Compilación recoge la concepción romana del “heres” —¿a qué, sino, tanta insistencia doctrinal y jurisprudencial sobre la base romana de nuestro Derecho?—, regula la sustitución fideicomisaria, e incluso admite la reserva lineal, pero calla absolutamente sobre la reserva ordinaria, es decir, no reconoce la limitación de efectos que a la institución hereditaria produce “a posteiori” la reserva ordinaria: quiso la regla, pero no la excepción. Por ello, admitir, sin más, que es aplicable la reserva ordinaria prevenida en el C.c. supone, por ello, admitir la aplicabilidad de las normas supletorias contra los preceptos forales, lo que implica infracción evidente tanto de la letra como del espíritu del art. 1º de la Compilación, al alterar sustancialmente el sistema de fuentes.

Por todo ello, nos preguntamos: ¿la institución de heredero, esencial para la validez de los testamentos (art. 14) es sólo una mera vestidura formal, un mero formalismo, consistente en que basta dar a alguien el título de heredero, con independencia de lo que real y definitivamente reciba el nombrado, o, por el contrario, debe tener un contenido real positivo, al que se predica igualmente el dogma de la “perpetuidad” a que se refiere el art. 16? Si incluso cuando el heredero está gravado con legados o fideicomisos, el legislador balear, conforme a los principios romanos, pretende que al menos se quede con una cuarta parte de la herencia líquida (las llamadas cuartas falcidia y trebeliánica, expresamente reguladas en nuestra Compilación), y aun se aplica el derecho de acrecer forzoso (así 24, párrafo 3º), y el heredero único sólo instituido en cosa cierta ha de ser considerado heredero universal en los términos del art. 15, y el incumplimiento del

modo impuesto a la institución de heredero nunca puede dar lugar a la resolución de ésta (art. 16), y aun habiendo sólo codicilos no nulos por preterición errónea de descendientes, hay que ir a la sucesión intestada para que haya en definitiva quien se quede con el “universum ius” del causante, ¿no está pensando, con arreglo a esos antecedentes romanos, en todo lo contrario a un mero nominalismo, o a una mera sucesión en el pasivo?

Por eso, admitir la vigencia en Mallorca de la reserva ordinaria, sin una expresa norma legal balear que lo autorice y ampare, sería tanto como admitir:

1º.- Que contra el art. 14 de la Compilación la institución de heredero no es requisito esencial del testamento, entendiendo por heredero, con arreglo a la misma tradición romana, no un heredero a medias, sino pleno. Con la reserva tendríamos un heredero pleno en cuanto al pasivo –parece que, no obstante la reserva, seguiría respondiendo en principio ilimitadamente de las deudas del causante–, pero respecto del activo hereditario, a efectos prácticos, estaríamos, sobrevenidamente a las posteriores nupcias y a causa precisamente de ellas, ante un mero legatario de usufructo universal, toda vez que aunque pueda enajenar, ha de asegurar la restitución del valor (974 á 976 C.c.).

2º.- Que al implicar la reserva una/s institución/es condicionales, se estaría contraviniendo la regla esencial de nuestro Derecho según la cual “semel heres, semper heres”, consagrada en el art. 16 de la Compilación, con arreglo a la cual el que es heredero lo es siempre, teniéndose por no puesta la condición resolutoria ni los términos suspensivo ni resolutorio. Precepto del que resultaría nula en Derecho mallorquín la condición consistente, precisamente, en no contraer ulterior matrimonio, sí posible en el C.c.: art. 793.

3º.- Que al implicar la reserva la distribución de los bienes, a salvo reglas especiales, por las reglas de la sucesión intestada en la línea recta descendente (art. 973, primer párrafo, del C.c.), puede suponer –y lo supone en el caso de autos– una contravención de la regla de incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, consagrada en el art. 7 de la Compilación. En efecto, la sucesión de la inicial causante fue testada, siendo su cónyuge, su heredero; a raíz de la reserva, por aplicación de dicho art. 973 del C.c., cabe la posibilidad de abrir “a posteriori” la intestada del cónyuge premuerto.

En definitiva, ante atentados provenientes ya de historicismos anacrónicos, ya de aplicaciones indiscriminadas de la legislación supletoria, no mediando en la Compilación excepción expresa, conforme además los antecedentes legislativos, deben quedar incólumes los principios básicos del sistema sucesorio consistentes en que la “heredes institutio caput et fundamentum totius testamenti est”, en que “nemo pro parte testatus pro parte intestatus

decedere potest” y sobre todo, el de “semel heres, semper heres.”

VIII.- A todo ello hay que unir la falta de jurisprudencia después de la inicial Compilación de 1961, hasta donde se nos alcanza, que aplique la reserva vidual en territorio balear. En efecto, si, supuestamente, la regulación de la reserva ordinaria contenida en el C.c. de 1889 se aplica realmente en Mallorca desde hace 48 años, o sea, desde la entrada en vigor de la Compilación Balear de 1961 por el llamamiento que ya ésta hacía a aquél como supletorio, hasta donde conocemos, no ha sido aplicada la reserva durante esos casi 50 años por sentencias del T.S.J., ni, antes de la existencia de este Órgano, por el Tribunal Supremo, como lo demuestra la reciente Sentencia de la Audiencia de 2009, que no hace mención alguna de resoluciones de dichos Tribunales resolviendo sobre la aplicabilidad de la reserva en Mallorca. Es cierto que existe la S.A.P. de 14 de Octubre del 2002. Pero esta sentencia, aparte de ser sólo una, y no ser la Audiencia Provincial órgano de creación de jurisprudencia propiamente dicha, no tenía por objeto ni directo ni indirecto —a diferencia de lo que acaece en el pleito de la de 2009—, la cuestión de la aplicabilidad en sí de la reserva vidual en Baleares. Ello no fue discutido en la ni en la instancia ni en la apelación por las partes: lo que se discutió, realmente, en 2002 es el efecto de un ulterior divorcio sobre la reserva, y que sepamos, los Tribunales no pueden acudir a fundamentos de hecho ni de Derecho distintos a los que las partes hayan querido hacer valer (art. 218 L.E.C.), lo que es igualmente aplicable a los recursos (“tantum appellatum quantum devolutum”); por ello no puede extraerse sin más que en la citada sentencia tal aplicabilidad se dé por sentada o supuesta en el Derecho balear —en todo caso, lo hicieron las partes, al no discutir tal extremo—, ni se cita en dicha resolución precepto de la Compilación, costumbre, tradición jurídica, ni principio jurídico específicamente balear alguno.

Por otra parte, no puede olvidarse que los comentaristas de nuestra Compilación han sido, además de profesores universitarios, esencialmente prácticos del Derecho (abogados, registradores, notarios, magistrados...). Más concretamente, no sólo prácticos del Derecho, sino prácticos de nuestro Derecho ... y en cambio no hemos hallado ninguna expresa dación de fe de la aplicación la reserva en la práctica jurídica cotidiana actual. En efecto, ni en las obras doctrinales que esta parte ha podido consultar (por todos, los mencionados “Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales” dirigidos por Albaladejo, y más concretamente, los tomos dedicados a los Comentarios a la Compilación, ediciones de 1980 y de 2000, y las “Lecciones de Derecho civil balear”, con Pilar Ferrer Vanrell como Coordinadora, 2ª Edición, Palma, 2003; o el más reciente “El Dret Foral de Mallorca”, del Notario D. Raimundo Clar Garau, de 2006), ni en la jurisprudencia aparece

nadie para dar fe de ser una institución viva y cotidianamente aplicada a Mallorca (es más, en las dos últimas obras, ni se hace mención alguna de la reserva ordinaria), lo que choca con la evidente frecuencia con que los viudos, herederos de su fallecido cónyuge y con los que habían tenido hijos, vuelven a casarse: el supuesto de hecho de la reserva no es, desde, luego, un caso raro, meramente de laboratorio, sino cotidiano, y por tanto, con alguna relativa frecuencia habrían de darse pleitos sobre reservas. Por ello, la reserva ordinaria también estaría huérfana de toda posible base consuetudinaria foral. Y por algo recuerda la Sentencia de nuestro T.S.J. de 26 de Enero de 2006 que “El Tribunal Suprem, en sentència de 24 de octubre de 1964, va tenir ocasió de proclamar, en un cas referit a Mallorca, que “no cabe sostener la tesis mantenida en el escrito de recurso de la vigencia total y global del dicho Derecho romano como único supletorio allí donde falte la regulación específica del Derecho mallorquín, sino que tendrá que admitirse su aplicación solamente en los casos en que consuetudinariamente hubiere llegado a alcanzar fuerza de ley”.

IX.- Por otra parte, la necesidad de interpretar e integrar el Derecho vigente con la tradición histórica debe ser entendida en sus justos términos. Ya decíamos que el elocuente silencio, que dura más un siglo en los textos legislativos tanto proyectados como vigentes, sobre la reserva ordinaria no puede ser suplido, a nuestro entender, con el argumento historicista, sobredimensionando la llamada “iuris continuatio”.

En efecto, el párrafo 2º del art. 1º en relación a la D.F. 1ª, hacen referencia a la auto-integración del Derecho Balear, mediante las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina integrantes de la llamada tradición jurídica balear, lo que constituye la llamada “iuris continuatio”. Si bien es cierto, como dice la T.S.J. de 26 de Enero de 2005, que:

“En realitat, la clau per esbrinar quin és el tractament que, en la actualitat i dins el nostre Dret, s’ha de donar al Dret històric és la disposició final primera de la Compilació de 1961, expressiva de que “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”; combinat això, però, amb el que es deia a l'article 2, on el Dret històric quedava integrat dins la tradició jurídica balear com a element d'interpretació dels preceptes compilats. Avui l'article 1 de l'actual Compilació ja li dona acertadament un caràcter d'element d'integració –a més d'interpretació– del nostre Dret.”

También es cierto que añade la referida sentencia, en lo que a nuestro entender es la verdadera “ratio decidiendi”, que:

“És sabut que les compiladores Balears de 1961 –com abans s’havia fet a la Compilació catalana– optaren per la no derogació del Dret anterior, com fa l’article 1976 del Codi civil, sinó per a la substitució, fent així possible la “iuris continuatio”, i, per tant, la pervivència del Dret històric com a part integrant de la tradició jurídica balear. Però és obvi que aquesta no podrà manifestar-se més enllà de les funcions que expressament se li donen a la Compilació, dirigides a la interpretació i a la integració del nostre Dret. Era prou significatiu el preàmbul de la Compilació de 1961, quan ens deia que la substitució del Dret històric pel compilat “no significa la postergación absoluta de las fuentes históricas, a las cuales deberá remontarse el juzgador para la interpretación del Derecho Civil Especial de Baleares. Por otra parte, esta labor de integración positiva se ha completado con la exclusión de aquellas otras instituciones romanas que no han tomado arraigo en la conciencia jurídica del país y, por tanto, en nada sirven a la homogeneidad de su sistema de derecho y, en todo caso, de aquellas otras que resulten inconciliables con las exigencias de la sociedad actual”.

En base a aquesta doctrina, és clar que no es pot declarar l’aplicabilitat d’una institució –com és el cas de la rescissió per lesió ultradimidium– en aquests moments, simplement pel fet d’haver estat vigent en èpoques històriques, en uns condicionaments i circumstàncies normatives molt distintes de les actuals; no existint, respecte d’aquesta institució, testimonis dels quals es pugui deduir la seva pervivència després de l’entrada en vigor del Codi civil, ni que mai formàs part de les institucions pròpies que hi havia interès en conservar.

L’indubtable fonament romà de la institució no ens pot dur a la conclusió que això és suficient per declarar la seva aplicabilitat hic et nunc. El Tribunal Suprem, en sentència de 24 de octubre de 1964, va tenir ocasió de proclamar, en un cas referit a Mallorca, que “no cabe sostener la tesis mantenida en el escrito de recurso de la vigencia total y global del dicho Derecho romano como único supletorio allí donde falte la regulación específica del Derecho mallorquín, sino que tendrá que admitirse su aplicación solamente en los casos en que consuetudinariamente hubiere llegado a alcanzar fuerza de ley”. Ja s’ha dit que, precisament, no hi ha testimonis de cap mena dels quals es pugui derivar la general acceptació i vigència de la institució després de l’entrada en vigor del Codi civil i durant el procés de Compilació del nostre Dret.”

Es más, la S. T.S.J. de 24 de Noviembre de 2005, clarifica lo siguiente:

“El párrafo segundo del art. 1, de otro lado, preceptúa que el Derecho Civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas. La Compilación reserva a la tradición jurídica, pues, el cometido de servir de instrumento auxiliar en la aplicación del derecho vigente: aclarando el significado y alcance de la norma dudosa y, en su caso, completando los vacíos de que ésta adolezca. La tradición jurídica, por tanto, sólo puede operar en conexión con una norma, escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor. Carece de valor, por el contrario, como fuente de aplicación directa, conclusión que corrobora el dato de que las normas de la Compilación llevaron consigo la sustitución del derecho civil balear de todo orden que regía con anterioridad, según establece su Disposición Final primera. Por consiguiente, y aun cuando resulta pacífico que la sucesión testamentaria sigue en Mallorca y Menorca las pautas esenciales y más características del modelo romano, como lo es igualmente que el derecho romano justinianeo forma parte de la tradición jurídica de dichas islas, no cabe hoy día acudir directamente a las reglas de ese derecho para solventar los conflictos que susciten las disposiciones de una sucesión testamentaria abierta tras la entrada en vigor de la Compilación. Aunque referida a la rescisión por lesión ultradimidium, la sentencia de este Tribunal Superior de 26 de enero de 2005 hubo de advertir, en esta misma línea, que el fundamento romano de una institución y el hecho de que haya estado vigente en épocas históricas no es suficiente para declarar su aplicabilidad en estos momentos. La sentencia recurrida, por consiguiente, no ha infringido el art. 1, párrafo segundo, de la Compilación Balear. La respuesta casacional puede detenerse en este punto.”

X.- A la vista de tales asertos jurisprudenciales, como de la interpretación doctrinal a la que aludiremos, en relación a la función actual del Derecho histórico, resulta a nuestro entender que no puede darse a la iuris continuatio, y, por tanto, a los antecedentes romanos de nuestro Derecho, una trascendencia que no tiene: Aunque el legislador pretendiera que entre la nueva y la antigua legislación no mediare una absoluta solución de continuidad, de todos modos, legislar, por definición, es innovar el Ordenamiento respecto del anterior estado legislativo, cambiándolo, y ese cambio o innovación supone necesariamente derogación de lo anterior; o dicho de otro modo, la sustitución de unas normas por otras supone derogación de las antiguas.

Por ello, más allá de la “voluntas legislatoris” en relación con la tan traída y llevada “iuris continuatio”, si como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, más que la referida voluntas legislatoris, “el objeto inmediato de toda interpretación jurídica es lo que se lee, la ley” (así S.S. 13-Julio-2000, 5-Abril-2001, etc.), consideramos artificioso comparar la D.F. 1 de la Compilación en términos absolutamente antagónicos al art. 1976 del C.c., como hace alguna doctrina. La misma idea que expresa este último (derogando todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían, en el momento de su promulgación, el Derecho común, quedando sin fuerza ni vigor así en su contenido de leyes directamente obligatorias, como en el de Derecho supletorio), muy bien podría igualmente expresarse parafraseando la D.F. 1ª de nuestra Compilación: Todas las normas del Derecho Común, tanto escrito como consuetudinario, principal o supletorio, vigentes al tiempo de promulgarse el C.c., quedaban sustituidas por las contenidas en él. Y no se diga que, a diferencia de lo que ocurre con nuestra Compilación, con el art. 1976 el Derecho histórico quedaba absolutamente “inutilizable”: en primer lugar, porque la propia Ley de Bases de 1888, base primera, ordenaba que el Código tomara por base el proyecto de 1851 “en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”, por lo que el propio legislador común no era ajeno a la idea que subyace en la “iuris continuatio”, en el sentido de que no quería ninguna ruptura traumática con el Derecho histórico, conservando las instituciones típicas del Derecho castellano, cuales son el sistema de gananciales y el legitimario distinguiendo legítimas y mejoras, lo que, sin embargo, no le impidió deshacerse definitivamente de instituciones históricas (la misma rescisión “ultradividium”, que sí se recogía en Derecho histórico castellano: en las Partidas, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y en la Novísima Recopilación), por la simple expediente de no regularlas en el Código (¿no es esto acaso lo mismo que sucede en nuestra Compilación respecto a la misma institución?; ¿por qué ha de ser de mejor condición la reserva ordinaria, igualmente omitida en la Compilación?); y, por otro lado, desde la sistematización por Savigny de los elementos interpretativos de las normas vigentes, siempre ha sido lugar común de la doctrina y la jurisprudencia que uno de ellos es el elemento histórico, al que alude expresamente el art. 3 del C.c., al remitirse, desde la Reforma del título preliminar en 1974, a los antecedentes históricos y legislativos, expresión de no puede referirse a cosa distinta a las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica, sea del Derecho común, o del que sea. Pero, claro está, se interpreta, o se integra, lo subsistente, no las normas o instituciones definitivamente periclitadas.

Que, por todo ello, si nuestro antiguo Derecho ha sido íntegramente sustituido por la Compilación, por una especie de sucesión normativa

universal o en bloque, total, al no contener ésta norma alguna sobre la reserva vidual, igual, precisamente, que no la contiene sobre la rescisión “ultradimindium”, la reserva, sencillamente, ha desaparecido, de modo y forma que el Derecho histórico sólo puede utilizarse en conexión con alguna institución indubitadamente subsistente, careciendo de eficacia como fuente directa –no cabría, desde luego, decir que sigue rigiendo la reserva por aplicación de las Novelas Justinianeas–, sin que pueda tampoco aplicarse la institución de que se trata por aplicación subsidiaria sin más del C.c., tanto por constituir el Derecho foral un Derecho propio independiente del Derecho común y de aplicación absolutamente preferente al Derecho común, como máxime si la exclusión ha operado de propósito.

XI.- Nos reiteramos, especialmente, en esta última consideración. Ya hemos dicho que consideramos inaudito que nadie se haya acordado en Mallorca, a la hora de elaborar proyectos legislativos de su Derecho o en definitiva legislar sobre el mismo, de la reserva ordinaria, siendo como es una institución típica y clásica en el Derecho de sucesiones, que tantos ríos de tinta ha hecho correr a la doctrina durante los prácticamente 120 años que datan el C.c. y el inicio de la tarea compiladora foral. El argumento de no haber sido contemplada una institución en las memorias y proyectos legislativos ni en definitiva en el texto de la definitiva Compilación para excluirla del elenco de figuras jurídicas vigentes es utilizado por el propio T.S.J. en relación a la rescisión “ultradimidium”. Dice al respecto la S^a del T.S.J. de 25-I-2005, en efecto, que:

“D’aquí es derivaria una falta d’aplicabilitat de la institució que, per altra part, no va ser tampoc especialment reclamada per part dels foralistes per formar part del nucli del Dret civil propi que s’havia de conservar per passar a integrar-se dins el corresponent apèndix que complementaria –juntament amb els de les altres regions forals– el Codi civil.

A la Compilació de 1961 es diu que per a la delimitació de les institucions vigents dins la pràctica jurídica de les Illes s’han tingut especialment en compte la Memòria de Fidel i l’exposició elevada al Ministre de Justícia pel Col·legi d’Advocats de Palma de Mallorca el 30 d’abril de 1881. Doncs bé: a la primera s’agrupen les institucions a conservar en quatre apartats, dedicats a successions, béns dels casats, donacions i censos, no existint cap referència als contractes o institucions amb ells relacionades; a la segona s’arriben a una sèrie de conclusions sobre institucions a conservar, sense que tampoc n’hi hagi cap de caràcter contractual.

Per tot això, no és estrany que ni a la Compilació de 1961 ni a cap dels projectes d'apèndix de 1903, 1920 i 1949 es conté la més petita referència a la rescissió per lesió ultradimidium. Tampoc no la trobam a les obres doctrinals anteriors a la Compilació de 1961. És destacable que un jurista tan defensor del nostre Dret com José Miguel, tampoc no feia cap referència a la institució en el seu conegut “Derecho Civil de Mallorca”, en el qual advocava, en canvi, per a la conservació d'altres institucions, com el ab intestato romà.”

XII.- Consideramos todo ello trasladable a la reserva ordinaria. Es lógico que se acuda, a falta de jurisprudencia específica, a las enseñanzas de la doctrina científica como natural elemento auxiliar; pero tal operación habrá de hacerse sin descontextualizarla, en especial, en relación, al tiempo en que los autores vierten su opinión, y, concretamente, sin hacer abstracción del estado legislativo vigente al tiempo en que lo hacen.

A.- Así, cabe citar la opinión del mismo D. Luís Pascual González, quien, ante el silencio de los proyectados Apéndices de 1903 y 1920 sobre la reserva ordinaria, dice, en 1951, que “Ello puede indicar el deseo de someterse al régimen común, o bien la creencia que no era necesario insistir en algo ya contenido en las normas generales o que necesariamente se deduce de ellas”. Con todos los respetos para el insigne autor, aparte de no entender qué diferencia hay entre ese primer “deseo” y aquella segunda “creencia”, pues en ambos casos nos aboca al C.c., el argumento es de suyo incompleto, pues no prevé ni se plantea todas las opciones posibles, concretamente, que la omisión haya operado voluntariamente, lo cual —obvio, pero necesario es decirlo— es una opción legislativa tan legítima como las demás. Y, es más, del propio tenor literal con que se expresa el autor (“Ello puede indicar ...”), se deduce que habla en el terreno de las hipótesis, sin aportar, por ej., testimonio alguno de que la concreta cuestión de las reservas fue discutida especialmente, por quién, y en qué sentido, con ocasión de la elaboración de los Apéndices.

B.- Entendemos que la misma crítica, siempre respetuosa, cabe hacer a la opinión del Profesor Masot, que no es sino la misma opinión que la de Pascual González: entender que el silencio de la Compilación se debía a estar a la institución suficientemente regulada en el C.c. (pág. 631 de su “Derecho civil de Mallorca después de la Compilación”, 1979). Con todos los respetos al insigne autor, también aquí la afirmación, por rotunda que “prima facie” parezca, se halla realmente huérfana de toda efectiva acreditación argumental propiamente dicha.

En efecto, tampoco aporta el Sr. Masot testimonio alguno de que la

cuestión de las reservas fuera discutida especialmente, por quién y en qué sentido, no ya con ocasión de la elaboración de los Apéndices –estado de cosas al tiempo que escribía Pascual González– sino con ocasión de la misma Compilación del 61, texto legal que comentaba Masot en su obra en 1979, terminada de imprimir el 9 de Marzo de dicho año. Atendida dicha fecha, su opinión resulta escrita antes de la propia Constitución de 1978, a la que, por ello, ni se la menciona en toda la obra, ni, obviamente, al texto de la reforma de 1990, que expresamente, en su art. 43 se remite al art. 811 C.c., callando absolutamente de nuevo respecto a la reserva ordinaria, suprimiendo de paso la Lex Hac Edictali, de la que por cierto, se manifestaba en 1979 Masot, aun con reservas, partidario.

En línea con lo anterior, la opinión de Masot, de entender que los autores de la Compilación querían sin más la reserva por aplicación del C.c., contraviene la voluntad expresamente manifestada por esos mismos autores en la Exposición de Motivos, que como hemos visto, indican la “preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano tiene de substantivamente vigente en Mallorca”, y la reserva ordinaria, curiosamente, no obstante dicha “preocupación”, no fue “atraída” al articulado de la Compilación que se promulgaba.

Asimismo, consideramos, dicho con todos los respetos, contradictoria la opinión del insigne autor. Masot, en relación, por cierto, a la aplicabilidad o no del art. 980 del C.c. en Mallorca, precepto que no tiene parejo alguno en nuestro Derecho histórico, afirmaba en 1979 que sería muy difícil aplicar la doctrina tradicional de las reservas contra los preceptos del C.c., dada la redacción de la D.F. 1ª de la Compilación. ¿Cómo puede el Derecho histórico ser determinante para “lo más” –la subsistencia íntegra de una institución jurídica legislativamente preterida– pero no para “lo menos” –sus concretas normas reguladoras–?

A fuer de ser reiterativos: Si movió al legislador foral la “preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano tiene de substantivamente vigente en Mallorca”, y, sin embargo, no se menciona ni de pasada la reserva ordinaria en el concreto articulado, cuando esa “concentración” se ha operado “sobre todo en el campo del derecho positivo sucesorio”, y, encima, como corolario de todo ello, se ordena expresamente la íntegra, absoluta y en bloque sustitución del antiguo Derecho por dicho articulado (D.F. 1ª), considerar que la reserva ordinaria sigue subsistiendo en nuestro Ordenamiento foral, participa más de la naturaleza de un acto de fe que de un razonamiento jurídico, al igual que lo sería decir que sigue subsistiendo en el mismo la rescisión *ultradimidium*.

En fin, el mero hecho de pensar que por corresponderse la reserva con

nuestra tradición jurídica ha de estar vigente, y por ello es aplicable, a falta de regulación foral expresa, el C.c., choca frontalmente con la jurisprudencia de nuestro T.S.J., que expresamente afirma que el fundamento romano de una institución no es suficiente para declarar su actual aplicabilidad. Y a tal aserto jurisprudencial, por cierto, no es extraño al Sr. Masot: lo manifiesta él mismo como Magistrado ponente de la S.T.S.J. de 26 de Enero de 2005: “L’indubtable fonament romà de la institució no ens pot dur a la conclusió que això és suficient per declarar la seva aplicabilitat hic et nunc.”

C.- Creemos que otro tanto cabría decir, sustancialmente, de la opinión del Notario D. Jaime Ferrer Pons. De los textos que ha podido consultar esta parte, no parece que la de la indubitada subsistencia de la reserva ordinaria en nuestro Derecho sea su opinión definitiva. En efecto, de los Comentarios a los arts. 1 á 65 de la Compilación publicados por Edersa, que sepamos, hay dos ediciones: Una de 1980, y otra de 2000.

Tanto en una como en otra, el autor se refería, siguiendo a Pascual González, a la ausencia de regulación en los proyectos de Apéndice y en la Compilación sobre la reserva vidual. En la edición de 1980 (pág. 697), añadía a renglón seguido el Sr. Ferrer un párrafo diciendo que ante el silencio de la Compilación y por el tenor de la D.F. 2^a, consideraba de aplicación las normas del C.c sobre reserva ordinaria, que entronca con los precedentes históricos del Derecho Balear, según decía.

Curiosamente, en la edición de 2000, y, por tanto, posterior a la reforma de 1990, o sea, con el Derecho Mallorquín actualmente vigente, tal párrafo, pura y simplemente, DESAPARECE (pág. 817): ¿Por qué este párrafo, cuya importancia, evidentemente, no es necesario ponderar a los efectos que nos ocupan, ha desaparecido, pura y simplemente, sin más, en la segunda edición? ¿No tendrá alguna relevancia en ello el hecho de la reforma de 1990, con su supresión de la Lex Haec Editali y la remisión expresa en el art. 43 de la reserva lineal, con mantenimiento del absoluto silencio sobre la ordinaria o vidual?

Cabe asimismo citar el más reciente “El Dret Foral de Mallorca”, del D. Raimundo Clar Garau, de 2006, que no hace referencia alguna a la reserva vidual. Siendo las obras de Ferrer y de Clar, obras de Notarios, y, por tanto, de funcionarios especialmente cualificados en lo que al Derecho sucesorio se refiere, que, por su oficio necesariamente han de asesorar a los cónyuges que pretenden instituirse herederos en sus testamentos de la eventual aplicación, si se casan de nuevo, de la reserva vidual, o advertir, con ocasión del otorgamiento de escrituras de partición entre el bínubo y sus hijos sobre dicha aplicación, ¿no resulta cuando menos extraño que, en sus

publicaciones, uno no cite dicha institución para nada, y el otro prescindiera, sin más, de la opinión anteriormente manifestada? Lo mismo cabría decir de las Lecciones de Derecho civil Balear, coordinadas por D^a Pilar Ferrer: viendo su índice, no hay ningún epígrafe destinado a las reservas; y, es más, leyendo íntegramente la obra, nada de las reservas se dice. Ya decíamos que la aplicación práctica, general e indubitada, de la figura brillaba por su absoluta ausencia.

D.- Por último, dice recientemente el Prof. Munar Bernat que “habida cuenta de que la reserva clásica es una institución típica de la sucesión romana puede entenderse que forma parte de la tradición jurídica. Si la Compilación no recoge o alude a la institución debe entrar en juego el derecho supletorio que viene conformado por la regulación que de la misma hace el C.c., ...” (pág. 110). Creemos que tal postura, en sus fundamentos y en sus conclusiones, viene suficientemente rebatida por todo lo que se argumenta en el presente trabajo, por lo que no queremos ser innecesariamente reiterativos. No obstante, con todos los respetos para el autor, no podemos dejar de advertir aquí que resulta hartamente significativo que su trascrita opinión la vierta, ni más ni menos, inmediatamente después de, a su vez, transcribir la S.T.S.J de 24-XI-2005, id est, después de constatar, que la tradición jurídica sólo opera en conexión con una norma escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor, y resulta evidente –así lo reconoce expresamente el autor– que la reserva no está recogida o aludida en norma escrita foral actualmente vigente alguna, ni resulta acreditado a lo largo de su obra la vigencia consuetudinaria actual de la reserva, por lo que hace revivir esta institución de la sola tradición jurídica romana, contraviniendo, a nuestro entender, el ámbito que la propia jurisprudencia que invoca atribuye a la tradición jurídica.

XIII.- En relación a esto último, precisamente, la referencia que hace Pascual González (pág. 339) al art. 2 del Proyecto de 1949, en el sentido de establecer el Derecho Romano como supletorio, y fundar en ello la posible subsistencia de la reserva en Mallorca, es también incompleta, por cuanto no atiende a lo que literal e íntegramente decía dicho proyectado art. 2:

“Las instituciones, especialidades y singularidades forales o territoriales recogidas en el presente Apéndice se registrarán directa y principalmente por sus preceptos, pero ante el silencio o la insuficiencia de estos, se atenderá supletoriamente a la legislación escrita, sea romana o foral de donde dimanen aquellas, o al uso o a la costumbre cuando se trate de instituciones consuetudinarias, siendo por tanto obligada la observancia de dichas leyes y costumbre como fuente de derecho supletorio de este Apéndice para todas las materias en él recogidas o mencionadas”.

Precisamente, D.^a Pilar Ferrer Vanrell, (págs. 84 y 85 de “Lecciones de Derecho civil balear”, 2003) en relación a la auto-integración mediante la tradición jurídica insular que prevé el art. 1-2 de la Compilación, señala que, con arreglo a los antecedentes históricos consistentes en el transcrito art. 2 del Proyecto de 1949, las leyes y costumbres antiguas se aplicaban como fuente de derecho supletorio “para todas las materias en él recogidas o mencionadas”, lo que significa, como indica la autora, “que no podemos integrar la Compilación mediante la aplicación directa de aquellas instituciones no reguladas en ella –porque no es derecho vigente–, sino en las “recogidas” y “mencionadas””.

Es esta, según entendemos, la opinión que enlaza con la transcrita afirmación del T.S.J. a que nos dirigimos de que el origen romano de una institución y su vigencia en épocas históricas son insuficientes por sí solos para mantener su vigencia “hic et nunc”. Reiteramos en tal sentido, la cita de la S.T.S.J. de 24 Noviembre 2005: “La tradición jurídica, por tanto, sólo puede operar en conexión con una norma, escrita o consuetudinaria, actualmente en vigor.” Y “en esta misma línea, que el fundamento romano de una institución y el hecho de que haya estado vigente en épocas históricas no es suficiente para declarar su aplicabilidad en estos momentos.”

En definitiva, los antecedentes históricos de la norma del art. 1 de la Compilación, remitiéndonos a la tradición histórica, tampoco en nada coadyuvan a la subsistencia de la reserva ordinaria en Mallorca. Por ello dijimos anteriormente, y de nuevo reiteramos, que se interpreta, o se integra, lo subsistente, no las normas o instituciones definitivamente periclitadas.

XIV.- Por otro lado, no puede olvidarse, como se ha adelantado, que la aplicación subsidiaria del C.c. no procede cuando la supuesta laguna o vacío normativo es voluntario. La S.T.S.J. de 3 Septiembre 1998 utilizó este argumento para declarar inaplicable a Baleares el art. 1.320 del C.c., doctrina que ha de traerse a colación aquí, frente al hipotético aserto de la compatibilidad de la reserva ordinaria con el Derecho Balear. Así, decía tal Sentencia que:

*“Se repara, de entrada, en efecto, en la compatibilidad o incompatibilidad de tal artículo con el ordenamiento civil balear; sin, antes, haber constatado **LO QUE VERDADERAMENTE INTERESA Y ES PRIORITARIO: SI EXISTE, O NO EXISTE, UNA LAGUNA O VACÍO A COLMAR QUE JUSTIFIQUE EL RECURSO A UN DERECHO SUPLETORIO**; por tanto, si tal laguna o vacío no existen –y éste es precisamente el caso que nos ocupa–, no hay razón alguna para pensar en Derechos supletorios, ni por tanto para plantearse aquella*

compatibilidad o incompatibilidad. Carece, pues, por ello, de toda virtualidad la argumentación de referencia.”

Y en fin, con la naturaleza misma del Derecho civil balear como Ordenamiento jurídico propio en sentido estricto, tal como indicaba dicha Sentencia:

“En tal perspectiva, adquiere enseguida especial protagonismo la realidad de lo que es y lo que significa el Derecho Civil de Mallorca, y en general los Derechos Civiles especiales que coexisten con el denominado Derecho Común en diversas regiones de España: En este aspecto, está ya totalmente aclarado que tales Derechos especiales –llamados también forales– no representan normas de carácter excepcional dentro de un régimen de Derecho Común, ni responden a situaciones privilegiadas o particularís-tas –como algún sector de la doctrina, p. ej. De Castro, pretendió considerarlas sino que constituyen un Derecho propio, independiente del sistema del Código Civil, el cual por tanto no representa frente a ellas un principio general, sino algo perfectamente extraño, en tanto no haya de actuar como supletorio.

...

En el mismo sentido se pronuncia la “Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares” promulgada por Ley de 19 de Abril de 1961 y modificada tras la entrada en vigor de la Constitución– por la Ley de 8/1990 de 6 de Septiembre, cuando en la Exposición de Motivos de esta última disposición se afirma rotundamente que “los Derechos Civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un Derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código Civil, sino sencillamente un Derecho distinto: Son el Derecho Común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales”. Razón por la cual, muy consecuentemente, en el primero de los artículos del Texto Refundido de dicha Compilación (aprobado por D.L. 79/1990 de 6 de Septiembre) se afirma y proclama la preferencia absoluta del Derecho Civil propio de las Islas Baleares con respecto al Código Civil y demás leyes estatales, en el territorio de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.”

XV.- Lo anterior engarza necesariamente con el carácter completo y complejo de nuestra regulación sucesoria.

El T.S.J., especialmente en su sentencia de 3 de Septiembre de 1998,

sobre la no aplicabilidad a Baleares del art. 1320 del C.c, dice en especial que:

“Hay que concluir, pues, en relación con las cuestiones planteadas en el anterior fundamento de Derecho (...), que, ante la existencia de una Ley –la Compilación de Derecho Civil de Baleares– que es la aplicable al supuesto fáctico planteado, cuyas previsiones aportan la solución legal, completa y adecuada al mismo, no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta: Ni las normas supletorias establecidas en la propia Compilación Balear (a las que sólo podría recurrirse “en defecto de la Ley”, art. 1.3 Compilación); ni, menos, el Código Civil (última norma supletoria), cuya inaplicabilidad, por demás, resulta patente y su el régimen conyugal mallorquín está informado por un principio con fuerza expansiva propia (el principio de separación de bienes); que, en el peor de los casos, sería de aplicación preferente a dicho Código Civil, a efectos de colmar, por la vía de la integración, cualquier laguna detectable en la regulación del caso.”

Si con tres solos artículos, del 3 al 5, debe entenderse que en relación al régimen económico matrimonial, existe una regulación completa, compleja, y armónica, plenamente autointegrable con sus propios principios, con consiguiente exclusión de la aplicación supletoria del C.c.: ¿Cómo no va a entenderse compleja y completa la regulación de las sucesiones, reguladas en los arts. 6 á 53? Téngase presente, en este sentido que con base al carácter completo de la regulación legitimaria de nuestra Compilación, el Auto de 29 de diciembre de 2003 de la Sección 5ª, expresamente dice que:

“... no procede la aplicación supletoria del Código Civil, como pretende la parte demandada-coapelante, en tanto la Compilación Balear cierra el sistema propio que regula las legítimas, en las fases de fijación y de liquidación.

A la luz de lo anteriormente reseñado, se insiste en que la normativa del Código Civil sobre las legítimas no es aplicable, supletoria ni analógicamente en este supuesto (art. 806 a 822), como tampoco lo son los art. 645 (...) y art. 650 y 651, del mismo Texto Legal (...), amén de que en el caso asimismo concurren enajenaciones directas a terceros, y de que las donaciones colacionables son integradoras, junto al “relictum” del caudal hereditario, del que desembocarán los derechos legitimarios, regulados en nuestra Compilación, suficientemente para el inventario, avalúo, liquidación, pago e imputación de los bienes. La remisión a los arts. 15 de la Ley Hipotecaria y a los arts. 839

y 840 del Código Civil, que recoge el art. 48 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, es puntualísima y de carácter estática.

El sentido precedentemente expuesto deriva, según destaca este Tribunal, del contenido e interpretación de las Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 12-marzo, 6-mayo y 8-julio de 1993 (...), de la Sentencia de esta Audiencia Provincial de 19-marzo-98, de la Sentencia del TSJ-Baleares de 3-septiembre-98 ...”

Si la normativa del C.c. sobre las legítimas no es aplicable, supletoria ni analógicamente, como tampoco lo son los arts. 645, 650 y 651, del mismo Texto Legal, e incluso que la remisión a los arts. 839 y 840 del Código Civil, que recoge el art. 48 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, es puntualísima y de carácter estático: ¿No es también puntualísima y estática (art. 43) la remisión a la reserva lineal, con absoluto olvido de la vidual?

Se ha afirmado que atendiendo a la común finalidad de las reservas –evitar que los bienes de una familia o linaje pasen a otra diferente– y al hecho de que la lineal no tiene origen en el Derecho romano, no es lógico pensar que la Compilación balear no haya querido expresamente regular la reserva ordinaria por considerarla extraña al derecho propio o sin relevancia suficiente para recogerla en dicho texto legal cuando, sin embargo, se remite al C.c. respecto de la reserva lineal, por lo que más bien parece que nuestra Compilación no es ajena al fin común de ambas reservas ya explicado y que lo que existe es una laguna legal que hace legítima la llamada al Código civil. En definitiva, se nos viene a decir que si ambas reservas, lineal y ordinaria, tienen el mismo fundamento, el legislador no pudo lógicamente querer la una sin la otra.

A pesar de lo sugerente y aparentemente convincente del argumento, utilizado por el Juzgador de primera instancia, consideramos que no existe en modo alguno imposibilidad lógica en querer la una y no la otra. ¿Quiere acaso decirse con ello que, por ej., la legislación catalana, que regulaba, tras la reforma operada en ella en 1987, sólo la reserva ordinaria, rechazando la lineal, era una legislación ilógica e irracional? Si el Legislador balear, ante dos instituciones parecidas en su fin, se decide por remitirse a una de ellas y a callar absolutamente sobre la otra, y si, además, tal remisión ha de considerarse puntual, no cabe argüir esa finalidad común para así decir que también se aplica en Baleares la reserva ordinaria: el carácter puntual de las remisiones llama a la regla “inclusus unus, exclusus alterius”, no a la analogía ni a la interpretación extensiva. Lo contrario, a nuestro entender:

A.- Supondría aplicar analógica y/o extensivamente, y sin base legal, normas restrictivas de derechos (“odiosa sunt restringenda”), y la reserva

desde luego lo es para las facultades dispositivas tanto inter vivos como, obviamente, mortis causa del reservista.

En efecto, la jurisprudencia señala el carácter restrictivo que debe presidir la interpretación en materia de reservas: Así, en relación al Derecho catalán, de obvia idéntica raíz romana, como el nuestro, dicen las ya mencionadas SS. de la A.P. Barcelona de 6/9/2004 y de 14/12/2007 que: “..., en qualsevol cas, en tant suposen d’alguna forma una alteració del decurs normal del procés successori i per tant, com a normes de caràcter més aviat excepcional, són d’aplicació i d’interpretació restrictiva.” Las leyes excepcionales no son susceptibles de interpretación extensiva ni analógica (art. 4.1 C.c.). El propio Sr. Masot admitía expresamente que “las reservas deben ser objeto de un trato legal restrictivo, por suponer limitaciones a la facultad de testar, y consiguientemente a la libertad de la persona” (pág. 632).

B.- Es más, si queremos utilizar de todos modos la analogía, la reserva ordinaria no es, históricamente, instituto parejo a la reserva lineal, que, sin antecedentes históricos directos e inmediatos, fue “inventada” por el C.c., sino, como mantenemos, a la L.H.E., con su común rémora a las nuevas nupcias. Es con ésta, pues, y no con la reserva troncal o lineal, nacida con el C.c., con la que ha de hacerse la comparación. Recordemos que la remisión expresa al art. 811 del C.c. que hace el art. 43 no procede de la redacción originaria de la Compilación, sino de la reforma de 1990.

Es más, como dijimos, aunque se considerara a los efectos dialécticos que la reserva ordinaria debía en principio tenerse por vigente con la Compilación de 1961 por aplicación supletoria del C.c., tras la reforma de 1990, en que la limitación de la Lex hac edictali se suprime por considerarla injusta, inadecuada a las circunstancias actuales y por su posible inconstitucionalidad, difícilmente puede entenderse que ese mismo legislador quería la aplicación en Baleares de una institución aquejada por los mismos males, cuando pudiendo, sólo hace mención de la reserva a lineal del 811, callando por lo que se refiere a la reserva vidual.

XVI.- Tampoco creemos que sea esencial el argumento de que el art. 53 de la Compilación remite en cuanto a la sucesión intestada a lo dispuesto en el C.c., y en éste la reserva vidual se halla situada en sede de “disposiciones comunes a la sucesión testada y a la intestada”. Consideramos que entender aplicable a Mallorca la reserva ordinaria supone infracción del citado art. 53, pues supondría aplicarlo indirectamente, dándole un alcance que no tiene:

A.- En efecto, y en primer lugar, habrá que determinar el alcance de la remisión de la Compilación al C.c.

Es harto significativo que la Profesora D^a Francisca Llodrá, en las “Lecciones de Derecho civil Balear” (pág. 464) expresamente nos dice, la tratar de la sucesión intestada en Mallorca, que: “la regulación de la institución es: 1) En primer lugar las normas del C.c. español reguladoras de la sucesión intestada vigentes en el momento de la revisión de la Compilación, o sea, en 1990 (arts. 912 á 958)”. Es decir, según la autora, la remisión normativa es a los Capítulos III (arts. 912 á 929), sobre “Disposiciones generales” y IV (929 á 958) sobre “Del orden de suceder según la diversidad de líneas”, ambos del Título III del Libro III del C.c, pero no al Cap. V, sobre “Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él”, capítulo en que se regula la reserva vidual, pero también otras materias, como el derecho de acrecer (arts. 981 y ss.).

Ello tiene, a nuestro entender, su lógica. Lógica histórica, y lógica de Derecho positivo.

Lógica histórica, pues es bien conocida la polémica que despertó en las regiones forales, y, por tanto, también en Mallorca, la jurisprudencia sentada a partir de la S.T.S. de 13 de Diciembre de 1919 sobre la aplicación general a toda España de la sucesión intestada regulada en el C.c, basándose en que las normas forales al respecto habían sido sustituidas por la Ley de Mostrencos de 1835, ley de general aplicación en todo el Reino, y, a su vez, ésta había sido sustituida por el C.c. mismo. Pues bien: ésta aplicación general del C.c. se refería sustancialmente al orden de los llamamientos sucesorios (así lo dice la referida profesora al resumir los argumentos de la citada Sentencia: “la ley de Mostrencos estableció en su art. 2º un nuevo orden de suceder abintestato), pero no necesariamente a las disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada. Si desde 1919 rigiese íntegramente en todo el territorio nacional toda norma referida a la sucesión intestada contenida en el C.c., se hubiera aplicado desde esa misma fecha en Mallorca el C.c. tanto en relación al derecho de acrecer como a la reserva vidual, quedando derogado el Derecho foral en cuanto a estas instituciones. Que ello no era así lo demuestra el propio Pascual González, quien en 1951, no obstante admitir que la sucesión intestada se regulaba por entonces en Mallorca por el C.c. a tenor de aquella jurisprudencia (pág. 402), ello no le impide dedicar diez páginas de su obra (330 á 340) a la reserva ordinaria, diciéndonos (págs. 337-338) bajo el epígrafe “Derecho vigente en Mallorca”, como hemos visto, que se regía por aquellas fechas, no por el C.c., sino por el Derecho justiniano, como acreditaban las ya citadas sentencias de la Audiencia de 1882, y, en especial, la del Juzgado de Inca de 1940, veintinueve años posterior a la citada sentencia de 1919. Asimismo, no le impidió tampoco dedicar, en sus páginas 348 y ss., un íntegro epígrafe al “Derecho de acrecer según la legislación romana vigente en Mallorca”, bajo el cual no hay referencia alguna al C.c., y sí, en cambio, a la expresa regulación de ese derecho en los proyectos de Apéndice, transcribiendo los correspondientes

arts. del de 1920, que en su literalidad, regulan tanto ese derecho en relación a ambas sucesiones.

Y yendo a la lógica del Derecho positivo, ésta es conforme a los citados antecedentes históricos. Por un lado, la Exposición de Motivos de la ley de reforma de 1990, dice expresamente, en relación al alcance de la remisión operada por el art. 53, que: “superado el intento de reintroducir el Derecho romano justiniano por el proyecto de 1949, es evidente y no se ha considerado conveniente cambiar de criterio, habida cuenta del arraigo de la solución jurisprudencial y los casi treinta años de aplicación de la Compilación. En este sentido el art. 53 proyectado hace suyo el orden sucesorio intestado establecido en el citado Código civil ...” Y que esa remisión del art. 53 sólo es al orden de llamamientos lo revela el art. 24 párrafo 2º de la Compilación que dice expresamente que “sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior y en el último del art. 42, el derecho de acrecer se regirá por los preceptos del Código civil”, precepto superfluo si se entendiera que la tan reiterada remisión del art. 53 incluía también necesariamente la remisión a la regulación del acrecimiento en el Código. Por tanto, hay que atender a cada instituto jurídico en su individualidad y especificidad, que no indiscriminadamente a bloques normativos, y por ello, la remisión del art. 53, no implica necesariamente la aplicación de la reserva del C.c. en Mallorca.

B.- Esto último está en relación con que las remisiones normativas al C.c. que pueda operar la Compilación no alteran el sistema de fuentes que la misma establece, con prevalencia absoluta del Derecho foral, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del T.S.J. De esta forma, la remisión genérica al C.c. en materia de intestada no supone abdicación de la aplicación absolutamente prioritaria de la normativa balear, por lo que se mantiene la exclusión de las normas de Derecho común, si el supuesto vacío o laguna no es tal, sino manifestación de una voluntad de excluir determinada figura o norma, además, obviamente, de no poder aplicar las normas del C.c. que abiertamente contravienen los preceptos y principios de la Compilación.

Concretamente, de seguir a pie juntillas la postura contraria, resultaría que tan balear es la norma del art. 7 de la Compilación, que impone la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada, como el art. 912-2 y el art. 968 C.c., que presuponen todo lo contrario. De seguir, asimismo, aquella postura, resultaría que tan balear es la norma del art. 42 in fine de la Compilación, que dice que la porción del legitimario que no haya de satisfacerse no pasa a los colegitimarios sino que engrosa la parte de libre disposición, como la contraria que se deduce del art. 985-2 C.c.

En definitiva, si la remisión al C.c. es a un art. concreto (como es el

caso del art. 43 a los arts. 811 y 812) es claro, en tesis de principio, que ese concreto art. del C.c. al que se remite es aplicable; pero si se hace a un bloque normativo, como es el caso del art. 53, no puede decirse sin más que todo ese bloque normativo sea aplicable indiscriminada y acríticamente.

De esta forma de argumentar es prueba, por ej., la S.A.P., Sección Tercera de nuestra Audiencia Provincial, de 24 de Diciembre de 2002: la remisión en bloque al C.c. como Derecho supletorio que opera el art. 55 de la Compilación en materia de censos, alodios y otros derechos de naturaleza análoga, no impide afirmar a la Audiencia, por las razones que expone –esencial y precisamente, la aplicabilidad absolutamente preferente del Derecho propio frente al derecho común–, que no son de aplicación a la redención de los censos los requisitos previos previstos en el artículos 1.609 y 1.610 del Código Civil, aparentemente aplicables por la citada remisión genérica al mismo.

C.- En línea con lo anterior, si lo que se trata de dilucidar consiste en si se aplica la reserva ordinaria a Mallorca, el único precepto compilado que se refiere a las reservas es el art. 43.

Por ello, en la materia que nos ocupa, el art. 43 es *lex specialis* respecto del genérico 53, de manera si el legislador balear, pudiendo, contempló en 1990, al redactar el primero, sólo la lineal, es que ha excluido la ordinaria.

D.- Además, no coadyuva a la tesis de la vigencia de la reserva ordinaria en Mallorca el que la mención del art. 43 al art. 811 de la Compilación zanje la polémica sobre la aplicabilidad en Mallorca de la reserva lineal, pues la existencia misma de esa polémica demuestra, efectivamente, que no por la mera remisión de los arts. 51 de la Compilación del 61 y el vigente 53 de la del 90 se debía tener por automáticamente vigentes en Mallorca todas las normas del C.c. sobre la sucesión intestada. En efecto, si el art. 53 de la Compilación como el 51 de la anterior remiten a la sucesión intestada del C.c., éste, en dicha sede, concretamente en el art. 942 (art. 938 de su redacción originaria), ya dice que: “Lo dispuesto en esta sección –sobre la línea recta ascendente– se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los arts. 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria”.

Por tanto, si la aplicabilidad a Mallorca de los citados arts. 811 y 812 resultare ya de la remisión en bloque a la sucesión intestada del C.c., y, por tanto, a su art. 942, el art. 43 in fine de la Compilación resultaría un precepto sin sentido; y si el intérprete no puede presumir que el legislador establece normas superfluas, este último precepto no puede tener otro sentido que establecer taxativamente, y fuera de toda duda, los supuestos en que las reservas y las reversiones son aplicables a Mallorca.

XVII.- Tratando de resumir los anteriores argumentos, cumple reseñar: Que la reserva ordinaria existió en el Derecho histórico mallorquín, y por ello, constaba entre las figuras jurídicas entre las que el legislador debía verificar la criba o selección para su mantenimiento o su supresión; al no haberse hecho mención de ella ni en los textos prelegislativos (proyectos de Apéndice), ni en los definitivamente vigentes (Compilaciones de 1961 y 1990), debe entenderse que la figura decayó, y al haber sido excluida de propósito y considerarse jurisprudencialmente, además, que la mera existencia histórica de institutos jurídicos no da pie por sí solo a su mantenimiento actual, no cabe aducir la tradición jurídica insular, ni su trasunto de la “iuris continuatio”, ni mucho menos la aplicación supletoria del C.c., de forma que si así se opera, se transgreden tanto el art. 1º del C.c., como la D.F. 1ª del C.c. en materia de fuentes vigentes, entre las que se incluyen los principios del Derecho balear, esencialmente recogidos en los arts. 7, 14 y 16 sobre la incompatibilidad entre los diversos tipos de sucesión, la necesidad de institución hereditaria, y su perpetuidad, así como el efectivo alcance de la remisión a la normativa del C.c. sobre sucesión intestada que opera el art. 53 de la misma Compilación vigente, que suprime, en su actual redacción, figuras correlativas a la reserva ordinaria, cual es el caso de la llamada Lex Hac Editali.

VII.3- LOS PROCESOS DE FAMILIA: UN EJEMPLO DE DEFICIENTE REGULACIÓN

Isabel Tapia Fernández

Ha sido costumbre reiterada, en el seno de la Academia, dar solemnidad a la ceremonia de entrega del Premio Luis Pascual González con el discurso de un Académico sobre el tema tratado en la obra ganadora. Y ya es sabido que, en unas Corporaciones amantes de las tradiciones cuales son las Academias, estas costumbres acaban convirtiéndose en ley. En esta ocasión la entrega del VII Premio Luis Pascual González a la obra de Ricardo Yáñez Velasco –publicada asimismo en el presente Boletín– permitió a los asistentes al acto disfrutar de la magnífica conferencia –que a continuación se inserta– de la Académica y Catedrática de Derecho procesal de nuestra Universitat Isabel Tapia Fernández, en la que sometió a implacable análisis crítico la regulación legal de los procesos de familia, analizando especialmente las inevitables modificaciones que la ley 15/2005 de 8 de Julio –sancionadora del divorcio exprés– ha de provocar en los procesos referidos a las situaciones de crisis matrimonial, en los casos en que no existan menores afectados por la separación o el divorcio.

I.- En diciembre de 2001, el Parlamento de las Islas Baleares, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de autonomía, promulgó la Ley 18/2001, de parejas estables, siguiendo la trayectoria marcada por otras leyes de Parlamentos de diversas Comunidades Autónomas. Esta Ley –como se analiza en el trabajo del Dr. Yañez, merecedor del premio Lluís Pascual de este último año– constituye la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables; reconoce determinados efectos de la relación de pareja en la esfera civil y patrimonial; y las equipara a éstas con las conyugales en cuanto a derechos y obligaciones derivados de esa situación personal. Pero este régimen jurídico específico no alcanza el ámbito jurisdiccional.

Entiendo que, una vez adoptada por el legislador la decisión política de regular las situaciones de convivencia de hecho, se hacía imprescindible una referencia en el ámbito jurisdiccional, no fuera a ser que, a pesar de aquella proclamada equiparación de la pareja estable con los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges, nos encontremos, a la hora de resolver las diferencias surgidas de aquella situación, con unas uniones (la conyugales) de primera, y otras (las de hecho legalizadas) de segunda.

En los minutos que siguen, haré un brevísimo análisis del recorrido legislativo seguido para los procesos de familia en los últimos tiempos; al final del cual creo que quedará patente la falta de cuidado del Legislador a la hora de regular el enjuiciamiento de las diversas cuestiones que atañen a la familia.

II.- La doctrina española ha venido considerando que la regulación procesal de las cuestiones que derivan del “status familiae”, de las relaciones que se crean por consecuencia del matrimonio, ha de ser por fuerza especial por cuanto incide en una materia que tiene un acusado matiz público. Importa al Poder Público en estos casos intervenir en el juego de esas relaciones, para tutelar intereses que exceden de la vida privada. Y el proceso, obediente a ese principio básico, debe adoptar medios instrumentales para adecuarse a esa materia de acusado cariz público. De ahí la creación, en los diversos ordenamientos jurídicos, de unos procesos especiales, contruidos y estructurados al margen del proceso común.

Pero la cuestión se complica cuando, junto a la familia matrimonial, se regula otro tipo de familia, la de convivencia estable. Porque –como decía al principio– importa saber si a ese nuevo tipo de familia le es aplicable el sistema procesal específico de la familia matrimonial. Y se complica aún mas cuando el Legislador civil reconoce abiertamente que al Poder Público no le importa en absoluto la regulación procesal de las crisis de las parejas, matrimoniales o no matrimoniales; a no ser, faltaría más, que esas parejas

tengan hijos menores para los que, por supuesto, existe una clara protección legislativa.

No me voy a ocupar de la protección de los hijos menores de la pareja, ya sea matrimonial, ya sea de hecho legalizada o sin legalizar, para los que, como acabo de decir, existe una evidente preocupación de los Poderes Públicos. Me voy a referir a la situación jurídica de la familia creada por la unión de dos personas (por vínculo matrimonial o no) que tiene transcendencia jurídica.

La trayectoria legislativa ha sido la siguiente:

- 1º En el originario sistema procesal, el art. 483.º de la LEC de 1881 establecía que las demandas relativas al estado civil de las personas, se decidirían en juicio ordinario de mayor cuantía, el proceso ordinario de máximas garantías para el justiciable. Es verdad que no existía un cauce procesal especial para enjuiciar esas cuestiones, sino el general del juicio ordinario de mayor cuantía; pero lo cierto era que, por obra de algunas normas del Código civil o de otras disposiciones extravagantes de aquel cuerpo legal, y sobre todo por la fuerza de la doctrina del Tribunal Supremo, aquel proceso ordinario asumía perfiles que no eran los comunes.

- 2º. Con la salvedad de la Ley de Divorcio promulgada durante la Segunda República, que estuvo en vigor de 1932 a 1939, la regulación procesal especial de los procesos matrimoniales vino producida como consecuencia de la Ley de reforma del Código Civil de 1981. La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó el régimen legal del matrimonio en España; y se aprovechó la ocasión para abordar los inevitables aspectos procesales derivados de aquella reforma. De este modo, en las Disposiciones Adicionales, la Ley estableció un régimen especial procesal para encauzar aquellas materias “en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

- 3º. La regulación fragmentaria y dispersa, contenida en la Ley de 7 de julio de 1981, fue completada y sistematizada con la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que recoge en el Título I del Libro IV dedicado a los procesos especiales, un conjunto de normas de aplicación a unos procesos que tienen un denominador común: el acusado matiz público de la materia referida a las relaciones familiares. Estos procesos son especiales porque se configuran bajo unos criterios distintos de los comunes, en cuanto en ellos no rigen con plenitud los principios jurídico técnicos que informan el conjunto de procesos civiles, en lógica consonancia con la materia que regulan. Son los matrimoniales unos procesos donde el bien jurídico protegido supera el mero interés privado para erigirse en público; por tanto el principio de oportunidad con sus

lógicas consecuencias (principio dispositivo y de aportación de parte) que configura la generalidad de los procesos civiles, cede terreno a favor del principio de oficialidad.

- 4º. Paralelamente con las reformas legales de los procesos de familia, se promulgaron diversas Leyes en distintas Comunidades Autónomas regulando la situación de aquellas parejas estables (o de convivencia “more uxorio”) que quisieron legalizar su situación de hecho. Y, entre ellas, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables del Parlamento de las Illes Balears.

Con la regulación por parte de las distintas CCAA de estas parejas estables, se crea una situación legal un tanto peculiar; porque, hasta ese momento la situación era medianamente clara. Por una parte, la voluntad de una pareja de crear una familia que genera un vínculo jurídico, el matrimonial, regulador de sus relaciones personales y patrimoniales, es la que propicia toda esa regulación sustantiva y procesal muy especial. Y por otra, la voluntad de una pareja de no someterse a vínculo jurídico alguno implica la ausencia de normativa específica sustantiva y procesal. En este último caso (a salvo siempre de las cuestiones de orden público afectantes a los menores), las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de esa pareja de hecho se regularán por los concretos pactos que se puedan establecer, y sus controversias serán dirimidas a través de los genéricos cauces procesales establecidos para la generalidad de las materias. Como reiteradamente declara la jurisprudencia, el principio de igualdad no queda dañado, al tratarse de situaciones desiguales queridas y consentidas.

Pero es evidente que al formarse un tercer modelo de pareja: la de hecho pero sometida a Derecho, con expresa equiparación en sus relaciones personales y patrimoniales a las parejas conyugales, la situación se complica sobremanera. Porque si nuestra Constitución protege la institución de la familia, esta protección jurídica que el art. 39 CE asegura por parte de los Poderes Públicos, no cabe duda de que se ha de extender a cualquier tipo de familia (no sólo la matrimonial) y en condiciones de igualdad entre ellas. Por ello, a mi entender, no es lógico que en atención a la sensible materia que constituye el objeto de un proceso matrimonial se haya establecido un tipo de proceso especial, y que esa sensible materia, por no constituir objeto de un proceso matrimonial, sino de convivencia no matrimonial, quede al margen de toda especialidad procesal: el principio de igualdad ante la ley queda, a mi juicio, comprometido; al tratarse procesalmente de forma desigual situaciones sustantivas equiparables.

Que la regulación especial de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a las situaciones de crisis de una pareja no matrimonial, no ofrece dudas. En efecto: el art. 748 LEC enumera a qué procesos serán de aplicación las disposiciones a que se refiere el Título I; y, además de los de

capacidad, filiación, paternidad y maternidad, alude expresamente en el n° 3° a “los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos”. Y en el n° 4°, a “los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

Por tanto, estas normas especiales se aplican a los procesos matrimoniales y a los que atañen a la guarda y custodia y alimentos de los menores (fruto de matrimonio o de otro tipo de relación). Cualesquiera otras cuestiones distintas de las anteriores se regirán por el proceso ordinario que corresponda y que está previsto para toda clase de materias.

¿Por qué el legislador procesal de la Ley 1/2000 ha orillado toda referencia a las relaciones de pareja no matrimonial?

Si en estas materias existe un “indiscutible interés público” (como se afirma en la Exposición de Motivos), que obliga a diseñar esos procesos con quiebra del principio dispositivo ¿se puede sostener que ese interés público en la resolución de controversias sólo se da en las relaciones de matrimonio, y no en las relaciones de familia no matrimonial?.

El legislador de la nueva Ley procesal perdió una buena oportunidad para referir el proceso especial también a las uniones estables no matrimoniales. El por qué de esa omisión no se ha justificado.

Desde luego, no parece que haya sido un olvido. La expresa mención a los procesos “que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”, parece indicar que, junto a la regulación de las relaciones matrimoniales, el legislador ha pensado en aquéllas en que habiéndose producido fuera del matrimonio, quedan implicados derechos de los menores, como son la guarda y custodia y los alimentos que reclame un progenitor a otro en nombre del menor, siempre que el objeto del proceso sea exclusivamente ése. Y, por tanto, es perfectamente deducible que el legislador, por exclusión, no ha querido introducir en el ámbito de aplicación de aquel proceso especial cualquiera otra controversia referente a uniones no matrimoniales.

Y esto no parece razonable. Las uniones estables no matrimoniales no deberían verse mermadas en sus derechos (tampoco procesales), como si de una discriminación por razón de estado se tratase. Porque, una de dos, o los convivientes reniegan de someterse a ninguna normativa que regule sus relaciones; o si consienten en su regulación (aunque con una fórmula familiar distinta de la matrimonial), dicha regulación habría de extenderse, por lógica, también a la protección jurisdiccional de sus derechos.

No es posible, en este acto, analizar el régimen jurídico específico que para las parejas estables establece la Ley del Parlamento Balear, ni tampoco poner de manifiesto de forma concreta (esto es, cuestión por cuestión) ese tratamiento desigual en materia procesal. Baste decir, con carácter general, que toda la regulación especial aplicable a los procesos de familia matrimonial no es aplicable a las cuestiones que surgen bajo el cobijo de una unión no matrimonial (siempre con la salvedad de la existencia de hijos menores de esa relación de pareja).

- 5°. Finalmente, el último eslabón –por el momento– en este iter regulador lo constituye la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; Ley que da una nueva configuración a la institución del matrimonio. Y aunque esta nueva configuración es patente en el plano sustantivo, no parecía tener especial calado en el ámbito procesal, donde los preceptos de la LEC reformados son pocos, y las reformas de escasa entidad aparente.

En los minutos finales de esta intervención explicaré por qué, a mi juicio, la incidencia en el plano procesal de esta nueva regulación del matrimonio es mucho más profunda de lo que se ha querido mostrar. Y cómo, al mismo tiempo, justifica el título de esta charla: la chapuza legislativa.

Pero antes, siquiera sea para clarificar el panorama actual, y aun a sabiendas del general conocimiento que este auditorio especializado tiene sobre el tema, expondré muy sintéticamente el por qué los procesos “de familia” son unos procesos especiales en la nueva Ley procesal.

III.- Los procesos de familia son unos procesos especiales

Como decía anteriormente, en cuanto que se considera que el Derecho de familia no está configurado bajo el principio absoluto de autonomía de la voluntad, el interés público que subyace en él ha de suponer un claro límite a dicha autonomía; y, en consecuencia, el proceso que regula aquellas cuestiones de familia ha de adecuarse a aquellas limitaciones.

Pues bien, en estos casos, las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título I, especifican los límites de la autonomía de la voluntad, también en el proceso, puesto que se trata de una materia afectada por el orden público. Por eso, las normas que los regulan son normas imperativas, de “ius cogens”, que afectan a una serie de especialidades procesales referidas a las partes, al objeto del proceso, al procedimiento, y sobre todo, a la misma necesidad del proceso.

En efecto, las situaciones jurídicas a las que afectan estos procesos no se pueden producir espontáneamente, por la sola voluntad de las partes (como ocurre con la generalidad de las relaciones jurídicas civiles). Los particulares

–aunque estén de acuerdo– no pueden lograr por sí mismos las consecuencias jurídicas previstas en la norma reguladora de esas situaciones personales: se necesita el proceso y la actuación jurisdiccional. El proceso, así, y la sentencia que lo concluye son necesarios para crear la situación jurídica pretendida.

Pero además, la Ley establece especialidades en cuanto a las partes, en cuanto al objeto del proceso y en cuanto al procedimiento mismo. En todos estos aspectos se aprecia la fuerte disminución del principio dispositivo y de aportación de parte que rige para la generalidad de los procesos civiles.

Así, el art. 751 LEC establece la prohibición del poder de disposición sobre el objeto del proceso, de modo que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

Y el art. 752, con relación a la forma y tiempo de aportación de los hechos al proceso, prevé la quiebra del principio de preclusión y de aportación de parte, puesto que “los procedimientos a los que se refiere este Título (entre ellos, no se olvide, los de separación y divorcio) se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso”. Además, la iniciación probatoria no corresponde exclusivamente a las partes, sino también al Tribunal de oficio. Y no juega en estos procesos el mecanismo común de fijación de los hechos a través de la admisión. Así como tampoco rigen las normas que sobre la carga y valoración de la prueba se establecen con carácter general.

Es verdad que, para imponer estas normas no dispositivas, la ley siempre hace una salvedad: “respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este título, y que tengan por objeto materias sobre las cuales las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores”. Pero el problema es que la Ley no resuelve qué materias son de derecho dispositivo (y por tanto no afectadas por las normas especiales de este Título) y cuáles no. Está claro que las pretensiones de evidente contenido patrimonial no se verán afectadas por las normas especiales; pero en cuanto a las pretensiones matrimoniales en sentido estricto ¿quedan sujetas a estas especialidades?

Por lo que ahora interesa, entiendo que el proceso de separación y divorcio –por lo menos, hasta la Ley de 8 de julio de 2005– se seguía considerando en la LEC como un tipo de proceso no claramente dispositivo, sino afectado por un cierto interés público: siempre había que afirmar la concurrencia de una causa legal; y el tribunal sólo podía acceder a la pretensión si quedaba acreditada la causa alegada. De ahí, la exigencia del

proceso y de ahí las normas no dispositivas vistas anteriormente.

IV. La reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio

Pero con la reforma operada por la Ley de 8 de julio de 2005, considero que esta situación se ha visto completamente girada; y que ahora no se justifica un proceso especial para las pretensiones de separación y divorcio; y ni siquiera tengo claro que se necesite un proceso jurisdiccional, por lo que diré a continuación.

A grandes rasgos, la reforma de la Ley 15/2005 afecta a los procesos matrimoniales en los siguientes extremos:

a) Se mantiene la opción entre la acción de separación y divorcio, como una alternativa de los cónyuges a decidir si desean o no la disolución de su matrimonio; eliminándose, así, la exigencia de que previamente al divorcio exista un período de separación de hecho o judicial.

b) Ni la acción de separación ni la de divorcio dependen para su prosperabilidad de causa legal alguna que haya de ser alegada y acreditada. Basta la voluntad de la persona de no seguir vinculada con su cónyuge, para que el Juez deba acoger la petición. De “divorcio unilateral” se habla (obiter dicta) en algunas resoluciones de los tribunales; y de instauración en la España del Siglo XXI de la figura del “repudio”, por algunos autores.

c) Interpuesta demanda de separación o divorcio, se sigue el procedimiento previsto en el art. 770 (procedimiento contencioso), o el previsto en el art. 777 (procedimiento de común acuerdo).

Pues bien, las reformas de la Ley procesal con relación a estos procedimientos (contencioso o de común acuerdo) son mínimas, inapreciables para lo que ahora nos interesa; y tampoco existe reforma alguna en relación a las Disposiciones Comunes de los procesos regulados en el Título I del Libro IV (entre ellos, los de separación y divorcio); por lo que se podría pensar que en nada ha cambiado la esencia, fundamento y necesidad de un proceso especial que regule los procesos estrictamente matrimoniales.

Sin embargo, a poco que se reflexione, la conclusión a la que se llega es la contraria.

A mi juicio, la nueva configuración del matrimonio no justifica ya la existencia de un proceso especial no dispositivo. Porque ahora el hecho que justificaba aquella especialidad de principios (el interés público que subyace en la materia matrimonial) no está en absoluto comprometido en las situaciones matrimoniales como tales. Otra cosa son los efectos y consecuencias del matrimonio en cuanto a la existencia de hijos menores y el régimen jurídico con relación a ellos: esta materia sí que está fuertemente

afectada por el interés público. Lo que quiero decir es que no se justifica una regulación especial, cuando la única pretensión de tutela es el puro estado civil de las personas, sin repercusiones con relación a los menores.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, no se cansa de repetir y proclamar la autonomía de la voluntad de las partes, y la ausencia de interés público que exija satisfacción. De ahí que la especialidad de los procesos matrimoniales no tenga ya razón de ser. Porque la materia sobre la que tratan no es ya indisponible, sino disponible por sus titulares, por lo que toda quiebra del principio dispositivo debe quedar eliminada.

Pero es más. Si con lo anteriormente manifestado queda en entredicho la necesidad de un proceso especial para enjuiciar las pretensiones estrictamente matrimoniales, me parece que otro tanto hay que decir con relación a la necesidad de un proceso jurisdiccional para obtener la tutela jurídica de las pretensiones de separación y divorcio.

Al eliminar la nueva Ley las causas o motivos cuya acreditación era inexcusable para que el Juez pudiera acceder a la petición de separación o divorcio; al establecer ahora que lo transcendente es (y cito textualmente) la “voluntad de la persona que ya no desea seguir vinculada a su cónyuge”; por lo que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud” (Exposición de Motivos de la citada Ley) ¿qué necesidad hay de un proceso jurisdiccional a través del cual se dirima la contienda entre las partes?. Si, como sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Ley, “basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales (estupefacción absoluta) ¿qué tipo de litigio o contienda existe entre los cónyuges que necesite de un proceso jurisdiccional y de una sentencia que lo resuelva?. No parece imaginable un proceso (que, en cuanto tal y por esencia, implica una controversia entre litigantes cuya solución ha de venir dada por la sentencia jurisdiccional) en el que “el demandado no pueda oponerse a la petición”, ni “el Juez pueda rechazar la petición”. ¿Qué oposición o resistencia a la pretensión existe ahí?. ¿Qué mandato legal obliga al Juez a acoger la petición en todo caso?. ¿Para qué un proceso en el que la decisión le viene impuesta al Juez en atención a lo pedido por el actor?

Entiendo por lo anteriormente expuesto que, tras la promulgación de la Ley 15/2005, la falta de adecuación de la pretensión de divorcio con el sistema procesal arbitrado para su exigencia es patente. Y no sólo porque la nueva regulación no justifique ya la existencia de un procedimiento especial

de los previstos en el Título I del Libro IV de la LEC; es que ni siquiera justifica –a mi juicio– la existencia de un proceso jurisdiccional. Como he dicho en otro lugar, pienso que el trámite de un expediente de jurisdicción voluntaria o, incluso, la comparecencia ante un fedatario público podría ser suficiente para satisfacer la pretensión de separación y divorcio.

No creo haber exagerado al tildar a los procesos de familia como ejemplo de deficiente regulación, de falta de cuidado del legislador en una materia tan sensible como ésta. Pero por si acaso el ilustre auditorio al que me dirijo no ha quedado del todo convencido, ahí va el definitivo botón de muestra de mala técnica legislativa:

El art. 770 LEC, que regula el proceso de separación y divorcio contencioso, exige en su regla 1ª que a la demanda se acompañen una serie de documentos, “...así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho”; me imagino que se tratará de su derecho a solicitar la separación o el divorcio. Pues bien, si –como dice la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005– lo trascendente es “la voluntad de la persona que ya no desea seguir vinculada a su cónyuge”, de modo que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna”, ¿qué documento fundamentador de su pretensión de separación o divorcio debe aportar?.

¿Y para qué quiere el tribunal conocer los documentos que fundan el derecho del actor a su pretensión de separación o divorcio, si ni siquiera tiene que alegar el demandante derecho alguno susceptible de ser documentado?.

Pero es más, en la regla 4ª del art. 770, referida a la prueba, se dice que “... el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio”. Sin comentarios.

Hoy día, a la espera de que entre en vigor la reforma de la Ley procesal operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, el Legislador sigue empecinado en su error. Las normas que estamos comentando han sido contempladas en esta Ley de reforma; pero sólo para retocar la audiencia de los menores; sin reparar en los errores apuntados.

No he sido excesivamente dura al tachar de deficiente la regulación de los procesos de familia. La falta de homogeneidad, de coherencia interna, y de adecuación procesal, creo que ha quedado suficientemente mostrada.

VIII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO

SISTEMA LEGITIMARIO DE LAS ILLES BALEARS

Es una satisfacción para la Academia publicar en el presente Boletín el informe que ha elaborado la Comisión Académica de Derecho privado sobre nuestro sistema legitimario, ya que sabido es que pocos temas jurídicos son tan debatidos como los que hacen referencia a las legítimas, El informe fue elaborado por la Comisión Académica de Derecho privado, a partir de unas ponencias y comunicaciones de las que fueron autores los Académicos Jaime Ferrer –en la parte que concierne a Mallorca–, Josep María Quintana –en lo que respecta a Menorca– y José Cerdá y Bernardo Cardona –en lo que referencia hace a Eivissa y Formentera–. Con ellos han participado en las sesiones de la Comisión Eduardo Martínez-Piñeiro, Tomás Mir y Miquel Masot, quien ha coordinado los trabajos. El informe de la Comisión se sometió después al parecer de todos los Académicos, recogándose nuevas e interesantes aportaciones, siendo después presentado al Presidente del Govern Balear, a la Presidenta del Parlament y a la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear. Todos ellos expresaron su interés por el trabajo presentado, si bien esta última institución manifestó estar trabajando actualmente en un proyecto de ley de reforma del régimen económico matrimonial, por lo que resultará obligado posponer para más adelante los temas sucesorios, en los que, evidentemente, se tendrá muy en cuenta este informe.

I.- INTRODUCCIÓN

La Comisión interna de Derecho privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears quiere expresar, ante todo, su agradecimiento al Académico Sr. Ferrer Pons por su amplia y acertada ponencia en la que examinaba, con su proverbial conocimiento de causa, el planteamiento general del tema y el sistema legitimario de Mallorca. Las múltiples cuestiones sugeridas por su ponencia propiciaron, en el seno de la Comisión, un vivo e intenso debate, en el cual se expusieron múltiples opiniones, que se insertaron después en la misma ponencia, enriqueciéndola y dotándola aún de mayor extensión. Pero, evidentemente, este tratamiento amplio del sistema legitimario mallorquín no habría sido posible de no haberse contado con la base inicial que suponía la ponencia del Sr. Ferrer Pons.

Por lo que respecta a Menorca y Eivissa y Formentera, se realizó el estudio de su sistema legitimario en base a unas comunicaciones de los Académicos Sres. Quintana –en el caso de Menorca– y Cardona y Cerdá –en lo relativo a Eivissa y Formentera–. El resumen de dichas comunicaciones aparece en los apartados 2 y 3 del título III de este estudio, dedicados a los libros II y III de nuestra Compilación. Una vez estudiadas las mismas en el seno de la Comisión, se adoptaron los acuerdos que se expresan a continuación de los resúmenes.

La Comisión quiere expresar su agradecimiento a los autores de dichas ponencia y comunicaciones que, con sus acertados planteamientos y sugerencias, han facilitado el camino para la elaboración de este informe, sobre los siempre vivos y discutidos temas relativos a las legítimas.

II.- PLANTEAMIENTO

La Compilación balear dedica la mayor parte de su articulado a las relaciones patrimoniales dentro del matrimonio y a la sucesión “mortis causa”. La Comisión asesora de Derecho civil está ultimando la modificación del título I del libro primero (del régimen económico conyugal) y parece lógico que su siguiente tarea sea abordar el estudio de las sucesiones. Y dentro de esta materia es innecesario resaltar la importancia de las normas que regulan el sistema legitimario, que, en algún momento de su vida, afectan a casi todas las personas. Por ello, quizás sea la primera institución que conviene examinar. En un concreto aspecto de su total contenido, la ley balear 3/2009 ya se ha referido a las legítimas.

En la línea de trabajo iniciada con su propuesta de inclusión en la Compilación de disposiciones contenidas en la ley 41/2003, parece que la Academia no puede estar ausente de esta labor, aportando su visión

respecto al enfoque y alcance de la posible modificación, teniendo en cuenta la controversia doctrinal originada en materia de legítimas, lo que hace no sólo aconsejable, sino exigible, su intervención.

La primera cuestión que este trabajo plantea es la relativa a su alcance. La Comisión asesora de Derecho civil, como hicieron las dos anteriores, sólo ha entrado en el estudio del régimen económico matrimonial contenido en el libro primero. Y de todos es sabido que la regulación legitimaria se contempla en el libro primero, arts. 41 a 51 (para Mallorca y Menorca, con exclusión en esta última de la definición) y en el libro tercero, arts. 79 a 83 (aplicables en Eivissa y Formentera). Lo deseable sería que una reforma o actualización en materia de legítimas contemplara toda la normativa relativa a la misma en la Compilación. Ésta ha sido la solución en la ley 3/2009 que, al introducir unas causas de desheredación en la Compilación, ha modificado artículos en los libros primero y tercero.

Otra cuestión a tener en cuenta es si la reforma debe limitarse a aspectos puntuales de ineludible modificación o debe tener un carácter más amplio. Es la misma duda que se planteó la Comisión compiladora de la ley de reforma de 1990. Esta decisión condicionará el alcance del informe definitivo de la Academia.

Quizás lo deseable sea una modificación no limitada, pero este enfoque tiene el inconveniente de ser mucho más laboriosa, lo que dilata el tiempo de su preparación, desembocando, en ocasiones, en una consecuencia no deseable: que se malogre el trabajo de reforma por cambios personales en la composición de Comisiones y/o de órganos de decisión. Es más, una reforma de máximos del sistema legitimario exigiría el mismo enfoque para el resto del régimen de sucesiones, y el resultado no deseable sería inevitable.

Por ello quizás sea más aconsejable una revisión menos profunda de todas las instituciones actualmente contenidas en la Compilación e incorporar otras nuevas.

III.- EXAMEN DE CONTENIDOS

1.- LIBRO I MALLORCA

A.- LEGITIMARIOS

Son suficientemente conocidas las tesis contrarias al mantenimiento de las legítimas. Sin embargo no parece pueda plantearse su supresión absoluta, sobre todo teniendo en cuenta el contenido de las disposiciones del Código civil y de las leyes sucesorias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, así como los argumentos que abonan por su mantenimiento, los cuales es innecesario reproducir una vez más al ser sobradamente conocidos.

a.- Legítima de descendientes

Regulada en el Código civil y en todas las Compilaciones, si bien en la de Aragón se fija una legítima colectiva, pero no legítimas individuales, ya que puede dejarse a cualquier descendiente, y en la de Navarra, se establece una legítima formal (cinco sueldos febles y un robada de tierra en los montes comunes). En conclusión, parece evidente que esta legítima debe mantenerse. Es un argumento a su favor el hecho de que, en nuestro Derecho, la legítima a favor de los descendientes es una legítima corta, ya que el descenso de la natalidad ha determinado la práctica desaparición de la cuota legitimaria de la mitad, la cual exige la concurrencia de cinco hijos.

b.- Legítima de ascendientes

No acreditan legítimas en Navarra y Aragón. Sí en las restantes Compilaciones y en el Código civil. En Baleares, la ley de reforma de 1990, rectificando el proyecto de la Comisión compiladora, que se refería a padres y ascendientes, la limita a los padres. Es una legítima rechazada por muchos juristas, en base a variados argumentos.

¿Es oportuno plantear la supresión de esta legítima? Se ha dicho que no es aceptada de buen grado por los causantes (descendientes), como ocurre en la mayoría de los supuestos de limitaciones a una parcela de la libertad y toda legítima consiste en esto exactamente. También parece un aspecto a tener en cuenta las soluciones, ya indicadas, en las legislaciones civiles españolas. Y, finalmente, reconocida la legítima de los descendientes, quizás no debe olvidarse el principio de reciprocidad. Principio que sí tiene en cuenta el art. 451.4 de la ley 10/2008 de 10 de Julio de Catalunya, que no sólo reconoce legítima a favor de los padres, sino que la fija de igual cuantía que la de los descendientes: una cuarta parte.

Sin embargo, no ha faltado quien se haya pronunciado, en el seno de la Comisión académica que ha estudiado el tema, por la total supresión de esta legítima, por entender que la misma plantea muchos problemas en caso de concurrencia, en una misma sucesión, de ascendiente y cónyuge viudo, en los casos –bastantes frecuentes– en que el caudal hereditario se reduce a la vivienda habitual del causante, en cuyo supuesto el pago de la legítima del ascendiente exige la atribución al mismo de una cuota de copropiedad de dicha vivienda. Además, se considera que las prestaciones sociales que reciben generalmente las personas de avanzada edad –y, en su caso, los alimentos que pueden percibir de parientes obligados a ello– son suficientes para cubrir sus necesidades, sin que sea preciso atribuirles una legítima.

c.- Legítima vidual

Con enfoques diferentes, casi todas las legislaciones de nuestro país regulan atribuciones legales a favor del cónyuge viudo. En Mallorca y Menorca gozan de aceptación casi unánime, y esto lo reflejó la ley de

reforma de 1990. El tema de la legítima viudal en Eivissa y Formentera se estudiará al tratar del libro III de la Compilación.

Los miembros de esta Comisión académica son partidarios del mantenimiento de la misma. Sin embargo, hay que dar cuenta de que se ha hecho llegar a esta Comisión la opinión de un respetado Académico que propone la sustitución de la legítima viudal por un derecho de alimentos, a satisfacer al cónyuge viudo y a cargo de los herederos del premuerto, institución que, dada su peculiar naturaleza, encontraría mejor encuadre dentro del Derecho de familia que en el de sucesiones. Estos alimentos vendrían a ser una atribución “ex lege”, basada en la relación matrimonial y en la consiguiente convivencia que la misma supuso.

Centrándonos en el art. 45, el mismo precisa unos retoques, fundamentalmente de carácter técnico.

No tiene sentido mantener, en el párrafo 1º del mismo, las palabras “salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto”, porque la ley 15/2005 de 8 de Julio ha eliminado la separación causal, no pudiéndose contener, en las sentencias de separación, declaración sobre quien sea el consorte que ha dado lugar a la misma con su conducta. Igualmente, en la separación de hecho es absurdo que, para la determinación de si el sobreviviente tiene o no derecho a legítima, el Tribunal tenga que analizar las conductas de los consortes separados para tratar de deducir –lo cual no deja de ser una probatio diabólica– cual de los cónyuges fue, en definitiva, el culpable de la separación. No puede olvidarse que, en el Ordenamiento jurídico actual, la separación matrimonial viene configurada como una facultad de los cónyuges, sin necesidad de causas que la justifiquen, según nos recuerda la interesante sentencia 2/2209 de 27 de Julio de la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia.

El párrafo 2º del precepto nos dice que “interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el art. 835 del Código civil”, el cual, en la redacción vigente al aprobarse la Compilación de 1990, señalaba que “cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación el sobreviviente conservará sus derechos”. Este artículo del Código civil fue modificado por la ley 15/2005 de 8 de Julio, que suprimió la primera frase, centrándose sólo en la reconciliación.

Sabido es que la disposición final 2ª de la Compilación sanciona el carácter estático de las remisiones, por lo que hay que entender la misma hecha al texto vigente al aprobarse la Compilación de 1990. Pero no puede olvidarse que la mencionada ley 15/2005 de 8 de Julio ha entronizado la separación no causal; y, en base a ello, no tiene sentido “esperar al resultado del juicio” si durante el mismo fallece uno de los esposos, ya que, en tal caso, la sentencia no podría declarar la separación de un matrimonio

que no existe ya al haber fallecido uno de los cónyuges, y, de otro lado, no podría tampoco atribuir la separación a la conducta de uno u otro cónyuge, al haberse configurado la petición de separación como una mera facultad no relacionada con la situación del matrimonio. La práctica de los Juzgados de Familia nos muestra que los procedimientos de separación se archivan inmediatamente de tenerse noticia del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Por lo tanto es procedente eliminar las palabras “se esperará al resultado del juicio”. Pero debe tenerse en cuenta, además, que el texto del art. 835 Cc anterior a la reforma de la ley 15/2005 de 8 de Julio no deja de presentar inconvenientes: la palabra “perdón” es un concepto extrajurídico y su utilización en un precepto legal puede producir inconvenientes; y, por otra parte, la reconciliación –tal como la configura hoy el art. 84 Cc– exige su comunicación al Juez que entienda, o haya entendido, del procedimiento de separación para surtir efectos jurídicos. Lo cual es totalmente lógico, pues si la reconciliación determina la recuperación del derecho a la legítima viudal, es natural que se exija su constancia fehaciente.

Por todo ello, creemos que el actual párrafo 2º del art. 45 Comp. debería ser sustituido por el siguiente texto: “si entre los cónyuges separados hubiere mediado reconciliación, debidamente notificada al Juez ante el que se estuviere tramitando, o se tramitó, el procedimiento de separación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

B.- CUOTAS

La legítima de los descendientes, variable según el número de hijos conforme a la solución justiniana, parece debe mantenerse. Por su origen y ser caso único en el Derecho civil español. De todas formas, es oportuno señalar –tal cual antes se ha anticipado– que el descenso de la natalidad ha determinado una práctica desaparición de la cuota legitimaria de la mitad.

En el supuesto de mantenerse la legítima de los padres, ¿debe reducirse?. Es una solución que no deja de resultar interesante, si bien conviene recordar que en la ley de reforma del 90 ya pasó de la tercera a la cuarta parte. Ya se ha indicado la solución catalana y parece innecesario recordar la que establece el Código civil, que es la del art. 79 Comp.

De todos modos, y en la vía de la reducción antes indicada, ha merecido general aceptación, en el seno de la Comisión académica, la posibilidad de reducción a la mitad de esta cuarta parte, en caso de ser sólo uno el padre que sobreviva al descendiente causante de la sucesión. En tal supuesto, el precepto debería expresar que constituye la legítima de los padres la cuarta parte del haber hereditario si ambos concurren a la sucesión del hijo; de haber fallecido uno de ellos, el padre sobreviviente tendrá derecho, en concepto de legítima, a una octava parte del haber hereditario.

Por lo que respecta a la cuota viudal usufructuaria, en el seno de la Comisión académica se han apreciado tres tendencias.

En primer lugar, el mantenimiento de la situación actual, recordando que ya la ley de 1990 incrementó sustancialmente la cuota viudal usufructuaria.

En segundo lugar, proceder al incremento de la misma, dentro de cuyo supuesto se barajan distintas posibilidades: establecer una cuota usufructuaria sobre dos tercios de la herencia en todo caso de concurrencia con legitimarios –sean descendientes o ascendientes, aunque en caso de concurrencia con cinco o más descendientes no dejaría de producirse una colisión– y usufructo universal en los demás supuestos; también cabe la concesión, en todo caso, al cónyuge viudo del usufructo universal de la herencia, e incluso, la atribución al mismo de una cuota en propiedad. Estos criterios se basan en el hecho de que, en la inmensa mayoría de testamentos, el testador confiere al cónyuge viudo el usufructo universal, reforzándolo, en caso de concurrencia de legitimarios, con la cautela socini, lo cual muestra su evidente deseo de favorecer al cónyuge viudo.

Finalmente un sector minoritario ha apuntado la posibilidad de mantener la cuota legalmente establecida en caso de concurrencia con descendientes y con ascendientes, pero eliminar el usufructo universal, estableciendo que, en caso de concurrencia con no legitimarios, la cuota usufructuaria sería de 3/4 de la herencia. Esta consideración se basa en que el sistema actual puede dar lugar a situaciones injustas cuando el causante deja cónyuge viudo joven e instituye heredero a otro familiar, con la consecuencia de que éste no podrá generalmente llegar a disfrutar nunca de la herencia, por usufructuarla una persona de su misma edad. Es indudable que de esta manera no se respeta la voluntad del causante, pues no hay que olvidar que éste no instituyó heredero al cónyuge viudo sino a otra persona; y no puede olvidarse, por otra parte, que la legítima no deja de ser una restricción a la libertad de testar, que no puede ampliarse hasta el punto de hacer casi ineficaz la disposición testamentaria a favor del familiar designado heredero. En definitiva, si el usufructo viudal pasa, en estos casos, a las 3/4 partes de la herencia, se llega a una solución similar a la de la *lex falcidia*, quedando así para el heredero una cuarta parte de la herencia, que puede pasar a poseer de manera inmediata.

C.- DESHEREDACIÓN Y PRETERICIÓN

La ley de reforma fijó, con todo detalle, los efectos de la preterición, en sus dos modalidades de intencional y errónea. No obstante parece necesario una precisión respecto al párrafo segundo del art. 46, que se refiere a “la preterición no intencional de hijos o ascendientes legitimarios”; la propuesta de la Comisión fue otra: “la preterición no intencional de hijos o descendientes legitimarios...”. En el texto castellano de la ley se sustituyó “descendientes” por “ascendientes”. Ello no puede interpretarse como una eliminación de los descendientes, sino como una ampliación a los ascendientes. Pero es una interpretación forzada, ya que si bien todos los

descendientes, del grado que sean, pueden resultar llamados como legitimarios, respecto a los ascendientes únicamente lo son los padres, o sea los de primer grado (art. 41). Así lo establece la ley de reforma, modificando el criterio de la Comisión compiladora, como se ha indicado. Parece evidente que estamos ante un error del legislador, que exige una subsanación. Y lo lógico es que sea volviendo al enfoque de la Comisión compiladora, pues no puede olvidarse que en el texto catalán se habla de “preterició no intencional de fills o descendents legitimaris”, lo cual acredita que la inexactitud del texto castellano ha sido consecuencia de un error material.

También podría introducirse un apartado que precisara cuando un legitimario se considera preterido, extremo que la Compilación no recoge, ya que únicamente se refiere a sus efectos. En este sentido, podría considerarse preterido al legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima, o que resulte imputable a ésta, y tampoco lo ha desheredado.

Respecto a la desheredación injusta el mismo art. 46 regula sus efectos, sin establecer las causas de desheredación. La ley 3/2009 ha colmado esta laguna, añadiendo un art. 7 bis a la Compilación, si bien la falta de precisión de dicha ley no deja de presentar algunas dudas y mostrar insuficiencias.

Señala en efecto dicha ley las causas de indignidad (art. 7 bis.1), para establecer a continuación, en el apartado 3, que estas causas de indignidad son también justas causas de desheredación. Entonces la primera duda que se plantea es si la ley autonómica ha dejado sin efecto las causas de desheredación establecidas en los arts. 852 a 855 del Código civil. La respuesta afirmativa sería de graves consecuencias, ya que resultarían eliminadas justas causas de desheredación de las previstas en el Código civil, como son haber negado los alimentos, haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales o haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra (sin que haya existido condena en sentencia firme); y ello es así porque el art. 7 bis de la ley autonómica configura unas causas de indignidad derivadas casi exclusivamente de juicios o condenas penales.

Por ello hay que concluir que siguen subsistiendo las causas de desheredación del Código civil, lo cual puede deducirse de la remisión que al mismo se efectúa en el apartado 4 del art. 7 bis de la ley autonómica, al disponer que “en todo lo demás se aplicará supletoriamente el Código civil”. De todas formas debe lamentarse la técnica legislativa empleada, que ha introducido confusión en esta delicada materia.

Además, se estaba en la ocasión propicia para introducir, como causa de indignidad y desheredación, la de aquellos familiares, con derecho a la herencia de una persona con discapacidad, que no hubiesen prestado al mismo las atenciones debidas, considerando como tales el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como la educación e instrucción posible.

E igualmente, sería plausible introducir, como causa de desheredación, otras figuras establecidas en el Derecho comparado, como la que considera como tal la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario si es por causas exclusivamente imputables a éste. Aunque la apreciación de estas situaciones puede derivar en juicios, siempre será preferible acudir en auxilio de quienes, con ocasión de testar, no dejan de manifestar al Notario su estupor ante el hecho de tener que dejar una legítima a un descendiente que ha “pasado” olímpicamente de ellos.

La regulación de la desheredación parece suficiente, al establecer causas y efectos de la desheredación injusta; aunque podría ampliarse a:

- requisitos (en testamento o codicilo, con expresión de causa y designación nominal).
- no parcial ni condicional.
- perdón y reconciliación.
- impugnación.

En este sentido, parecen sumamente acertadas algunas normas que sobre el particular suministra el Derecho comparado. Y así, podría establecerse que la desheredación debe hacerse en testamento, codicilo o pacto sucesorio y requiere la expresión de una de las causas establecidas en el art. 7 bis.1 de la ley de 21 de Abril de 2009 o en los arts. 853, 854 y 855 del Código civil; aunque, para evitar remisiones, sería preferible mencionar estas causas, que serían las que a continuación se relacionan.

En lo que respecta a la desheredación de hijos y descendientes, haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. En cuanto a las justas causas para desheredar los padres y ascendientes, haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo, haber abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos y haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubiera habido entre ellos reconciliación. Y serían justas causas para la desheredación del cónyuge el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, haber negado los alimentos a los hijos o al otro cónyuge, y haber atentado contra la vida del cónyuge testador si no hubiera mediado reconciliación.

De esta manera quedarían perfectamente fijadas, sin posibles dudas, las causas que pueden dar lugar a la desheredación, evitando confusionismos que no son procedentes en una materia tan delicada.

Por otra parte, es obvio que la desheredación no puede condicionarse a ningún evento ni ser tampoco parcial, debiendo considerarse ineficaz la desheredación si viene acompañada de circunstancias que la condicionan o limitan. Ello se considera preferible a tenerlas por no puestas, pues supondría dar validez a una declaración tan grave como la desheredación sin respetar plenamente la voluntad del desheredante.

En cuanto a la posibilidad de reconciliación y perdón, es preciso que este último haya sido concedido en escritura pública, mientras que la reconciliación debe deducirse de actos ciertos e indudables; tanto la reconciliación como el perdón dejan sin efecto la desheredación, siempre que sean posteriores a la desheredación; curiosamente el art. 451.19 de la ley catalana 10/2008 de 10 de Julio manifiesta ser indiferente que la reconciliación o el perdón sean anteriores o posteriores a la desheredación, sin embargo no acaba de parecer lógico que puedan ser anteriores a aquella.

Por lo que respecta a la impugnación de la desheredación podrían ser de aplicación las reglas procesales expresivas de que, en caso de impugnar el legitimario la desheredación alegando inexistencia de causa, la prueba de que ésta existía corresponde al heredero; en cambio si el legitimario alega reconciliación o perdón, sobre él recaerá la carga de la prueba de haberse producido los mismos.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción de impugnación de la desheredación, parecería lógico –por similitud con lo dispuesto en el art. 7 bis.2 de la ley balear de 21 de Abril de 2009– que se esté ante un plazo de caducidad y que sea de cinco años contados desde que se tuvo posibilidad de ejercitar la acción. Pero no cabe duda que este plazo resulta excesivo, ya que durante el mismo se mantiene la sucesión en situación incierta, por lo que sería aconsejable reducir el plazo a uno o dos años como máximo.

D.- NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA

La establece el actual párrafo primero del art. 48. Conocida la situación legal anterior a 1961, con hasta tres posturas doctrinales (pars valoris, pars hereditatis y pars bonorum) y la imprecisa redacción en la ley de 1961, parece indudable que la solución recogida en la ley de reforma de 1990, que podrá gustar o ser criticada, tiene una virtud: es clara. Afirma el carácter de “pars bonorum” y elimina la criticada rigidez anterior que exigía su percepción en bienes de la herencia. Es indudable que esta solución debe mantenerse.

E.- ACCIONES

Como sucede en materia de naturaleza de la legítima, también están reguladas con total precisión las acciones que competen a los legitimarios, con una excepción, perfectamente congruente con la posibilidad de pago de la legítima en metálico.

En consecuencia, tampoco es necesario modificar la regulación legal contenida en el primer párrafo del art. 47.

F.- CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

En las tres cuestiones que contempla –bienes y su valoración, computación y deudas y cargas–, el actual art. 47 introdujo una regulación que colmó la laguna legal absoluta que la Compilación del 61 presentaba en

relación al “cálculo de la legítima”. Su redacción representó un avance muy importante.

No obstante se produce un error en la versión en lengua catalana de su párrafo segundo, en el punto concreto de “la deducción de gastos de última enfermedad, entierro y funeral”.

En la versión castellana, con absoluta claridad, estas partidas son deducibles. Y quizás sea oportuno aclarar que la Comisión redactó sus propuesta en esta lengua.

La versión catalana, al referirse a deudas y cargas deducibles, expresa: “... no s’hi han d’incloure les impossades al testament, així com tampoc les despeses de darrera malaltia, enterro i funeral”. O sea exactamente lo contrario a lo que indica la versión castellana. Es evidente que no es aconsejable mantener por más tiempo esta contradicción, imponiéndose por tanto suprimir la palabra “tampoc” de la versión catalana.

Solucionado al punto anterior, ¿puede mejorarse la redacción del art. 47? En su último párrafo se regula la computación de liberalidades, como operación de unir, de forma ideal o contable, las liberalidades; la ley de 1961 no sólo no contenía ninguna regulación relativa a la computación de liberalidades, naturalmente otorgadas en vida del causante, sino que indicaba que “la legítima se computará en relación a los bienes hereditarios existentes al fallecimiento del causante...”, utilizando el término “computar” de forma absolutamente inapropiada en una normativa reguladora del sistema legitimario.

Por ello, puede afirmarse que el cálculo de la legítima introducido por la ley de reforma se realiza de forma apropiada y puede mantenerse en su redacción actual.

G.- FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

El art. 48, modificado por la ley del 90, indica unas formas de atribución de legítima. La solución legal ha planteado la duda de si estas formas son limitativas o se indican por vía enumerativa. La cuestión no es de escasa importancia.

Pero no parece absolutamente necesaria una modificación del art. 48, ya que las formas de atribución de legítima se entiende que están indicadas por vía enumerativa y no limitativa ni exhaustiva, lo que sin duda confirma el art. 47 al establecer que “la legítima puede ser atribuida por cualquier título”, y que intenta reforzar el art. 48 –reformado por ley del 90– al hablar de “institución de heredero, asignación o distribución de bienes, legado y donación a favor de quien resulte legitimario”.

H.- PAGO DE LA LEGÍTIMA

La modificación del art. 48. por la ley de reforma, no sólo fijó con toda

precisión la naturaleza de la legítima mallorquina y menorquina, sino que, y en una cuestión íntimamente ligada con la naturaleza, introdujo una profunda reforma, respecto a su pago, suprimiendo la necesidad de tener que realizarlo “en bienes de la herencia, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador”. Esta exigencia, unánimemente criticada por la doctrina, desaparece. Se autoriza su pago en dinero extra hereditario y se realiza una satisfactoria regulación legal del mismo. Por ello, parece innecesario modificar esta materia.

Pero sí es ineludible una referencia al párrafo último de dicho art. 48, en sus remisiones a los arts. 839 y 840 del Código civil. El art. 839 –que establece una forma de satisfacer al cónyuge su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo– tiene perfecto encaje en el sistema legitimario del libro primero.

No ocurre lo mismo con la remisión –estática, conforme a la disposición final 2^a de la Compilación– al art. 840, que plantea la concurrencia de cónyuge con hijos sólo de su consorte, concebidos constante matrimonio de ambos. En el Código civil se produce una colisión entre la cuota en usufructo del viudo (un medio) y la legítima de los hijos (dos tercios) y el citado art. 840 arbitra la forma de solucionarla. Pero en la Compilación no puede darse esta colisión que resulta del art. 837 del Código civil, ya que en esta concurrencia de legitimarios, la cuota en usufructo de un viudo es de un medio y la legítima de los hijos es de un tercio o un medio, según sea su número.

Es, pues, errónea la remisión al art. 840. Sin embargo las facultades de conmutación establecidas en los arts. 839 y 840 del Código civil no dejan de considerarse justas y adecuadas, pudiendo solucionar en la práctica bastantes problemas; y, además, no hay que olvidar que su ejercicio requiere el mutuo acuerdo, y en defecto del mismo el mandato judicial.

Es evidente que resulta justa la facultad que a los herederos concede el art. 839 para satisfacer el usufructo viudal asignando al cónyuge viudo una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, solución a la que han tenido que acogerse, en ocasiones, los instituidos herederos que no tengan la condición de descendiente o ascendiente del testador, en casos de concurrencia con cónyuge viudo –al que corresponde, por tanto, el usufructo de toda la herencia– cuando los concurrentes a la misma tienen una edad similar. Y también lo es la conmutación del art. 840, pues pueden darse ocasiones en que el usufructo viudal no permita al cónyuge viudo una congrua sustentación, cual ocurriría en caso de recaer el mismo sobre una finca rústica de gran valor pero improductiva.

Por todo ello sería preferible sustituir la remisión a los arts. 839 y 840 por una disposición expresiva de que tanto los herederos como el cónyuge viudo podrán exigir que el usufructo viudal se sustituya por la asignación de una renta vitalicia, de los productos de una determinada explotación, de un

capital en efectivo o de un lote de bienes hereditarios, debiendo proceder para ello de común acuerdo todos los herederos y el cónyuge viudo y, de no conseguirse éste, en virtud de demanda judicial.

I.- IMPUTACIÓN LEGITIMARIA

Se refiere a esta materia el art. 48 que establece: “la institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor del legitimario se imputarán en satisfacción de la legítima”. O, en otras palabras, se aplicarán a cubrir lo que deba percibir el legitimario por su cuota. Este efecto se produce incluso en el caso de que el legitimario renuncie la herencia, la asignación o distribución o el legado.

Y aunque el concepto de imputación puede ser entendido de dos formas, quizás lo importante es que se refleja que lo que se ha recibido por donación o lo que se recibe a título de herencia o legado, o los bienes recibidos por asignación o distribución se aplican al pago de la cuota viril. Siempre que el testador, el donante o el heredero distribuidor no dispongan lo contrario, se considerarán efectuados a cuenta de legítima. Y aunque la redacción quizás podría ser más precisa, no parece que exija modificación o aclaración.

J.- CAUTELA SOCINI

Recoge esta secular institución el art. 49, que es el único que mantiene la misma redacción que estableció la Compilación en su versión de 1961. Que ello sea así, después de los profundos cambios que introdujo la ley de reforma de 1990, dice mucho del acierto de los legisladores que, conocedores de la problemática que la norma soluciona, no sólo mantuvieron esta institución, sino que la redacción precisa del artículo que la recoge ha permitido su casi diaria aplicación notarial, con una rara y unánime aceptación, no sólo doctrinal, sino por los causantes testadores, e incluso por los legitimarios, o al menos sin su rechazo.

En consecuencia, parece absolutamente necesaria no sólo la conservación de la institución sino el mantenimiento de la actual redacción del art. 49.

Sin embargo no puede olvidarse que la cautela socini es una excepción al principio de intangibilidad de la legítima; y este principio no aparece proclamado en la Compilación de manera directa sino que lo hace por deducción de lo dispuesto en otros artículos, concretamente en el art. 49 –que, precisamente, al tratar de la cautela socini recoge la opción del legitimario de “hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación”– y en los propios artículos establecedores de las cuotas legitimarias, ya que se habla de la tercera parte, cuarta parte o mitad del haber hereditario sin previsión alguna de limitaciones o posibilidad de gravámenes.

Por ello, y en buena técnica legislativa, tal vez sería preferible establecer en el art. 49, de entrada, el principio de intangibilidad legitimaria para insertar a continuación dos excepciones, que serían la derivada de la cautela

socini y la que se produciría en caso de acometerse la reforma legislativa propugnada en anterior estudio de esta Academia, en el que se trataba de la posibilidad del testador de establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, de la que sería fiduciario el descendiente incapacitado judicialmente y fideicomisarios los restantes legitimarios.

En este caso, el texto del art. 49 podría comenzar diciendo que no podrán establecerse sobre la legítima limitaciones, condiciones, cargas o gravámenes de ninguna clase, con las dos únicas excepciones indicadas en los párrafos que siguen.

La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen, se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación.

Asimismo los legitimarios deberán respetar la sustitución fideicomisaria impuesta por el testador sobre la legítima en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, el cual será fiduciario en dicha sustitución y fideicomisarios los restantes legitimarios.

K.- DEFINICIÓN

Parece innecesario referirse al arraigo de la definición y el finiquito en Mallorca y las Islas Pitiusas. La ley de reforma de 1990, en su exposición de motivos, se refiere a su práctica orfandad de regulación en la Compilación de 1961, que se limitó a fijar su concepto de manera imperfecta. Fue aquella ley la que señaló su naturaleza, requisitos y, muy especialmente, sus efectos en los arts. 50 y 51. La ley balear del impuesto sobre sucesiones y donaciones ha contribuido poderosamente a la revitalización de la institución, determinando una más frecuente utilización de la misma, de lo que son prueba fehaciente los protocolos notariales.

A pesar del avance que supuso la ley de 1990, y que la aplicación de la misma ha producido escasa conflictividad, es inevitable plantear si es pertinente una modificación de su actual regulación. Son conocidas las importantes sentencias, sobre la materia, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y las aportaciones de juristas baleares, que podrían traducirse en una mejora de la actual normativa. Importante sería también la especial implicación de los académicos vinculados a las Islas Pitiusas, pues no hay que olvidar que los arts. 50 y 51 de la Compilación son de aplicación en dichas islas “en cuanto fuere compatible con la función y significados usuales del finiquito de legítima en Eivissa y Formentera” (art.77).

2.- LIBRO II MENORCA

Esta comisión encargó al Académico menorquín Sr. Quintana Petrus, profundo conocedor del Derecho de Menorca, la realización de un trabajo

sobre el tema que nos ocupa referido a dicha Isla. El Académico cumplió el encargo, poniendo a disposición de la Comisión académica un interesante estudio en el que somete a revisión la actual normativa impeditiva, en la vida jurídica de Menorca, de los pactos sucesorios, según establecía la Compilación de 1961 y ratifica la vigente de 1990.

Así como no pueden haber dudas –dice el mencionado Académico– de la inaplicación en Menorca del título III del libro I –relativo a los censos y alodios– por su falta de tradición en ella, su conflictividad y tratarse de unas figuras extrañas al concepto que hoy tenemos de la propiedad, distinta puede ser la opinión sobre la sucesión contractual, que aunque es una institución no utilizada en Menorca, tanto en su consideración de donación universal como en la de definición de legítima, podría empero aportar hoy una nueva posibilidad jurídica de disposición que, en algunos casos, podría encajar perfectamente con las finalidades perseguidas por el otorgante. Y, en realidad, ello incluso podría enmarcarse dentro de una política legislativa que, en materia de Derecho civil, tienda más al acercamiento que a la diversificación, siempre que, claro está, ello sea posible y no conculque tradiciones jurídicas seculares.

Tras el estudio de la comunicación, la Comisión decidió hacer suyas las conclusiones a las que llega su autor, considerando que –en lo que se refiere a la definición de legítima– su posible otorgamiento redundaría en beneficio de los menorquines, pues, sobre no ser una institución imperativa –sólo hará uso de ella quien quiera– son de prever bastantes supuestos en que sería de interés su otorgamiento, cual ocurre en las familias en que uno de los hijos recibe de sus padres una importante liberalidad con la condición –que sin el juego de la definición sería de imposible atadura jurídica– de que nada percibirá ya en su herencia, y también están los supuestos en que los padres, de común acuerdo, disponen desigualmente en favor de sus hijos, compensándoles la menor participación en la herencia de uno de ellos con la mayor participación en la del otro, dándose también aquí la circunstancia de que sólo la definición asegura que no existirán reclamaciones de legítima una vez muertos los padres.

3.- LIBRO III EIVISSA Y FORMENTERA

En este caso, los Académicos Sres. Cardona Escandell y Cerdá Gimeno, concedores profundos del Derecho de las Pitiusas, habiendo formado ambos parte de la Comisión redactora del anteproyecto de ley 8/1990 de 28 de Junio de modificación de la Compilación, han remitido comunicaciones cuyo contenido se pasará a resumir a continuación.

Esta Comisión agradece dichas importantes colaboraciones, cuyo mérito fundamental deriva del hecho de proceder de juristas que han conocido la praxis de las Islas Pitiusas durante toda su vida profesional, aparte del hecho de haber intervenido ambos en la elaboración de la normativa civil vigente en dichas Islas y de haber dedicado el Sr. Cerdá Gimeno al Derecho de

Eivissa y Formentera numerosos artículos y obras de gran importancia.

Procediendo ya a resumir el contenido de las comunicaciones en cuestión, y pasando a la consideración de las personas con derecho a legítima, ambos académicos son partidarios de mantener la legítima de los descendientes, por ser tradicional en la Isla, apuntando simplemente el Sr. Cardona Escandell la posibilidad de atribuir ex lege al hijo discapacitado un plus consistente en bienes o derechos, a detracer de la parte de libre disposición.

Igualmente ambos juristas se muestran partidarios de mantener la legítima de los padres proclamada por el art. 79 Comp.

En cuanto al hecho de no acreditar legítima el cónyuge viudo, apuntan que el sistema tradicional en Eivissa lo excluía en atención a la frecuencia con que se establecía la disposición del usufructo universal en favor del viudo. Sin embargo, no dejan de considerar también que los innegables cambios que se han introducido en la realidad sociológica de las familias, así como el desconocimiento entre las parejas jóvenes de estas figuras tradicionales que antaño se venían recogiendo en los espòlits, podrían determinar en la actualidad un enfoque distinto de la cuestión, entrando así el cónyuge viudo en el grupo de personas con derecho a legítima; señalando el Sr. Cerdá Gimeno que, en tal supuesto, habría que concordar el precepto proclamador de dicha legítima con la extraña norma del art. 84 párrafo 2º, introducida en sede parlamentaria para paliar esta omisión.

Por lo que respecta a las cuotas legitimarias, el Académico Sr. Cerdá Gimeno pone de relieve –al tratar de la legítima de los ascendientes– la problemática que en ocasiones puede presentarse al concurrir los mismos con cónyuge viudo y tratarse de patrimonios hereditarios de escasa cuantía, consistentes generalmente en la vivienda del testador, pues en estos casos, el pago a los padres de su cuota legitimaria puede dejar en la ruina o en la calle a la viuda. Apunta dicho autor que la posible forma de dar una salida equitativa a la solución del problema sería algo así como darle a la viuda una preferencia u opción similar a la vigente pensión compensatoria en el caso de divorcio.

Sobre las reservas de los arts. 811 y 812 Cc., supuestos que –según indicación del Sr. Cerdá Gimeno– se le han presentado en la práctica profesional con frecuencia y desde antiguo se han entendido regidos por el Código civil, no parece haber hoy ningún problema en seguir considerando vigentes estos preceptos.

Apunta también al Académico Sr. Cerdá Gimeno la no necesidad de realizar reforma legal alguna del texto compilado en materia de desheredación y preterición –siendo en las Pitiusas postura pacífica considerar que el sistema supletorio es el del Código civil–, naturaleza de la legítima –cuya conceptualización como *pars valoris bonorum* quedó plasmada de forma correcta en los vigentes arts. 81 y 82 de la Compilación de 1990–, acciones

de reclamaciones de legítima, cálculo de la misma, formas de atribución –siendo sumamente expresiva y clara la dicción del art. 81.3–, pago de la legítima, imputación legitimaria –siendo comúnmente compartida la opinión de regir en este punto el Código civil–, y cautela socini –con exclusión de la misma por regir esta materia el Código civil–.

En cuanto al finiquito de legítima, realiza dicho autor amplias consideraciones sobre el importante retoque técnico que, al regularlo en el art. 77 Comp., lo configura como pacto sucesorio, señalando que este precepto recoge la figura tradicional en Eivissa y destacando que su configuración como pacto sucesorio no ha afectado ni a la vigencia de la figura ni a su estructura real ni a su funcionamiento en la práctica, hasta el punto de darse una amplia utilización del mismo en los tiempos recientes.

Por ello considera que debe mantenerse el art. 77 Comp., si bien con la supresión total del tercer párrafo del mismo, porque la normativa mallorquina no es el único Derecho supletorio al que acudir preferentemente, pues siendo como es la costumbre insular un criterio hermenéutico básico y principal –según el art. 1 párrafo 2 Comp.– es obvio que esta costumbre sólo puede ser la de las Islas Pitiusas y no una costumbre mallorquina.

Finalmente hace referencia el Académico Sr. Cerdá Gimeno –dentro de un apartado titulado “Otros aspectos”– a la conveniencia de sustituir el título de “sistema legitimario balear” por “sistema legitimario en Baleares”, a la inexistencia de una demanda social de modificación de la normativa legitimaria, que, por otra parte, no viene dando lugar a la aparición de graves problemas en su aplicación, y a la consideración de que cualquier reforma legislativa que se acometa debe contar con una total apoyatura en la praxis y en los protocolos notariales de todas las Islas, con una encuesta o consulta previa a todos y cada uno de los juristas prácticos en ellas ejercientes.

Una vez estudiadas dichas comunicaciones, y agradeciendo sumamente las mismas, ante todo se congratula la Comisión de que, en ellas, se apunte la posibilidad de establecimiento de una legítima viudal, ya que, si bien es cierto que está generalizada en las Islas Pitiusas la atribución al cónyuge viudo del usufructo universal de la herencia, es obvio que no siempre ocurre así ni mucho menos, pudiendo quedar, en estos casos, el cónyuge viudo en una situación de desamparo. En este sentido, la reforma consistiría simplemente en el establecimiento de esta legítima en el art. 79 y en hacer una referencia a ello en el párrafo 1º del art. 84, quedando ya sin efecto el párrafo 2º de este último precepto.

Por otra parte, es indudable que el tratamiento normativo del finiquito de legítima se ha enriquecido considerablemente en la Compilación de 1990, particularmente si tenemos en cuenta que la Compilación de 1961 se limitaba a realizar una burda remisión a la normativa de la definición

mallorquina, que, por otra parte, no se establecía en el Libro I. Respecto del último párrafo del art. 77 de la actual Compilación, debemos hacer constar que la regulación de la definición mallorquina únicamente entraría en juego a falta de convención de las partes y de norma legal o consuetudinaria, pudiendo obedecer la referencia a dicha regulación a la conveniencia de que, en último extremo, siempre haya una normativa a la que recurrir, evitando el horror vacui, que obligaría a juzgar el posible litigio sobre bases de equidad.

Es consciente también esta Comisión de las sustanciales diferencias entre el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca, de una parte, y el de las Islas Pitiusas de otra; y es prueba de ello el que se hayan dedicado apartados distintos al estudio del sistema legitimario de cada una de las Islas.

Y en cuanto a la posibilidad de que el informe de esta Comisión venga precedido de macroencuestas para recabar las diversas opiniones que hoy en día puedan merecer las legítimas previstas en nuestra normativa, hay que decir, de entrada, que los escasos medios y recursos de esta Academia impiden la realización de estas actuaciones; sin olvidar lo peligrosas que pueden ser las encuestas cuando las preguntas se someten a la consideración de personas que –incluso a pesar de su condición de juristas– no tienen un conocimiento pleno de la materia encuestada, pues no olvidemos la especialización hoy imperante. Sí tienen precisamente este conocimiento quienes han integrado la Comisión redactora de este estudio, pues han estado durante muchos años en contacto con la población, y, por ello, tienen plena conciencia de los pareceres de la misma sobre los temas que se han expuesto. En definitiva, la praxis acumulada durante muchos años de experiencia por los miembros de esta Comisión es la base del estudio por la misma realizado. Aparte de ello, bastantes de las cuestiones abordadas entrarían dentro de lo que se denominan “retoques técnicos”.

IX.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO

IX.1 ARCHIPIÉLAGO E ISLAS BALEARES (MAYORES, MENORES Y ADYACENTES) EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y ESTATUTO DE AUTONOMÍA

Estudio de Tomás Mir de la Fuente

IX.2 COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- a) A la sentencia del Tribunal Supremo
(Ponente: José Yagüe Gil) de 14 de Enero de 2010
sobre competencias en materia de ampliación
de la zona de servicio de los Puertos Autonómicos,
de Tomás Mir de la Fuente.**

- b) A la sentencia de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Superior de Justicia
de las Illes Balears (Ponente: Gabriel Fiol Gomila)
de 28 de Junio de 2009 sobre Biblioteca privada
de interés cultural, de Tomás Mir de la Fuente**

- c) A la sentencia de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Superior de Justicia
de las Illes Balears (Ponente: Fernando Socías Fuster)
de 4 de Febrero de 2009 sobre Licencia de edificación
en el ámbito de un Conjunto Histórico,
de Josep Masot Tejedor**

Se da la más cordial bienvenida en este Boletín a una serie de trabajos realizados en el seno de la Comisión Académica de Derecho público, que ha empezado a caminar con rigor y acierto bajo la sabia batuta de Tomás Mir de la Fuente. Precisamente de él es el interesante artículo –y para todos los que somos de condición isleña es doblemente interesante– en el que pasa revista a la manera como nuestro territorio insular ha sido denominado en los textos legales fundamentales. Los comentarios de resoluciones judiciales, que siguen al artículo doctrinal al que se acaba de hacer referencia, se adscriben dentro de uno de los ámbitos de colaboración con el Govern Balear previstos en el convenio que con el mismo se ha suscrito el 10 de Marzo de 2010. De ahí que sea un propósito de la Comisión Académica de Derecho público –y de la propia Academia– que en los sucesivos números del Boletín haya siempre comentarios de las resoluciones judiciales que se juzguen de mayor importancia.

En esta ocasión, y como era de esperar, Tomás Mir da muestra de sus amplios conocimientos de Derecho administrativo en sus apostillas y comentarios a una sentencia del Tribunal Supremo sobre competencias estatales y autonómicas en la ampliación de puertos de la Comunidad Autónoma, y a otra de nuestra Sala de lo Contencioso sobre el patrimonio histórico consistente en el fondo bibliográfico de la Biblioteca March. En su labor de comentarista de sentencias, Tomás Mir ha recibido la ayuda de Josep Masot Tejedor quien, por su especialización en temas de patrimonio histórico y artístico, era el jurista adecuado para comentar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 76/09 de 4 de Febrero, sobre la ya lamentablemente desaparecida casa de “Ses Castellones” de Sant Ferrán de Formentera. La colaboración en las Comisiones Académicas de juristas que no tienen esta condición está prevista especialmente en el art. 24 de los estatutos de la Corporación.

Finalmente se agradece al Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia Fernando Socías Fuster su ayuda al poner a disposición de los comentaristas las sentencias de mayor interés.

IX.1- ARCHIPIÉLAGO E ISLAS BALEARES (MAYORES, MENORES Y ADYACENTES) EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y ESTATUTO DE AUTONOMÍA

Tomás Mir de la Fuente

I

La Constitución de 1812 (después de definir a la Nación española como reunión de todos los españoles de ambos hemisferios y residenciar en ella la soberanía) dijo, en el artículo 10, dentro del Capítulo I del Título II sobre el territorio de las Españas, que el territorio español comprende, en la Península con sus posesiones e islas adyacentes: Aragón, Asturias, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África; en la América Septentrional: Nueva España con la Nueva-Galicia y península del Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar; en la América Meridional: la Nueva-Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico; y en el Asia: las islas Filipinas y las que dependen de su gobierno.

II

Las Constituciones posteriores –que no delimitaron el territorio español y solamente hablaron (al tratar de las provincias de Ultramar) de las islas de Cuba y Puerto Rico (las de 1869 y 1876), del archipiélago filipino (la de 1869) y de las islas Canarias y las islas Baleares y cada una de sus islas (la

de 1931, que, en Canarias, además de la provincia, constituida por los municipios, mancomunados conforme a la ley, en la que se integren, disponía que estaban provistas de un Cabildo insular, a cuyo régimen podían optar las Baleares)— dan por sentado que el territorio español (cuyos límites son irreductibles en la de 1931) es el de España o el Estado español. Porque, tal como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1921, las leyes, como manifestación de la soberanía, sólo alcanzan y son eficaces hasta donde la soberanía llega y únicamente obligan en el territorio para el que se dictan, según declara expresamente para los españoles el artículo 1 del Código civil, y, en forma más o menos implícita, se confirma en la doctrina de las sentencias de 15 de noviembre de 1898 y 10 de enero de 1915. Islas que el citado artículo 1, hasta el 31 de mayo de 1974, al tratar de la obligatoriedad de las leyes, distinguió, llamando por su nombre solamente a las Canarias (sin identificarlas como islas, sino, precisamente, como Canarias y distinguiéndolas de los territorios de África sujetos a la legislación peninsular), incluyendo implícitamente a las Baleares entre las islas adyacentes a la península, de las que hablaba después de Canarias. Pues decía, que las leyes obligan en la península, islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiera otra cosa. A pesar de que el artículo 1 del Real Decreto de 3 de noviembre de 1833 había citado las islas Balears y las islas Canarias entre la 49 provincias en que divide el territorio español, en la Península e islas adyacentes.

III

La Constitución de 1978 vigente se refiere a los territorios insulares, a las provincias insulares, a las islas mayores (de Gran Canaria, Mallorca y Tenerife), a las islas o agrupaciones de islas (Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma), a los archipiélagos y al archipiélago canario. En los artículos 69.3 (sobre circunscripción a efectos de elección de senadores), 141.4 (sobre los Cabildos y Consejos Insulares) y 143.1 (sobre el derecho a la autonomía) y la Disposición Adicional Tercera (sobre el régimen económico y fiscal del archipiélago canario). También se refiere al hecho insular (artículo 138.2 sobre el principio de solidaridad) y al órgano interinsular (artículos 143.2, 146 y 151 Disposición Transitoria Primera sobre la iniciativa del proceso autonómico).

No habla la Constitución, en ningún caso, de las islas Baleares, ni del archipiélago balear. Ni de islas adyacentes a la Península. Aunque sí nombra la de Mallorca (que califica de mayor como vimos), y la de Menorca (que no califica de menor, que es lo que significa etimológicamente). Y alude a las de

Ibiza y Formentera. Creando la agrupación Ibiza-Formentera para la elección de Senadores.

IV

Quien sí habló de las Islas Baleares (y de las islas, sus pueblos, órganos, peculiaridades y modalidades lingüísticas, y de la insularidad) fue el Estatuto de autonomía para las islas Baleares (Illes Balears, por virtud del artículo 5 de la Ley Orgánica de 8 de enero de 1999), que lo hizo del territorio de la Comunidad Autónoma de ese nombre (en que se constituía su pueblo), tal como imponía el artículo 147.2 b) de la Constitución, al disponer que los Estatutos de autonomía deben contener la delimitación de su territorio. Haciéndolo en forma bien distinta de los demás, cuando dijo que el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es el formado por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y otras islas menores adyacentes. Pues la mayoría remitieron, en unos casos, al comprendido en las provincias que se citan¹ y, en otros, al de los municipios de las provincias que se citan², o al de las comarcas³ y, aún, al de los territorios históricos⁴.

Tampoco se produjo como el Estatuto de Canarias de 10 de agosto de 1982, cuyo artículo 2 dispuso que el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias (no de las Islas Canarias) comprende el Archipiélago Canario, integrado por las siete Islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, así como las Islas de Alegranza, La Graciosa, Lobos y Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, agregadas administrativamente a Lanzarote, salvo la de Lobos que lo está a Fuerteventura.

Hoy el Estatuto vigente de 28 de febrero de 2007 no habla de las islas

1 - Los de Galicia, Cantabria –dice de la antigua provincia denominada Santander– Extremadura y Madrid.

2 - Los de Andalucía, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Navarra –se dice los municipios de sus merindades históricas de Pamplona, Estella, Tudela, Sangüesa y Olite– y, aún los de Ceuta y Melilla, que se refieren al territorio municipal.

3 - Comprendidas en las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona, el de Cataluña.

4 - Que coinciden con las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya así como la de Navarra, si decide su incorporación en el del País Vasco. Luego el de Cataluña ha dicho que el suyo es el que corresponde a los límites geográficos y administrativos de la Generalitat en el momento de su entrada en vigor, y el de Aragón que se corresponde con el histórico, y comprende los municipios, comarcas y provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza.

Baleares sino, 302 veces al menos, de las Illes Balears, que es el nombre de la Comunidad Autónoma y de la nacionalidad histórica en que se constituyen (y de la isla –6 veces–, de las islas –10 veces, una con mayúscula–, de sus pueblos, territorios, organismos e intereses, de la insularidad, del equilibrio interinsular, del hecho insular y los hechos diferenciales y excepcionales y de la ultraperifericidad), y del territorio de la Comunidad Autónoma, del que dice ahora que es el formado por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y el de las otras islas menores adyacentes. Con la voluntad acaso de no reducir la referencia a las islas menores adyacentes, a las que lo son a la isla de Cabrera, que forman archipiélago, y comprender todas las que son adyacentes a las cinco que se nombran. Porque Cabrera (y las islas adyacentes a ella) es isla menor que las otras cuatro y adyacente a la de Mallorca, integrada en el término municipal de Palma, que no es el municipio más próximo, y no muy mayor que otras de su subarchipiélago⁵. Las islas menores adyacentes a las de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera son 150⁶ y suman 37.500.000, siendo muchas de ellas islotes, escollos o farallones.

Tanto en la redacción actual como en la anterior resultaba la inclusión de todas las islas del archipiélago balear. Las cinco que siempre se han tenido por Baleares, que son las cinco de más superficie, y las más pequeñas próximas a ellas, habitadas o no. Por más que ambas redacciones adolecen de no expresar el “algo” cuya intermediación o proximidad determina la adyacencia, de que habla el Diccionario. Si la adyacencia a las cinco islas enumeradas, o a la Península, como en el Código Civil, cuando las había españolas que no eran adyacentes a ella, como las islas Canarias, y las adyacentes no eran sólo las Baleares, como no lo son hoy tampoco, pues las hay en todo el litoral, en las provincias y municipios, y, por esto mismo, en las Comunidades Autónomas, a las que baña el mar (Mediterráneo o Cantábrico) o el Océano (Atlántico).

Puestos a modificar la redacción, debería haberse dicho adyacentes a ellas. Que es, por otra parte, lo que se dice en el artículo 61, cuando de los Consejos insulares se afirma que son las instituciones de gobierno de cada

5 - Tiene 17.000.000 m², mientras que la dels Conills próxima 1.400.000, y 2.880.000 la Dragonera, 1.470.000 la de S'Espelmador, 1.000.000 la Conillera, 625.000 las de Tagomago y Es Vedrà, 595.000 la d'en Colom y 561.000 la de Espardell, en los términos municipales de Palma, Andratx, Palma, Formentera, Santa Eulària del Riu, Sant Josep, Maó y Formentera, respectivamente.

6 - 37 adyacentes a Mallorca, 34 a Menorca, 48 a Ibiza, 14 a Formentera y 17 a Cabrera.

una de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, así como de las islas adyacentes a éstas. Aunque no es peyorativa para nadie la descripción geográfica⁷, bien se pudo dejar la alusión a la adyacencia insular, de todas o algunas de las islas Baleares, y sustituirla por la referencia a la agregación administrativa. Como el Estatuto de Canarias o, incluso, el Real Decreto 617/1997 de 25 de abril, de Subdelegados del Gobierno y Directores Insulares de la Administración General del Estado, que, para la determinación del ámbito territorial de las Direcciones, se refiere a “las demás islas agregadas administrativamente a cada una de las islas de Menorca, Ibiza-Formentera, Lanzarote y Fuerteventura”.

En cualquier caso, el artículo 61 el Estatuto de Autonomía, hoy, al definir los Consejos Insulares como instituciones de cada una de las islas, dice, como ya recordamos, que ostentan el gobierno, la administración y la representación de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, así como de las islas adyacentes a éstas (antes el artículo 37 dijo que les correspondían los de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera y sus islas adyacentes). Y la Ley de Consejos Insulares de 13 de abril de 1989, en su artículo 2, dispuso que les corresponde el gobierno, la administración y la representación de las islas de Mallorca, Menorca, y de Eivissa y Formentera y de las islas adyacentes a éstas (adjacents a aquestas), que es distinto de lo que dice el artículo 2, de la de 27 de octubre de 2000, que es que les corresponden los de las islas de Mallorca, Menorca, Eivissa y Formentera y de las islas adyacentes (que hi són adjacents).

En la historia de las Islas Baleares ha estado presente, desde hace siglos, la idea de la adyacencia para definir las políticamente. Así, en los textos del antiguo Reino de Mallorca, incluso antes de que existiera, y ya en el Convenio de 1228 para su conquista, se vino haciendo. Se habló de lo siguiente: *ad insulas Maioricas, Minoricas, Eviçam et alias insulas que vocantur generaliter Baleares; totum regnum Maioricarum et per insulas que vocantur baleares; totum regnum Maioricarum et insulam eiusdem et per insulas etiam Evice et Minoricarum; civitatis et insule Maioricarum et quarumlibet aliarum insularum; in civitati vel in quibuslibet aliis insulis; regne de Mallorcha e les yles de Menorcha, Eivissa y ab las altres yles ajaens a aquel*

7 - Sobre todo si las islas menores en cuestión carecen de población y fue el pueblo de las islas el que, según el artículo 1 del Estatuto, se constituyó en Comunidad Autónoma, como ha sido la nacionalidad histórica que forman las islas de Mallorca, de Menorca, de Ibiza y de Formentera –y no de Cabrera y las otras islas menores adyacentes– la que se constituye en tal, según el artículo 1, y cuyo Preámbulo dice que las Illes Balears son una comunidad de personas.

regne; regno Maioricarum, cum insulis Minorice et Evice et aliis eidem regno adjacentibus y regne de Mallorca e de les illes ad aquel adjacens⁸.

El Estatuto, como la Constitución (que sí lo hace de los archipiélagos), no habla del archipiélago balear, a diferencia del Real Decreto-ley de 13 de junio de 1978, por el que se aprobó el régimen preautonómico para el archipiélago balear, cuyo artículo 2 dispuso que el territorio de la Región Balear es el de cada una de las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera y demás que forman el archipiélago Balear. Parece como si ya no lo hubiera, a pesar de que las islas Baleares lo son, en cuanto forman un conjunto numeroso de islas agrupadas en una superficie más o menos extensa del mar, que es lo relevante según el Diccionario. Sin perjuicio de otros archipiélagos (o subarchipiélagos), como el de Cabrera (del que habló la Ley 14/91 de 29 de abril de creación del Parque Nacional Marítimo Terrestre)⁹, o acaso el de las islas de Ibiza y Formentera, que la Constitución agrupa, como Ibiza-Formentera, y, en algún momento histórico, fueron las islas Pityusas, distintas de las Gimnesias, que eran las de Mallorca y Menorca. Y todas las Baleares, que lo son desde el siglo V antes de Cristo. Así las llamó el Rey Alí en 1058 cuando dió poderes espirituales al Obispo de Barcelona sobre los cristianos que habitaban el Regno nostro in insulas Balearibus, según Isidor Macabich, y LLorenç de Verona, cuando en 1114, tropas aragonesas y pisanas conquistaron las islas de Mallorca e Ibiza, según refleja su Liber Maiolichinus de geste pisanorum, se refirió al Balearica Regne.

Para referirse el Estatuto a las islas Baleares utiliza la denominación oficial de la provincia de Baleares (que es, desde la Ley 13/1997 de 25 de abril, la de Illes Balears, no “las o les” Illes Balears), incluso cuando no se quiere referir a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (cuya denominación es, según el artículo 1.2, Illes Balears) o a sus poderes e instituciones, sus pueblos o ciudadanos, sino a sus lugares, aguas, litoral, legado histórico, diversidad o cultura (artículos 7, 31.51, 32.16, 34 y 90.4). No

8 - En los lugares que recordó Álvaro Santamaría, en “Ejecutoria del Reino de Mallorca”, en un Capítulo titulado: “El marco territorial: el área balear” y Román Piña Homs en el Apéndice documental de “La creación del Derecho en el Reino de Mallorca” y “El Derecho Histórico del Reino de Mallorca”. Y aún Alfonso García Gallo en “Los virreinos americanos bajo los Reyes Católicos” polemizando con Vicens Vives. Y Pau Cateura Bennasser, en el “Derecho municipal como Derecho del Reino de Mallorca en la Edad Media”, que recuerda el Llibre del Fets en que el Rey Jaime I atestigua que, en tiempo de los musulmanes, Mallorca ya era la cabeza de las otras islas (e feien ço que el senyor de Mallorques los manava) y que desde 1343 los gobernadores generales, por decisión real, se intitulaban del Reino de Mallorca e islas adyacentes.

9 - Cuyo artículo 2 define por las coordenadas geográficas y describe, en su Preámbulo, como dos islas mayores, Cabrera y Conillera, y una serie de islotes.

usa nunca la geográfica y castellana de islas Baleares, en cuanto legislar es usar oficialmente el topónimo, y solamente cabe designarlo en lengua castellana, en los libros de texto y material didáctico, así como en otros usos no oficiales, según la Disposición Adicional Primera de la dicha Ley.

En el Diccionario Panhispánico de dudas de la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española de 2005 se dice, sobre el topónimo Islas Baleares, que es el nombre tradicional de estas islas del Mediterráneo, así como de la provincia y de la comunidad autónoma que conforman, y que, salvo, en textos oficiales, donde es preceptivo usar el topónimo catalán *Illes Balears*, como único nombre oficial aprobado por las Cortes españolas para la provincia y la Comunidad autónoma, en los textos escritos en castellano debe emplearse el topónimo castellano. También dice que el gentilicio es balear. Que es palabra usada en los artículos 11.1, 24.2, 88.2 y 126.2 k) del Estatuto.

Cuando se refiere a la isla, pueblo, cultura, lengua o Consejo insular de Ibiza, el Estatuto no usa la palabra *Eivissa*, sino *Ibiza*. Pero aparece en el Apéndice 3 de la Ortografía de la Lengua Española de la Real Academia Española (como topónimo español correspondiente a nombre distinto en alguna de las otras lenguas de España), teniendo como base la obra sobre Entidades Locales de España, del Ministerio para las Administraciones Públicas, donde figura la relación oficial, de tales entidades, con las que éstos han preferido registrarse. Pero no aparece en el Diccionario Panhispánico de dudas. No obstante se aludió al pueblo de *Eivissa* en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1999 de 8 de enero de reforma del Estatuto. Y, en lugar de *Ibiza*, se habla de *Eivissa* en todos los lugares donde el Estatuto habla de esa isla, en la traducción al catalán del Estatuto publicada en el suplemento nº 9 del Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo de 2007, así como en la publicada, antes, el 1 de marzo de 2007, en el nº 32 ext. del *Butlletí Oficial de les Illes Balears*.

**IX.2.a)- EL ESTADO Y LA AMPLIACIÓN DE LA
ZONA DE SERVICIO DE LOS PUERTOS
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE LAS ILLES BALEARS**

**(COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 14 DE ENERO DE 2010 SOBRE LA APROBACIÓN
DEL PLAN DE UTILIZACIÓN DE ESPACIOS PORTUARIOS
DEL PUERTO DE CIUTADELLA)**

Tomás Mir de la Fuente

I. ANTECEDENTES DE HECHO

La sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 4 de octubre de 2005 (Ponente: Pablo Delfont Maza) los recoge, en el primero de sus Fundamentos de Derecho, así:

A) El 25 de enero de 2002 la Consellería de Medio Ambiente, a propuesta de la Dirección General de Litoral, aprobó inicialmente el Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Ciutadella de Menorca.

B) Remitido el Plan, para informe, a la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, con invocación del artículo 210 del Reglamento de Costas, se comunicó por aquella que, sobre el Plan, tenía que informar preceptiva y vinculantemente el Ministerio, y no la Dirección General de Costas; comunicando también ésta, por delegación, que dejaba en suspenso el informe, al no versar la solicitud sobre adscripción –artículo 49 de la Ley de Costas– y por cuanto faltaba representación de la línea de

deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre vigente.

C) El 22 de noviembre de 2002 la Consellería de Medio Ambiente aprobó definitivamente el Plan.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A) La sentencia del Tribunal Superior de 4 de octubre de 2005 (Ponente: Pablo Delfont Maza), en el propio Fundamento de Derecho primero, los recoge, en parte, cuando dice:

a) Tras requerimiento de la Dirección General de Costas, también por delegación del Ministerio, y desatendida la solicitud de suspensión de la aprobación definitiva del Plan, entendida así agotada la vía administrativa, la Administración General del Estado ha instalado la controversia en esta sede el 30 de abril de 2003.

b) El 5 de febrero de 2004 se ha formalizado la demanda, invocándose, en resumen, que falta el informe previsto en el artículo 16.2 de la Ley 27/92, y que también falta el informe previsto en el artículo 49.2 de la Ley 22788, sin que quepa su sustitución por el informe previsto en el artículo 15.2 de la Ley 27/92 para los puertos de competencia estatal.

La sentencia del Tribunal Supremo dijo, luego, que se fundó la demanda presentada en la instancia, en síntesis, en que el Plan de Utilización impugnado preveía la ampliación de la zona de servicio del puerto autonómico de Ciutadella, con la consiguiente necesidad de adscripción de bienes de dominio público marítimo-terrestre del Estado a la Comunidad Autónoma. Por ello resultaba necesario para su aprobación la previa emisión del informe favorable de la Administración General del Estado exigido en el artículo 16.2 de la Ley 27/1992, de Puertos y en el artículo 49.2 de la Ley 22/1988, de Costas. Informe que no puede ser sustituido por el regulado en el artículo 15.2 de la misma Ley de Puertos, que ostenta distinto objeto y finalidad.

c) Posteriormente, el 26 de marzo de 2004, la Administración ahora demandada, Comunidad Autónoma de las Illes Balears, mediante acuerdo de la Consellería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte, competente entonces en materia de Puertos de la Comunidad Autónoma, acordó iniciar procedimiento de modificación del Plan aquí combatido y suspendió su eficacia hasta la aprobación definitiva de dicha modificación. Así señalado, en la contestación de la demanda de 3 de diciembre de 2003, en las conclusiones de 12 de mayo de 2005 aduce que “el recurso... ha perdido su objeto...”, por la suspensión acordada en 2004 y por cuanto “la Modificación del Plan que se está tramitando comporta cambios sustanciales que de nuevo han

sido sometidos a informe del Ministerio de Medio Ambiente”.

B) La sentencia del Tribunal Supremo, de la sentencia del TSJB, recaída el 4 de octubre de 2005, completando los antecedentes procesales, dice:

a) Que estimó el recurso en su totalidad.

b) Que tenía la fundamentación, recogida en sus fundamentos de derecho segundo y tercero, que transcribía literalmente:

“(…): Tratándose en el caso de Ciutadella de Menorca de espacio portuario de competencia de la Comunidad Autónoma –traspasado por Real Decreto 154/85–, la ampliación de la zona de servicio debe contar con el informe favorable de la Administración General del Estado, requisito esencial cuyo incumplimiento implica la nulidad de la aprobación del proyecto correspondiente, y que versará: sobre la delimitación del nuevo dominio público estatal susceptible de adscripción, sobre la posible afección de los usos previstos en esos espacios a la protección del dominio público marítimo-terrestre, y las medidas necesarias para garantizar dicha protección –artículo 16.2 de la Ley 27/92–.

Además el artículo 16.3 de la Ley 17/92, que superó el escrutinio constitucional –sentencia del Tribunal Constitucional número 40/98– establece que la aprobación definitiva del proyecto de ampliación lleva implícita la adscripción del dominio público en que estén emplazadas las obras y, en su caso, la delimitación de una nueva zona de servicio portuaria, que se formalizará mediante un acta suscrita por representantes de la Administración General del Estado y de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Pues bien, tal como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 40/98, la afección de bienes de la Comunidad Autónoma ni queda impedida por la Ley 27/92 ni tampoco se sujeta a control de la Administración General del Estado ya que, por un lado, el informe a que se refiere el artículo 16.2 de la Ley 27/92, como ya se ha señalado, ha de versar sobre la delimitación del nuevo dominio público estatal susceptible de adscripción, sobre la posible afección de los usos previstos en esos espacios a la protección de dominio público marítimo-terrestre y las medidas necesarias para garantizar dicha protección, y, por otra parte, la adscripción de nuevas porciones del dominio público estatal, en tanto que supone automáticamente una nueva delimitación de la zona de servicio, al fin, tampoco puede quedar en manos de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Conforme a lo previsto en el artículo 49.2 de la Ley 22/88, a los efectos de la adscripción de bienes de dominio público marítimo-terrestre a la Comunidad Autónoma, sea para la construcción de nuevos puertos, o sea para la ampliación o modificación de los existentes, el proyecto de la

Comunidad Autónoma tiene que contar con el informe favorable de la Administración General del Estado, en cuanto a la delimitación del dominio público estatal susceptible de adscripción, usos previstos y medidas necesarias para la protección del dominio público, sin cuyo requisito aquéllos no podrán entenderse definitivamente aprobados; y esa aprobación definitiva, como establece el artículo 49.3 de la Ley 22/88, lleva implícita la adscripción –a formalizar mediante acta suscrita por representantes de ambas Administraciones– del dominio público en que se encuentran emplazadas las obras y, en su caso, la delimitación de una nueva zona de servicio portuario.

(...) El Plan del caso no es sino un proyecto de ampliación de la zona de servicio del puerto de Ciutadella de Menorca, que comprende terrenos invadidos por el mar y terrenos ya deslindados, tras la Ley 22/88, como de dominio público marítimo-terrestre estatal, de modo que precisaba de informe preceptivo y favorable de la Administración General del Estado.

La Administración ahora demandada modificó la zona de servicio del puerto de Ciutadella de Menorca mediante un Plan de Utilización de Espacios Portuarios, esto es, mediante el instrumento previsto en el artículo 15 de la Ley 27/92 para la delimitación de la zona de servicios en puertos de competencia del Estado, lo que no era el caso, con lo que no podía ser de aplicación el carácter no vinculante de los informes a que ese precepto hace mención, de modo que, solicitado el informe en los términos del artículo 15 de la Ley 27/92 y evacuado en los términos que ya se han señalado en el primer fundamento de derecho de la sentencia, al fin, a falta del informe favorable preceptivo y vinculante, con la aprobación definitiva del Plan, esto es, con la resolución recurrida, se infringía lo dispuesto en los artículos 49 de la Ley 22/88 y 16 de la Ley 27/92.

En efecto tenía que emitirse en el caso el informe preceptivo y vinculante previsto en los artículos 16 de la Ley 27/92 y 49 de la Ley 22/88, el que se solicitó, esto es, el del artículo 15 de la Ley 27/92, que no procedía, tampoco se emitió, sin que cupiese entenderlo favorable puesto que no era el informe procedente para el caso de que se trataba.

Ciertamente, requerida por la Administración aquí recurrente la suspensión de la aprobación definitiva del Plan, la Dirección General de Litoral de la Administración ahora demandada rechazó el requerimiento, en resumen, al entender que la ampliación recaía sobre terreno de propiedad privada, pero, como aparece en la documentación acompañada con la demanda, había terrenos de dominio público marítimo-terrestre estatal –Cala'n Busquets–, resultantes del deslinde efectuado en 1994, es decir, tras el traspaso –Real Decreto 450/85–, y que, por tanto, ni habían sido traspasados con el Puerto ni tampoco después habían sido adscritos a la

comunidad Autónoma. Además, aún cuando en la zona antes indicada existieran terrenos que todavía no fuesen de dominio público, igualmente se requeriría el informe preceptivo y favorable ya que los artículos 49.2 de la Ley 22/88, 20.1 c. de su Reglamento y 16.2 de la Ley 27/92 no distinguen y, en todo caso, por delimitarse dominio público estatal susceptible de adscripción, precisamente por cuanto se proyecta su invasión por el mar y su conversión en lecho del mismo. Esta conclusión tampoco la desluce la hipótesis de adquisición de los terrenos por la Comunidad Autónoma, incorporación a su dominio público y afectación al portuario ya que, en tanto no se produce la invasión por el mar, esos terrenos pertenecerán por ley y automáticamente al dominio público marítimo-terrestre estatal; y, aunque quepa adscripción, a la Comunidad Autónoma –artículo 195 del Reglamento de la Ley 22/88–, lo que l Ley 22/88 y la Ley 27/92 requieren es el informe favorable del Ministerio, como ya antes establecía el Real Decreto 450/85 –Anexo C. a.–.

A falta del informe preceptivo y vinculante, incumplido así un requisito que la Ley considera esencial, se incurre en vicio de nulidad –artículo 16.2 de la Ley 27/92, en relación con el artículo 62.1.e. de la Ley 30/92.

Un año después de que se interpusiera el presente contencioso y casi dos meses después de que se formalizara la demanda por la Administración General del Estado, la Administración de la Comunidad Autónoma inició procedimiento de modificación y suspendió provisionalmente el Plan aquí combatido, pero no lo ha anulado, con lo que ni se ha satisfecho la pretensión de la demanda ni tampoco. Pues, ha perdido su objeto el contencioso. Cumple, pues, la estimación del recurso”.

C) Contra la referida sentencia la Comunidad Autónoma de las Illes Balears interpuso recurso de casación, en que esgrimió un único motivo de impugnación, por el cauce del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional 29/98, por la infracción del artículo 49.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio de costas y artículo 16.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Considera en él la recurrente, en resumen, que el informe de la Administración del Estado previsto en los referidos preceptos, se circunscribe al procedimiento de aprobación de los proyectos de obras de construcción de nuevos puertos y vías de transporte de titularidad de las Comunidades Autónomas o de ampliación o modificación de los existentes, a efectos de la formalización de la adscripción por el Estado de los bienes de dominio público marítimo terrestre necesarios. Pero no se le puede exigir ese requisito a los planes autonómicos de utilización de espacios portuarios, por cuanto su aprobación no produce `per se´ ninguna adscripción de bienes de dominio público “aunque los contemple dentro de su ámbito”,

porque constituye “una simple planificación portuaria, simplemente indicativa para la propia Comunidad Autónoma”.

**III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 14 DE ENERO DE 2010
(Ponente: PEDRO JOSE YAGÜE GIL)
DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

A) Sobre la forma dice:

El recurso de casación, en los términos en que ha sido formulado, no puede prosperar, al no efectuarse en él una auténtica crítica razonada a la “ratio decidendi” de la sentencia impugnada, en los términos exigidos en el artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional y en reiterada jurisprudencia de esta Sala.

B) Sobre el fondo razona:

Señalemos de todos modos, aunque sea sucintamente, y por apurar el examen del asunto, que el criterio adoptado por la sentencia recurrida es acorde a Derecho.

Tal y como expusimos en la reciente sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 2009 (RC 3371/2005), el plan de utilización de los espacios portuarios es el instrumento de planificación portuaria que legitima la implantación efectiva de los usos portuarios, correspondiéndole, además de la delimitación de la zona de servicio de los puertos, la ordenación propiamente portuaria, es decir, de los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de esos usos, así como de los de reserva que se precisen. Hasta el punto de que el Plan de Utilización determina la propia creación o ampliación del puerto, constituye presupuesto necesario para la aprobación de los posteriores proyectos de obras de ejecución de la infraestructura portuaria.

En el presente caso, la sentencia de instancia, en su fundamento de derecho tercero, consideró probado que el Plan de Utilización impugnado amplía la zona de servicio del puerto de Ciutadella, afectando dicha ampliación a “terrenos invadidos por el mar y terrenos ya deslindados tras la ley 22/88, como de dominio público marítimo-terrestre estatal”, –concretamente a los terrenos “Cala’n Busquets– resultantes de deslinde efectuado en 1994, es decir, tras el traspaso –Real Decreto 450/85–, y que, por tanto, ni habían

sido traspasados con el Puerto, ni tampoco después habían sido adscritos a la Comunidad Autónoma”.

Esta realidad fáctica, no cuestionada por la Administración recurrente en su recurso de casación, determina la aplicación al Plan de Utilización en cuestión de lo dispuesto en el artículo 16.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, en el que se establece que: “La ampliación de la zona de servicio de los puertos de competencia autonómica (...), deberá contar con el informe favorable del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. El informe versará sobre la delimitación del nuevo dominio público estatal susceptible de adscripción, sobre la posible afección de los usos previstos en esos espacios a la protección del dominio público marítimo-terrestre, a las medidas necesarias para garantizar dicha protección (...)”.

De este precepto (cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 40/1998, de 19 de febrero, FD. 27) se deduce la necesidad de que el Plan de Utilización en cuestión, en el que expresamente se prevé y pretende legitimar la ampliación de la zona de servicio del puerto autonómico sobre bienes de dominio público estatal, disponga antes de su aprobación del informe favorable de la Administración general del Estado, con el objeto y contenido previstos en él, y como garantía de la viabilidad del propio Plan de Utilización”.

C) Decide:

Declarar no haber lugar al recurso de casación, con condena en las costas del mismo a la parte recurrente.

IV. UN COMENTARIO SOBRE EL FONDO

La sentencia del Tribunal Supremo, que podría haberse circunscrito a declarar que no había lugar al recurso por las razones procesales de su cuarto Fundamento de Derecho, y sin duda porque no hacía mucho que, en la sentencia que cita, de 30 de octubre de 2009, había tratado de los Planes de utilización de los espacios portuarios, como instrumento de planificación de los puertos del Estado –para, en primer lugar y sobre todo, delimitar la zona de servicio (y el de autos, que no afecta a puerto estatal, sino autonómico, la modificaba, ampliándola a terrenos invadidos por el mar y terrenos ya deslindados, tras la Ley de Costas, como de dominio público marítimo-terrestre estatal)–, entra en el fondo de la cuestión, siquiera sea, como dice, sucintamente, y por apurar el examen del asunto, y lo hace diciendo, antes que otra cosa, que el criterio adoptado por la sentencia

recurrida (cuya fundamentación recogió, antes, transcribiendo literalmente los dos fundamentos de derecho, en que ponderó los términos del debate entre las partes, sobre inaplicabilidad al caso del artículo 15.2 de la Ley 27/92, por no tratarse de un Plan de Utilización de Espacios portuarios de un puerto estatal, sino autonómico, y sujeción al 16.2, por tratarse realmente de un proyecto de ampliación de la zona de servicio de puerto de competencia autonómica, y, consiguientemente, sobre el preceptivo y favorable informe del Ministerio) es acorde a Derecho y después, enfatizando en la realidad fáctica, considerada probada por la sentencia recurrida y no cuestionada por la recurrente en casación, de que el Plan ampliaba la zona de servicio, afectando a terrenos invadidos por el mar y a terrenos ya deslindados como de dominio marítimo-terrestre estatal, concluir que de la norma del citado artículo 16.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, se deduce la necesidad de que el Plan de Utilización en cuestión, en el que expresamente se prevé y pretende legitimar la ampliación de la zona de servicio... sobre bienes del dominio público estatal, disponga antes de su aprobación del informe favorable de la Administración del Estado, con el objeto y contenido previstos en él (susceptibilidad de adscripción a la Comunidad Autónoma del dominio público estatal, posible incidencia de los usos sobre la protección del dominio público marítimo-terrestre y medidas necesarias para garantizarla), y como garantía también de la viabilidad del propio Plan de Utilización.

**IX.2.b)- UNA BIBLIOTECA PRIVADA DE
INTERÉS CULTURAL PARA LAS ILLES BALEARS
(COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2009
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA)**

Tomás Mir de la Fuente

I. ANTECEDENTES DE HECHO

A) Anteriores a la iniciación de procedimiento administrativo

a) El Ministerio de Cultura, a propuesta de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, y por aplicación de lo establecido el artículo 51 del R.D. 111/1986 de 10 de enero –tras declarar inexportable “la Biblioteca de D. BMS (compuesta por fondos manuscritos e impresos y más de 7.000 obras)”, por tratarse de una colección que forma parte del Patrimonio Bibliográfico Español, al ser una de las más ricas y valiosas que se conservan hoy en España en manos privadas– resolvió el día 19 de febrero de 2004 requerir a la Comunidad Autónoma competente para la instrucción de expediente con el fin de declarar “dicha obra” Bien de Interés Cultural, o categoría análoga, según la normativa autonómica, de protección especial, prevista en la legislación vigente para los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

b) El 19 de marzo de 2004 una Técnica de Patrimonio Histórico del Consejo Insular de Mallorca (competente por causa de transferencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears) informó, sobre la Biblioteca de D. BMS (de la que son titulares sus herederos, pero se halla en depósito de

la Fundación BM, con sede en... de Palma), que había que distinguir entre la Biblioteca Privada de D. BMS y los fondos de la Biblioteca pública de la Fundación BM, y restringir la eventual declaración de BIC a la primera, cuyo número total de volúmenes es aproximadamente (porque el inventario –en los siete volúmenes anexos– es provisional y “topográfico”, en referencia a los tres espacios donde se ubica: Sala nueva, Salas privadas y Sala del fondo antiguo”) de 17.000.

c) El 6 de mayo de 2004 el Jefe de Sección de Bienes Culturales de Patrimonio Histórico de Consejo Insular de Mallorca, propuso la incoación de la declaración de BIC del “fondo bibliográfico conocido como Biblioteca BMS en la Fundación BMS”, que describió: como “colección cerrada, con características determinadas que responden a los criterios de D. BM”; y de “más de 17.000 volúmenes” (número aproximado, porque el inventario se ha de considerar provisional, pues el elaborado como instrumento de descripción adjuntado como anexo, de siete volúmenes –Primera parte, Segunda Parte, Tercera Parte, Sala nueva, Sala fondo antiguo, Salas privadas y colección de folletos–, no es definitivo; y como situado, en tres espacios identificados como Sala nueva, Salas privadas y Sala fondo antiguo.

Lo proponía porque “la biblioteca reunida por D. BMS” merece la máxima protección individualizada que otorga la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears “por constituir una de las más ricas y valiosas conservadas en manos privadas en España y, por la riqueza y singularidad de sus fondos, uno de los elementos más relevantes del patrimonio documental y bibliográfico”.

d) El 9 de octubre de 2004 se emitió informe –con la relación completa de los fondos de la Biblioteca Privada, de 17.768 volúmenes, contenida en un Inventario de cinco tomos– sobre la inconveniencia de su dispersión y la conveniencia de mantener su integridad.

B) Contenidos en el expediente de declaración de BIC

a) El 18 de junio de 2004 la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio Histórico del CIM acordó incoar expediente de BIC a favor del fondo bibliográfico conocido como Biblioteca privada de D. BMS, situado en la Fundación BMS, calle... de Palma “de acuerdo con la memoria y delimitación que se adjunta y forma parte integrante del presente acuerdo”.

b) El 29 de julio de 2004 se pidió a la Universidad de las Baleares su preceptivo informe.

c) El 8 de noviembre de 2004, en el trámite de audiencia concedido el 28 de octubre, formularon alegaciones D. M y L MC, como herederos de D. BMS.

d) El 19 de enero de 2005 se recibió el informe de la Universidad, de fecha 5 de noviembre de 2004.

e) El 3 de febrero de 2005 emitieron informes el Jefe de Sección de Bienes Culturales y el TAG de la Sección Jurídica, en el segundo de los cuales –y sobre la emisión del preceptivo informe favorable “de alguna de las instituciones consultivas”, la insuficiente motivación, la consideración de colección y efectos de ella y la falta de vinculación con las Islas Baleares, aducidos por los alegantes interesados– se recordó: que se produjo el informe, siendo expresamente (y, en cualquier caso, presuntamente, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, supletoriamente aplicable, de acuerdo con la Disposición Final 3ª de la Ley autonómica de 21 de diciembre de 1998, por el transcurso de tres meses sin evacuarse) favorable, siendo conveniente conceder un nuevo trámite de audiencia; y se afirmó que la incoación estaba suficientemente motivada con los informes de 6 y 10 de mayo de 2004, así como que se trata de una colección y la declaración, en su caso, impide la autorización de su disgregación, y que la sentencia del Tribunal Constitucional 17/91 atribuía la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma.

f) El 5 de septiembre de 2005 el Pleno del CJM, a propuesta del Presidente de la Comisión, declaró BIC de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el fondo bibliográfico conocido como Biblioteca Privada de D. BMS, situada en la Fundación BMS, calle... de Palma, cuya descripción figura en los informes técnicos de 19 de marzo y 6 de mayo de 2004, que se adjuntan y forman parte integrante del acuerdo.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A) La demanda del recurso contencioso-administrativo, interpuesto ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Palma por D. MMC contra el acuerdo de 5 de septiembre de 2005 del CIM, para pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y su anulación, alegó:

a) Entre los Hechos

1. Que fue la Orden de 19 de febrero de 1004 del Ministerio de Cultura la que determinó la iniciación del expediente administrativo cuya resolución se impugna, pues requirió a la Comunidad Autónoma competente la instrucción de expediente para declarar bien de interés cultural, o de categoría análoga, la Biblioteca de D. BMS, que declaró inexportable, “considerando como una entidad singular y unitaria lo que en realidad es un agregado de volúmenes bibliográficos, sin duda significativo y culturalmente relevante, pero, sin una previa, y necesariamente rigurosa,

compilación ni correlación de los unos con los otros”.

2. Que el CIM incoó expediente de declaración de BIC “del fondo bibliográfico propiedad de los herederos de D. BMS (realmente, del fondo bibliográfico conocido como Biblioteca privada de D. BMS)”, en el que: la actora presentó alegaciones el 8 de noviembre de 2004; se recibió el 13 de enero de 2005 –después de evacuado el trámite de audiencia– el informe preceptivo de la Universidad, sobre el que no pudo hacer alegaciones; sin que hubiera informe sobre sus alegaciones ni fueran advertidos los interesados de la evacuación del informe universitario, y de que fuera por él que se hacía así, se le dio un nuevo trámite de audiencia, que desaprovechó, creyendo de buena fe, que la duplicidad se debía a “error administrativo”; y que faltaba el inventario de los libros que componen la Biblioteca, sin que lo sean los documentos obrantes en el expediente a los folios 75 y siguientes.

b) Entre los Fundamentos de Derecho:

1. Que la resolución del Ministerio de Cultura, con la forma de identificar la Biblioteca, que declara inexportable (sin identificar los 17.000 volúmenes de que habla) e insta sea declarada BIC, incurre en defecto, que vicia de nulidad la declaración final.

2. Que el acto de incoación adoleció de defecto insubsanable, pues era insuficiente la catalogación de los libros y documentos que componen el fondo bibliográfico, porque es de sentido común que no se puede identificar el conjunto sin previamente identificar todos y cada uno de los elementos, y porque, de los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado y Sistema Español de Bibliotecas, resulta que no hay biblioteca (pública o, por analogía, privada) si faltan los catálogos sistemático y alfabético de autores, materias y títulos.

3. Que la tramitación del procedimiento le ha causado indefensión, por cuanto no se le dio audiencia respecto del expediente instruido, antes de elevar la propuesta, pues, si bien se le dió –después de que se produjeran dos informes sobre sus alegaciones, en el primer trámite de audiencia concedido, y se recibiera el la Universidad, después de formularlas– no cayó en la cuenta de que pudieran haberse producido tales informes, sino que “pensó de buena fe” que la segunda audiencia se debía a un error administrativo, en el que se repetía el trámite, y, pese a ponerse de manifiesto, no lo examinó ni formuló alegaciones.

4. Que la resolución adolece de falta de motivación, puesto que, en ningún lugar del expediente, se fundamenta la unidad de los fondos y las razones que justifican su declaración como BIC, ni la excepcionalidad de otorgar tal categoría a una colección de libros y documentos, como admite el

artículo 5 de la Ley. Como, en cualquier caso, no es posible al no constituir una colección. Y de vulneración –en cuanto dispone que “se habrá de mantener la unidad de todo el conjunto bibliográfico que se propone declarar como BIC, en aplicación del artículo 46 de la Ley 12/1998, de 21 de enero”– porque, los más de 17.000 volúmenes de la Biblioteca no constituyen colección, cuya unidad, precisamente, reúna los valores propios de los BIC, y no los libros, constitutivos de auténticas colecciones, o los libros, manuscritos, pergaminos, legajos y documentos, o series temáticas de ellos, que pudieran serlo, como los que en 1986 dieron lugar a que la Consejería de Educación y Cultura de la CAIB (no el CIM) iniciara expediente de inclusión en el Inventario General de Bienes Muebles. Recordando que, donde se habló del mantenimiento de la unidad, fue en el informe técnico de 6 de mayo de 2004 del Jefe de Sección de Bienes Culturales, que popuso la incoación del expediente de declaración, contemplándolo como medida de protección. Y que, en el informe jurídico a sus alegaciones (en el trámite de audiencia, sobre la consideración del fondo bibliográfico como colección y la indivisibilidad que comporta) y, a la vista del informe de la Universidad (que calificó el fondo como colección privada, pero también de conjunto que no puede sufrir merma y se ha de mantener unitario e indivisible) en el que se rechazó que no fuese una colección, se destacó, que, aunque lo fuese, la obligación de no disgregación no era absoluta.

B) El CIM demandado contestó, alegado:

a) Que la resolución de 19 de febrero de 2004 del Ministerio de Cultura era acto firme y consentido, que instó de la CAIB la declaración de BIC de la Biblioteca de D. BMS, a la que llamó “obra”, y no de los fondos manuscritos o impresos y las más de 17.000 obras que la componen.

b) Que el acto impugnado de declaración no es nulo ni anulable por causa de las audiencias, pues se dio cumplimiento escrupuloso de este trámite, hasta por dos veces, en las que se pudo examinar el expediente, que, en la segunda, contenía ya el informe de la Universidad y los informes técnico y jurídico sobre las alegaciones consecuencia de la primera, sin que le causase indefensión no haber examinado el expediente, en la segunda oportunidad, ni sea imputable a la Administración el error o exceso de confianza de los interesados, sobre que la segunda puesta de manifiesto se debía a un error administrativo y a falta de advertencia de que había informes que no lo estaban en la primera.

c) Que la motivación no era deficiente, estando la Biblioteca perfectamente identificada en la resolución, que incorpora, por remisión a los informes de 19 de marzo y 6 de mayo de 2004, su descripción, sin que le cause indefensión.

C) La Administración General del Estado (que no fue demandada, pero compareció como tal por su evidente interés), contestó la demanda alegando:

a) Que el acto impugnado no era nulo de pleno derecho ni anulable, por causa de la tramitación del procedimiento o la forma, porque:

1. Era irrelevante lo que pudiera afectar a lo sucedido antes de la incoación del expediente, como la Orden del Ministerio de Cultura de 19 de febrero de 2004 (que, en resolución firme –y porque la Biblioteca, compuesta de fondos manuscritos e impresos, y más de 17.000 libros, forma parte del patrimonio bibliográfico español– la declaró inexportable, como medida cautelar hasta la incoación de expediente para su inclusión en alguna de las categorías de protección previstas, y acordó requerir a la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se halla). Porque tal declaración y requerimiento no son actos del procedimiento, sino, a lo sumo, solicitud de iniciación o instancia de persona interesada, cuyos defectos no pueden trascender al acto de incoación de la Comisión Insular del Patrimonio Histórico del Consejo Insular competente, sin que estuviera, por lo demás, sujeto a forma alguna, ni siquiera a la forma del acto de incoación, que debería incluir “una descripción del bien o bienes de que se trate, suficiente para identificarlo”. Como la, en cualquier caso, se contiene y responde a lo que es exigible por la adecuación al fin de la declaración de inexportables de los fondos manuscritos e impresos y todos los volúmenes que componen la Biblioteca privada en cuestión. A la que se refiere como bien inexportable, como colección o conjunto.

2. No se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ni omitido trámite, causando indefensión, porque la preceptiva audiencia de los interesados se produjo, sin que deje de ser así porque la segunda vez que se dio no se explicara la causa de la reiteración, pues no está esta clase de actos sujeta a formalidad distinta de la que exige su función de poner de manifiesto el expediente, y es carga del interesado examinarlo si le conviene, cuya falta de levantamiento sólo a él es imputable, como (habiendo alegado en la primera audiencia que faltaba el informe preceptivo de la institución consultiva a que se refiere la norma legal) era evidente le convenía hacer. Sin que sea razonable ampararse en la buena fe o el error propio (de creer que se puso de manifiesto por segunda vez por error burocrático o administrativo) o el ajeno (el pretendidamente burocrático del CIM de repetir la audiencia sin motivo o la inadvertencia del motivo del ofrecimiento de la segunda audiencia) para sostener que le ha causado indefensión, por no haber alegado –a la vista del informe de la Universidad, una vez incorporado al expediente puesto de manifiesto por segunda vez, y aún los informes a sus alegaciones en el trámite de la primera audiencia– lo que habría alegado si hubiera sabido (como pudo saber con

solo examinar el expediente) que existían. Al actor se le dio por segunda vez audiencia, con vista del expediente, para mayor garantía, a pesar de que, por lo que informó el TAG de la Sección Jurídica, podía no ser necesario. Como no lo era tener que esperar al informe de la Universidad, por no evacuado en plazo.

3. El acto de incoación no adolece de defecto de forma insubsanable, por la no identificación de los fondos que componen la colección denominada Biblioteca privada de D. BMS, porque la norma sólo exige una descripción del bien o bienes de que se trata suficiente para su identificación. Lo que, pudiendo ser una colección o conjunto de bienes, se ha cumplido con la referencia al dicho fondo bibliográfico denominado Biblioteca privada de D. BMS, situado en la Fundación BMS, calle... de Palma, de acuerdo con la memoria y la delimitación que se adjunta y forma parte integrante del presente acuerdo (donde se recoge lo que resulta de los informes técnicos, en los que se describe y contiene, como instrumento de descripción provisional, un inventario), con lo que se cumple con creces la suficiencia identificatoria del fondo bibliográfico, y aún el conjunto de bienes o colección. Sin que tal forma descriptiva haya causado a nadie indefensión, como demuestra el hecho de que, en el trámite de audiencia, se hicieran alegaciones, a la vista del expediente donde, obraban, además de los informes de 19 de marzo y 6 de mayo de 2004, el de 9 de octubre de 2000 (cuyo documento nº 4 contabilizaba 17. 689 obras).

4. La resolución recaída no está falta de motivación, conteniendo sucinta expresión de hechos y fundamentos de derecho, sin que falte, por causa de la descripción del fondo bibliográfico declarado de interés cultural (que se dice es el que figura en los informes técnicos que se adjuntan y forman parte integrante del propio acuerdo), y en la que se fundamenta la consideración como unidad o conjunto de bienes o colección, por más que se componga de más de 17.000 volúmenes, muchos de los cuales forman, a su vez, colecciones temáticas o de otra clase.

b) Que no adolecía el acto impugnado de las infracciones legales sustantivas pretendidas, por cuanto:

1. No son aplicables al caso, ni directamente ni por analogía, las normas sobre Bibliotecas Públicas.

2. La discrepancias, sobre la ausencia de homogeneidad bastante en los fondos para ser conceptuados como bien unitario, no tiene el apoyo probatorio necesario para prevalecer sobre los informes técnicos obrantes, especialmente el externo de la Universidad, sin que basten para desvirtuarlos los aportados por el actor, de un historiador y un bibliotecario. Sin olvidar que la importancia del conjunto, más que en las obras, reside en el

hecho de que siempre ha sido un fondo abierto a la investigación y el consulta por parte de numerosos estudiosos, lo que lo ha consolidado como uno de los fondos de referencia de la aportación española al desarrollo de la investigación en numerosos campos. Y, aunque fue el interés bibliográfico y de coleccionista de D. BMS, el que, fruto de sus aficiones personales, fue incorporando a su fondo los diferentes documentos bibliográficos, ese interés, y no otra cosa, es el que da un valor añadido cultural y social al conjunto, sobre el particular y propio, en cada ámbito, de los materiales reunidos.

3. La Biblioteca privada de D. BMS es el testimonio de la trayectoria de coleccionista de un insigne personaje de nuestra cultura y puede ser objeto de investigaciones sobre el propio coleccionista, que es una parte importante de nuestra historia cultural y social de tiempos pasados y costumbres, de mecenas, etc. Como sucedió en el caso de D. José Lázaro Galdiano, cuya figura como coleccionista, en relación con su “colección”, en el museo madrileño que la acoge, ha sido abundantemente estudiada por investigadores.

D) En el periodo probatorio, del procedimiento ordinario, ante el Juzgado, a proposición de la parte actora, los autores de los informes acompañados a la demanda se ratificaron en su opinión de que la Biblioteca de autos es “un agregado de volúmenes bibliográficos, sin duda significativo y culturalmente relevante, pero, sin un previa y, necesariamente rigurosa compilación, ni correlación de los unos con los otros”. Informes de parte, cuya autoridad no era mayor que la opinión de los informes oficiales, propios y externos, como el de la institución consultada, la UIB, con toda su autoridad para la apreciación del interés cultural de la CAIB, y que, en cualquier caso, no procedían de la Academia o institución cultural y científica del artículo 340.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo dictamen pudo proponer la actora. Ni de perito judicialmente designado.

E) En conclusiones, las partes demandadas adujeron, frente a las contrarias, en lo que importa, que la propiedad de los libros puede ser elemento de cohesión relevante, siendo frecuente hablar de bibliotecas personales o particulares, sobre todo, cuando se integran en otras mayores (como la de la Real Academia Española). Como se habla de la de autos en la bibliografía especializada. Tanto, que se llama *ex libris* al sello grabado, que se estampa en el reverso de la tapa de los libros, en el que consta el nombre del dueño o de la biblioteca a que pertenece, con vocación de evitar la disposición y el despojo, y, si no se evitan, evocar al dueño.

Y, sobre todo, en lo material, que la parte actora seguía sin probar la inexistencia, que sostenía, de la misma biblioteca, ni que los más de 17.000 volúmenes y documentos, que se conocen como tal biblioteca, no constituyen

una unidad objetiva, susceptible de la protección de los bienes de interés cultural de la CAIB.

F) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma dictó el 7 de diciembre de 2007 sentencia nº 476/07 desestimatoria del recurso P.O 126/2006.

G) En la segunda instancia ante el Tribunal Superior, la actora-apelante reiteró sus argumentos sobre los defectos procedimentales y de forma y la improcedencia material, de la declaración, y las Administraciones demandas destacaron la contradicción entre la realidad y el deseo de los informes de parte de la actora, cuya inconsistencia la sentencia había puesto de relieve, transcribiendo parte de los mismos, por no ser congruente reconocer, como hacían, que la Biblioteca es un bien y negarle unidad, ni, reconociendo que es acreedora de toda la protección necesaria, creer que no se ha de mantener su unidad porque “no es aconsejable la vinculación a un lugar determinado” (que no es el caso) y “menoscaba el legítimo derecho de propiedad, privándole de la facultad de desaparición” (que tampoco es el caso). Destacando, en cualquier caso, que la declaración solo producía el efecto de no poder ser disgregada por el propietario, sin autorización de la Comisión del Patrimonio Histórico, y, antes, rechazando los alegatos de indefensión por causa de los trámites del procedimiento y la forma del acto impugnado de la Administración Insular.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 18 DE JUNIO DE 2009 DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

A) Fue ponente Don Gabriel Fiol Gomila y está redactada en lengua catalana.

B) Resuelve directamente (y no, por remisión a los razonamientos de la apelada) las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, que no afectan al fondo del asunto, sino a los pretendidos defectos de motivación e identificación de los libros de la Biblioteca y omisiones procedimentales, como la del traslado de informe preceptivo de la Universidad –evacuado intempestivamente– negándolos, a la vista del propio expediente, en el que consta que la emisión del informe dio lugar a la apertura de “un nuevo trámite de audiencia”, aunque no se advirtiese de ello, porque el informe se evacuó y “no estar este acto de instrucción sujeto a formalidad distinta de la que exige su función de poner de manifiesto el expediente y es carga de interesado examinarlo si le conviene, cuya falta de levantamiento sólo a él

es imputable”. Y, en consideración a la irrelevancia, en orden a la indefensión, de la forma y motivación, que no deja duda sobre que lo declarado BIC cultural fue (aunque más el totum que el totius) el conjunto de todos los libros, manuscritos y documentos de la Biblioteca privada de D. BMS, que son los más de 17.000 (17.768 en 2000) que están, inventariados y localizados en distintas Salas de la Fundación BMS, en cuyo depósito se encuentran, y sobre que la declaración se debe a la conveniencia de mantener la integridad de los fondos bibliográficos y demás bienes muebles en el Patrimonio Histórico de las Illas Balears, por su valor cultural en relación, al menos, con el interés histórico, artístico, bibliográfico, documental social y científico.

C) La sentencia, sobre el fondo del asunto (si la Biblioteca privada de D. BMS declarada BIC, realmente lo es, legalmente), apenas dice nada, aunque sea suficiente, y, hasta rotundo, en sentido afirmativo, a pesar de que hubo prueba al respecto en la instancia y discusión en conclusiones, y sobre todo el recurso de apelación.

Dice la sentencia, en el primer Fundamento de Derecho, que s'accepten, en tot allò que no es contradigui amb el que a continuació exposem, els fonaments de dret de la sentencia recorreguda, y, en el cuarto, que es compleixen, sens dubte, el requisits per entendre que l'objecte que marca la Llei 12/1998, de 21 de desembre (la protección del patrimonio histórico de las Illes Balears, entendido como “todos los bienes y valores de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, que revelan para las Illes Balears un interés histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, industrial, paleontológico, etnológico, antropológico, bibliográfico, documental, social, científico y técnico), ve, en el cas, perfectament acreditat... i no creim necessari abundar molt més amb els arguments empreats per la dita sentència vist que, a més a més, la part apel.lant no ha refutat de forma fefaent.

Lo que había dicho la sentencia del Juzgado apelada de 7 de diciembre de 2007, que, en lo sustantivo, importa, y se convierte en protagonista para el concepto de biblioteca en relación con el interés cultural, era:

1. Que el debate de la cuestión en litigio se centra en la discrepancia, sobre la ausencia de homogeneidad bastante en los fondos para ser concebidos como bien unitario, es decir que se pueda calificar de biblioteca.

Alega textualmente la demandante que no existe fundamentación alguna para exigir la unidad de sus fondos bibliográficos, sino que la declaración de bien de interés cultural debería instarse sobre los fondos y colecciones temáticos que componen la Biblioteca Privada, aplicando el principio de procedencia. Por lo tanto, hay que analizar el concepto de biblioteca, y así... en el lenguaje cotidiano es, tanto el armario, mueble o

estantería, local o edificio donde se guardan libros y la institución o entidad de lectura pública, como la colección de obras análogas o semejantes entre sí que forman una serie determinada. Y ... aunque generalmente, al referirse a una biblioteca, se habla de su colección de libros en singular, lo cierto es que ésta no es algo homogéneo ni estático y que un análisis más detallado de la misma llevaría siempre a la conclusión de que dentro de su colección única, que se identifica con la biblioteca concreta, hay colecciones o partes de la misma de características muy distintas (según el tipo de documentos que las integran, las funciones que cumplan dentro de la biblioteca, o el tipo de usuarios a que vayan dirigidos, como en todas las bibliotecas existe, por ejemplo, una colección de referencia, y, en las universitarias, colecciones de investigación y docencia, y, en las públicas, colecciones infantil, hemerográfica, etc.)”.

2. Si bien no existe uniformidad en los fondos bibliográficos, pues se han ido formando por la voluntad de D. BMS, sin un único criterio de selección y abarcan diversas materias (medicina, astronomía, literatura, historia, etc.), no por ello deja de ser una biblioteca en sentido amplio, y no es obstáculo para que, en su conjunto, las distintas colecciones que componen la biblioteca privada puedan ser declaradas bien de interés cultural, sin necesidad de tramitar un expediente de protección para cada una de ellas, puesto que los bienes están perfectamente definidos, y es innegable el interés que tienen. En efecto, la declaración de Bien de interés cultural de la Biblioteca... se hizo con conocimiento del fondo bibliográfico que se detalla en el inventario facilitado por la institución depositaria del mismo y con el aval del informe de la Universidad, según el que dicho inventario es el único instrumento con que cuenta, y éste y el del Jefe de Sección de Bienes Culturales, que sirven de fundamento a la declaración, coinciden en que “la Biblioteca de D. BMS es una de las colecciones privadas más relevantes de la sociedad española, no solo por la importancia numérica de sus fondos, sin o también por la alta calidad y valor histórico de muchas de sus rarezas bibliográficas, lo que constituye bien que se hace acreedor de la mayor protección y cuidado que la Administración pueda dispensar a una colección de esas características”.

**IX.2.c)- COMENTARIOS A LA SENTENCIA nº 76/2009
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
LAS ILLES BALEARS DE FECHA 4 DE FEBRERO DE 2009,
recurso 140/2008, PONENTE: D. FERNANDO SOCIAS FUSTER,
en cuya virtud se declara nula la licencia de
nueva edificación para la construcción de un edificio
a emplazar en el solar de la c/ Mayor nº 57, 61, 63 y 65,
sito en el conjunto histórico de Sant Ferran
de ses Roques de Formentera**

Josep Masot Tejedor

ANTECEDENTES

EL CONJUNTO HISTÓRICO

El estudio de la presente sentencia nos permite el análisis de una de las figuras de protección del Patrimonio Histórico que, hoy por hoy, y sin dudas por su mayor alcance y utilización, presenta una notable incidencia en nuestra sociedad; nos estamos refiriendo al “conjunto histórico”. Prueba de ello son los diversos conjuntos históricos que jalonan nuestras islas y entre los que podemos citar los conjuntos históricos de Palma (centro histórico), Jonquet (Palma), Binissalem, Alcudia, Ses Olleries, Ruberts, Jornets, Orient, Felanitx (centro histórico), Manacor (centro histórico) y Alcudia. En Menorca tenemos Ciutadella (conjunto histórico desde 1964) y finalmente

en Eivissa y Formentera, tenemos el conjunto histórico de Dalt Vila y los conjuntos históricos de las parroquias tradicionales y las edificaciones situadas en un radio de 250 metros a su alrededor, entre el que está el de Sant Ferran de Ses Roques de Formentera. A ello hay que añadir los conjuntos históricos que contemplan los diferentes planes territoriales, así por ejemplo el Plan Territorial de Mallorca contempla como conjuntos históricos, las poblaciones de Sineu, Lluçmajor y Pollença, entre otras.

A fin de fijar correctamente los antecedentes de la precitada sentencia, es necesario precisar el alcance de la figura de protección del conjunto histórico, partiendo de la base de que dichos conjuntos se incardinan en los Bienes de Interés Cultural, categoría a la que el art. 5 de la Llei 12/1998 de 21 de desembre del Patrimoni Històric de les Illes Balears (en adelante LPHIB) otorga la máxima protección. Así pues tenemos:

El art. 6.2. de la LPHIB. define el conjunto histórico como “la agrupación homogénea de construcciones urbanas o rurales, continua o dispersa, que se distingue por su interés histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, histórico-industrial, social, científico o técnico, con coherencia suficiente para constituir una unidad susceptible de delimitación, aunque cada una de las partes individualmente no tenga valor relevante”.

De dicha definición cabe remarcar, en contra de lo que inicialmente se puede pensar, que se establece un variado conjunto de intereses a proteger que no son exclusivamente el histórico, artístico y arquitectónico, sino que también son objeto de protección los conjuntos con un interés histórico-industrial, social, científico o técnico. Un ejemplo de conjunto histórico industrial, sería la parte más antigua de la barrida de la Soledad de Palma, donde las fábricas de finales del siglo XIX y hasta mediados de los años 60 del siglo pasado, contribuyeron de manera decisiva a la configuración de la mencionada barriada.

El conjunto histórico puede afectar a construcciones tanto urbanas como rurales. Lo que hace que puede implantarse incluso en lugares que no tienen la consideración urbanística de núcleo urbano, siempre y cuando presenten una homogeneidad.

Y, finalmente, destacar el hecho de que la LPHIB, una vez acreditado el correspondiente interés, fija el nivel de las edificaciones integrantes del conjunto histórico, bajo la premisa de que “presenten una coherencia suficiente para constituir una unidad susceptible de delimitación, aunque cada una de las parte individualmente no tenga valor relevante”. Es decir, la LPHIB, al igual que su antecesora inmediata, la ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE), no conceptúa, tal vez en contra de lo que vulgarmente se piensa, los conjuntos históricos como “conjuntos monumentales” donde la mayoría de sus construcciones pueden

tener una relevancia patrimonial singularizada, sino que podríamos afirmar que llega a admitir lo contrario, o sea, que “cada una de las partes individualmente no tenga valor relevante”; es decir lo importante no son los elementos del conjunto, sino el conjunto en sí.

En este punto, la sentencia objeto del presente comentario afirma “los Bienes de Interés Cultural constituyen la categoría de máxima protección de la LPHIB, por ser los más relevantes del patrimonio histórico de les Illes Balears (art. 5) y, consecuentemente, sobre los que se proyectan medidas de protección más intensas. Ello supone que las restricciones para aquellas intervenciones que supongan alteraciones en su configuración son máximas”. Por lo tanto ya se nos fija jurisprudencialmente la interpretación restrictiva de cualquier alteración de su configuración, y ello por atender a la protección del conjunto y no de la edificación en sí.

En segundo lugar, en la sentencia se reafirma el llamado doble control de legalidad, es decir, “la existencia de un informe favorable de la Comisión Insular de Patrimonio no exime a la autoridad urbanística que ha de conceder la licencia del deber de verificar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Patrimonio Histórico que sean de aplicación directa, tal y como es el caso del art. 37.2 de la LPHIB.” Ello es importante, pues deja claro que los ayuntamientos no pueden inhibirse en el control de los Bienes de Interés Cultural, pues aun en el caso de contarse con la pertinente autorización de la correspondiente Comisión Insular de Patrimonio Histórico del Consell Insular, debe realizar el control de legalidad de las normas de aplicación directa de la LPHIB.

En tercer lugar se hace mención al principio de unidad del conjunto histórico, es decir, no cabe en él hacer diferenciaciones en cuanto al nivel de protección de sus diferentes elementos, pues precisamente no se está protegiendo un grupo de elementos singularizados, sino un conjunto, donde prima más el resultado final en cuanto a configuración, paisaje y ambiente, que el valor individual de cada uno de sus elementos. En concreto en la sentencia se afirma: “Para el caso del BIC de Sant Ferran de ses Roques, se tomó en consideración el conjunto formado por la iglesia y su entorno de casas tradicionales, incluida la de Ca Ses Castellones, por lo que aunque ésta individualmente considerada pudiera no tener valor relevante suficiente, ello no permite aislarla del régimen de protección del Conjunto Histórico en el que se integra.” Las correspondientes matizaciones se podrán realizar a través del Plan Especial de Protección (art. 36 LPHIB), pero siempre respetando los valores que motivaron la declaración del conjunto. En todo caso, y a falta de Plan Especial de Protección, las restricciones son máximas y afectan a todos los elementos; así cualquier licencia, o incluso ejecución de las ya otorgadas antes del inicio del expediente de declaración de conjunto histórico, requerirá de la autorización de la Comisión Insular de

Patrimonio Histórico y en ningún caso se permitirán nuevas alineaciones, alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones (art.37.2 LPHIB).

En relación con lo anterior, y aun en el supuesto de que exista un Plan Especial de Protección, debemos traer a colación el art 41.2.A de la LPHIB el cual preceptúa el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica así como las características generales del ambiente y silueta paisajística. Ello implica que, de acuerdo con el art. 39.2 de la LPHIB, las remodelaciones urbanas –es decir, la alteración de la trama urbana– tengan un carácter excepcional y siempre debe justificarse que contribuyen a la conservación general del conjunto. Ello es una de las cuestiones que sin duda ha levantado mayor polémica, pues en muchos casos los ayuntamientos, vía Plan Especial de Protección, son proclives a efectuar notables alteraciones de la trama urbana de sus conjuntos históricos en aras a una supuesta contribución a la conservación general del conjunto, que llegan a destruir de cuajo gran parte de su trama urbana histórica, tal cual pasó en el caso del barrio de Sa Gerreria en Palma, o el más reciente y todavía no concluido, caso del conjunto histórico del Cabanyal de la ciudad de Valencia.

En el mismo sentido, el mismo criterio de excepcionalidad, y con la debida justificación de contribución a la conservación general del conjunto, se predica de la sustitución de inmuebles; si bien en todo caso la nueva edificación, que necesariamente deberá integrarse en el conjunto, deberá mantener las alineaciones urbanas existentes (art. 39.3 de la LPHIB). Es decir, no se puede aprovechar la sustitución del inmueble para alterar la alineación que mantenía el anterior inmueble.

En el presente caso nos hallamos ante la sustitución de un inmueble en un conjunto histórico, sin Plan Especial de Protección aprobado, y la construcción de una nueva edificación muy superior al volumen preexistente.

EL CONJUNTO HISTÓRICO DE SANT FERRAN DE SES ROQUES DE FORMENTERA

Por resolución de 10 de mayo de 1996 del Consell Insular de Eivissa y Formentera se declaró Bien de Interés Cultural con la categoría de conjuntos históricos las parroquias tradicionales de las Pitiusas con las edificaciones de su entorno en un radio de 250 metros. Entre dichas parroquias está la de Sant Ferran de ses Roques de Formentera, y dentro del radio de los 250 metros a su alrededor, la casa pagesa de “Ses Castellones”. Debe significarse que las Pitiusas no presentaban asentamientos rurales con una trama urbana definida hasta bien entrado el siglo XX, pues normalmente la vida social de los diferentes municipios se articulaba

alrededor de la parroquia y algunas edificaciones vecinas, en las que se establecían los servicios para la comunidad, tiendas de comestibles, bar, etc, en algunas casos compartiendo el mismo espacio.

Ello explica que el conjunto histórico no abarque exclusivamente las mencionadas parroquias, sino que además se incluya un perímetro alrededor de ellas de 250 metros, a fin de proteger las diferentes edificaciones que a lo largo de su historia se han ido construyendo alrededor de las mismas, conformando los correspondientes conjuntos.

Lo anterior, a los efectos del presente comentario, tiene su importancia, pues es necesario puntualizar que no estamos ante una protección singular de la parroquia de Sant Ferran de ses Roques, y secundariamente su entorno de protección inmediato, donde se ubicaba la edificación de “Ses Castellones”, lo que en buena lógica tendría que ser a través de la declaración de Bien de Interés Cultural como monumento y fijar un entorno de protección (artículos 6.1 y 11 de la LPHIB), sino ante la protección de un conjunto histórico donde tan importante es la parroquia en sí como las edificaciones de su contorno, integradas dentro del perímetro del conjunto. Dicha distinción es importante, pues, tal y como veremos, parece que en el devenir de los hechos y sentencias no se ha tenido suficientemente presente.

LA EDIFICACIÓN DE “SES CASTELLONES”

Llegados a este punto, es necesario referirnos a los antecedentes concretos, pues ciertamente el recurso frente a la licencia de nueva edificación que es objeto de la sentencia analizada, tiene como antecedente el intento fallido para proteger la edificación tradicional (“casa pagesa”) que se hallaba en dicho solar, denominada “Ses Castellones”; y, brevemente, pasamos a enumerar los principales hitos que llevaron al derribo de la misma, abordando en primer lugar el comentario del auto nº 228/2005 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, que en resolución de la medida cauteladísima permitió el derribo y, finalmente, el de la sentencia nº 424/2006 que ratificó la corrección de dicha licencia de derribo.

Ya en el año 1999, o sea, tres años después de la declaración de conjunto histórico de Sant Ferran de ses Roques, en la cual se halla incluida la edificación de “Ses Castellones”, se presenta una primera petición de licencia para su derribo y posterior construcción de un centro comercial. Dicha petición es informada desfavorablemente por la Comisión de Patrimonio Histórico del Consell Insular de Eivissa y Formentera, afirmando que es un “dels elements arquitectònics que formen part del conjunt històric de Sant Ferran, els valors històrics, tradicionals, culturals

de la qual es van tenir en comte per a la declaració”. De hecho se trataba de una edificación de las más antiguas del conjunto histórico, posiblemente anterior a 1859, e incluso, por lo que se ha podido documentar, anterior a la propia Iglesia de Sant Ferran que data del año 1889.

Posteriormente, ese mismo año 1999 y por encargo de la Conselleria de Cultura del Consell Insular de Eivissa i Formentera se realiza el “Inventari de Casas Pageses de Formentera”, a cargo de los antropólogos D^a. Sonia Cardona y D. Jaume Cardell, siendo incluida dicha edificación con la ficha nº 98 del inventario. En dicha ficha se cataloga el estado de conservación de la edificación como bueno y se enmarca en la tipología “amb casa davant”.

En septiembre de 2002 y de acuerdo con el art. 36.2 de la LPHIB, el Ayuntamiento de Formentera aprueba inicialmente el Plan Especial de Protección, el cual protege específicamente dicha edificación por su interés histórico, al ser una de las viviendas más antiguas del núcleo urbano y por su tipología tradicional. Dicho planeamiento no se llegó a aprobar definitivamente ya que el Ayuntamiento de Formentera desistió de su tramitación en noviembre de 2004.

En junio de 2004 se vuelve a presentar nueva licencia de demolición y construcción de un centro comercial. Al no tener el Plan Especial de Protección aprobado, el Ayuntamiento de Formentera solicita la preceptiva autorización a la Comisión Insular de Patrimonio histórico, quien en fecha del 17 de febrero de 2005 autoriza el derribo basándose en que la edificación “es troba en un estat d’abandó i gairebé ruïnos i que no presenta trets singulars o característics de l’arquitectura tradicional pitiüssa”. Finalmente en fecha 27 de abril de 2005 el ayuntamiento concede la correspondiente licencia de derribo y nueva edificación del centro comercial.

Frente a la concesión de la meritada licencia se interponen sendos recursos, siendo objeto de análisis a continuación el que se interpone frente a la licencia de derribo, que se tramitó en los autos Procedimiento Abreviado 494/2006 del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Palma.

De dicho procedimiento debemos destacar por su trascendencia el auto que se dictó en fecha del 5 de octubre de 2005 resolviendo favorablemente la petición de levantamiento de la suspensión de la ejecución de la licencia de derribo acordada como medida cautelarísima. Se justifica por el Juzgado tal decisión en el hecho de que la precitada edificación no es un Bien de Interés Cultural, “ya que sólo lo es la Iglesia de San Ferrán, sin embargo se encuentra en el entorno inmediato de esa Iglesia, formando parte del conjunto histórico artístico, por lo que le afectaría el ámbito de protección de los 250 metros”. En este punto debemos discrepar del sentir del auto, ya que como hemos visto, la declaración de conjunto afecta a todos los elementos que hay en su interior, y no exclusivamente a la Iglesia de San Ferrán. Da

la impresión que se confunde la delimitación del conjunto con los entornos de protección de los Bienes de Interés Cultural, y ello es totalmente erróneo, pues el conjunto y no su entorno viene delimitado por los 250 metros alrededor de la Iglesia, en cuya área se encuentra la edificación.

También toma en consideración el precitado auto el informe favorable emitido por la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, en cuya virtud se considera que la edificación no tiene la tipología propia de la arquitectura pitiusa. Informe que contradice de manera palmaria, en cuanto a la tipología de la vivienda, el anterior informe del año 1999 de la propia Comisión, así como el propio “Inventari de Cases Pageses de Formentera” o el Plan Especial de Protección anteriormente citados.

Todo ello, lleva a la conclusión del Juzgado de que, a pesar de que la edificación “se encuentran dentro del ámbito de influencia del conjunto histórico artístico (...) la afectación del interés general es mínima, de manera que el perjuicio que la estimación del recurso contencioso interpuesto puede suponer para esos intereses generales (...) serían puramente económicos, que no un perjuicio irremplazable como lo sería demoler lo que tiene un claro y incuestionable valor histórico artístico. Al tener la condición de perjuicio económico, siempre sería susceptible de ser reparado vía indemnización pecuniaria”. Entendemos que tal decisión es más que cuestionable, pues la mera existencia de informes contradictorios de la propia Comisión Insular de Patrimonio Histórico, o del propio “Inventari de Cases Pageses de Formentera”, deberían obligar, al menos en sede de medidas cautelares, a la preservación del edificio hasta la definitiva resolución, pues el derribo de un bien del patrimonio histórico, ya de por sí, supone una pérdida irreparable. Pues aun en el caso de que se pudiera reconstruir, el valor histórico del bien ya se ha perdido irreparablemente. Por otro lado, si bien es cierto que la promotora contaba con las licencias correspondientes, es más cierto que el derribo suponía una “alteración de la edificabilidad” no permitida por el art. 37.2 de la LPHIB, contrarrestándose con ello el “*fumus bonis iuris*” que podía otorgar la precitada licencia.

Una vez dictado el auto, el mismo mes de octubre se derriba la edificación de “Ses Castellones”. Finalmente, y tal vez ya en una tramitación sin mucho sentido, se continua el procedimiento, dictándose la sentencia definitiva en fecha del 20 de septiembre de 2006, cuyo fallo es desestimatorio del recurso, y por lo tanto confirmatorio de la licencia impugnada. Frente a dicha sentencia no cabía recurso de apelación por razón de la cuantía. La precitada sentencia se basaba en el hecho de que, a pesar de que el otorgamiento de la licencia de derribo es una evidente alteración de la edificabilidad, la situación de ruina del edificio permitía acceder a tal petición. Dos son los fundamentos del fallo de la misma:

Respecto del informe de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, en cuya virtud se negaban valores patrimoniales a la casa de “Ses Castellones”, calificándose su estado de conservación de “casi ruinoso”, se afirmaba que, al no ser un acto de mero trámite, como alegaba la actora, sino que cabía frente al mismo recurso, y al no haberse interpuesto éste en su momento, el precitado informe devino firme y en consecuencia inatacable, por lo que no cabía intentar su impugnación incluyéndolo en el recurso frente a la licencia. Este criterio es ratificado por la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia que pasamos a comentar.

El juzgado consideraba dicho informe equivalente a una declaración de ruina y autorización para el derribo. Frente a ello debemos insistir en que el precitado informe no es una declaración formal de ruina; incluso textualmente se nos afirma que la edificación no estaba en ruina, pues se empleaba la expresión “gairabé ruínós”.

En todo caso entendía el Juzgado que sí entra dentro de las competencias municipales del otorgamiento de la licencia, el control del cumplimiento de los requisitos del art. 37.2 de la LPHIB; es decir, al estar ante una licencia de derribo, en un conjunto histórico sin Plan Especial de Protección, cabe analizar si ello supone una alteración de la edificabilidad proscrita en dicho artículo. La conclusión a que llega el Juzgado es que efectivamente el derribo de la edificación supone una alteración de la edificabilidad, que no estaría permitida excepto en el caso de ruina; en concreto se afirma: “Así las cosas autorizar un derribo supone alterar la edificabilidad de lo existente. Pero si esa alteración está justificada por un muy deficiente estado de conservación del inmueble, con peligro evidente de riesgo y daños a las personas y cosas, quedará justificada esa alteración de la edificabilidad.”

Ante ello cabe alegar que, evidentemente, el límite del deber de conservación de un inmueble se halla en la declaración de ruina; y, de hecho y por desgracia, es aprovechada en muchas ocasiones por los propietarios para intentar la demolición de edificios cuya conservación viene prescrita por ley. Por ello la LPHIB establece, en su artículo 42, una serie de garantías, aun en el caso de la demolición de un edificio que cuente con la declaración de ruina.

Pero en el presente supuesto debemos significar que ya este primer requisito no se daba, pues no se estaba ante una declaración formal de ruina por parte del Ayuntamiento como exigía el art. 183 de la ley del suelo de 1976, donde se hubiese seguido el procedimiento formalmente establecido fijándose claramente el supuesto de ruina. Pero aun así, y de acuerdo con el art. 42 de LPHIB, se deja muy claro que se prohíbe el derribo de bienes inmuebles de interés cultural sin la previa declaración de

ruina, debiendo, además contar con la autorización de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico y el informe favorable de una de las entidades consultivas del art. 96 de la LPHIB. En el presente caso, no había ni declaración de ruina ni informe favorable de una de las entidades consultivas del art. 96 de la LPHIB (Universidad de les Illes Balears, Institut d'estudis Eivissencs). No debemos olvidar que se estaba ante un conjunto histórico sin Plan Especial de Protección aprobado, donde se prohíbe la alteración de la edificabilidad, y que, incluso en el supuesto de planes especiales aprobados, la sustitución de inmuebles es excepcional y siempre que se justifique su contribución a la conservación general del conjunto.

En el caso estudiado no se justifican ni los supuestos del art. 183 de la Ley del Sueldo de 1973 para la declaración formal de ruina –es decir que la reparación no sea posible técnicamente o que su coste sea superior al 50 % del valor del edificio–, ni tampoco existe informe favorable de la entidad consultiva, incumpléndose con ello los requisitos del art. 42 de la LPHIB.

Se podría argumentar que los requisitos del art. 42 de la LPHIB no son aplicables a inmuebles integrantes de un conjunto histórico, pero ello no es así, y sirva como ejemplo el criterio expuesto en la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia –Comunidad Valenciana– Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de Enero 1998 o la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia –Granada, Andalucía– Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de Marzo 1998. Además, no debemos olvidar que lo mínimo que se puede exigir para excepcionar la prohibición del art. 37.2 de la PHIB, es que al menos se haga conforme a los requisitos y garantías del art. 42 de LPHIB, para los casos de ruina. Además ello es lo que nos dice la sentencia objeto del presente comentario cuando afirma que “los Bienes de Interés Cultural constituyen la categoría de máxima protección de la LPHIB. Ello supone que para ellos las restricciones para aquellas intervenciones que supongan alteraciones en su configuración son máximas”. Paso a hacer, finalmente, referencia a la misma.

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ILLES BALEARS,
de 4 de febrero de 2009**

La sentencia resuelve el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Palma de Mallorca de fecha 16 de noviembre de 2007, que había desestimado el recurso interpuesto contra la licencia de nueva edificación concedida por el Ayuntamiento, sin que,

debemos recordarlo, estuviese aprobado el Plan Especial de Protección de su conjunto histórico, y por lo tanto siendo de aplicación el art. 37.2 de la LPHIB.

El recurso se planteaba en base a tres argumentos: nulidad del acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, infracción del art. 37.2 de la LPHIB y infracción de las normas subsidiarias (supuesto que no es objeto del presente comentario). La sentencia desestima la petición de nulidad del acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, al entender que el mismo ha devenido firme por no haber sido impugnado en plazo, pero estima que se ha vulnerado el art. 37.2 de la LPHIB.

Una vez analizadas las premisas de la sentencia respecto del conjunto histórico –y que han sido objeto de análisis al inicio del presente comentario–, la misma pasa a estudiar el cumplimiento del art. 37.2 de la LPHIB, el cual establece que “En el caso de obras e intervenciones en un conjunto histórico, jardín histórico, lugar histórico o lugar de interés etnológico, mientras no se apruebe definitivamente la normativa urbanística de protección a que hace referencia el art. 36 de esta Ley, para la concesión de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de iniciarse el expediente de declaración, será necesaria la autorización de la Comisión Insular del Patrimonio Histórico y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones”.

Frente a ello el Ayuntamiento había alegado que la prohibición de la alteración de edificabilidad lo es en relación a la prevista en la normativa urbanística, no en relación a la edificabilidad existente. Es decir, según esta interpretación, el art. 37.2 de la LPHIB se limitaría a impedir que se otorguen licencias que vayan contra la normativa urbanística vigente, y como ésta permitía la edificación, debía otorgarse la correspondiente licencia.

Ante tal sorpresivo argumento, la propia sentencia, atinadamente, se encarga de recordar que la supuesta interpretación del Ayuntamiento, llevaría al absurdo de que el art. 37.2 de la LPHIB, estaría reiterando una obviedad, “ya que desde luego el Ayuntamiento no podrá conceder una licencia de obras contraria a las alineaciones y edificabilidades previstas e las NNSS”. Recordando que el cumplimiento de la normativa urbanística ya está prevista en el art. 4.1º de la ley 10/90 de Disciplina Urbanística.

Afirma, además, la sentencia que, en coherencia con el art. 39.3 de LPHIB –el cual indica que en las sustituciones de inmuebles, deben mantenerse las alineaciones urbanas existentes– el mismo criterio debería aplicarse al art. 37.2 LPHIB. Sin que, por otro lado, quepa otra interpretación coherente del precitado artículo que no sea que la prohibición

de la alteración de la edificabilidad lo es a fin de conservar la existente y no la contemplada en la normativa urbanística.

Reiterando la sentencia que a falta de Plan Especial de Protección, las intervenciones por aplicación del art. 37.2 de la LPHIB “deben ser de un alcance más restrictivo y limitado”.

En definitiva, la sentencia estima el motivo de nulidad y conforme al mismo, estima parcialmente el recurso, declarando nulos los referidos acuerdos municipales de concesión de licencia, acordando que procede la reposición de las cosas a la realidad anterior a la ejecución de las obras al amparo de la licencia anulada, y se inadmite la pretensión de nulidad del acuerdo de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de 17 de febrero de 2005.

En conclusión, la sentencia comentada establece un criterio claramente favorable a la protección de la integridad de todos los elementos de configuran el conjunto histórico, primando la conservación de lo existente, en cuanto integrador del paisaje y ambiente que se pretende conservar en el conjunto, frente a sus posibles modificaciones o alteraciones. Sin que, a falta de Plan Especial de Protección, quepa realizar distinciones entre los diferentes elementos que lo integran en cuanto a su nivel de protección.

EPÍLOGO

El comentario de la sentencia que nos ocupa no podría finalizar sin referirnos al Decret llei 5/2009 del 27 de novembre del Govern de les Illes Balears, el cual hace referencia a la posibilidad de “redelimitar” los tres conjuntos históricos de Formentera, en concreto en su art. 9 se manifiesta:

Redelimitació pel planejament general de Formentera de l'àmbit dels tres conjunts històrics de l'illa i dels seus entorns de protecció

1. Excepcionalment es faculta el planejament general de Formentera per què, amb un informe previ favorable de la Comissió de Patrimoni, efectuï una nova delimitació dels tres conjunts històrics de l'illa declarats bé d'interés cultural pel Consell d'Eivissa i Formentera el 29 de març de 1996, que substituirà l'actualment vigent. La delimitació esmentada ha d'incloure en tot cas les esglésies de Mare de Déu del Pilar, Sant Francesc i Sant Ferran, així com els elements adjacents a aquestes que, conformement a l'article 6.2 de la Llei 12/1998, de 21 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears, siguin mereixedors de protecció. L'ordenació que s'estableixi respecte dels

esmentats conjunts, s'ha dajustar al que assenyalen els articles 39 i 41.2 de la Llei esmentada.

2. El planejament general haurà de definir, a més, per a cada un dels tres conjunts delimitats, els seus respectius entorns de protecció i establir-ne l'ordenació, conservant-ne el caràcter arquitectònic i paisatgístic, preveient espais lliures contigus a les esglésies que permetin contemplar-les adequadament contemplació (sic) i ordenant-los per mitjà de tipologies edificatòries conformes amb el caràcter esmentat que, excepte consolidació majoritària en alguna illa d'una altra superior, no poden superar l'altura de planta baixa i planta pis.

3. L'ordenació que s'estableixi respecte dels teixits urbans no inclosos en l'àmbit dels conjunts ni en el dels seus respectius entorns de protecció, així com respecte dels terrenys rústics limítrofs amb ells, haurà de mantenir la silueta paisatgística del conjunt i del seu entorn de protecció.

4. En tot cas, s'han de catalogar i protegir els béns immobles de valor patrimonial existents en tota la zona objecte d'ordenació

Evidentement, no es casual la promulgación de dicho decreto con la sentencia objeto del presente comentario. Con la “redelimitación de los conjuntos históricos de Formentera”, se pretende crear un procedimiento “ad hoc” respecto del sistema establecido en la LPHIB para la desclasificación de Bienes d'Interes Cultural, donde en su art. 10.5 establece que para dejar sin efecto una declaración de Bien de Interés Cultural se seguirá el mismo procedimiento que para su declaración.

Dicho procedimiento “ad hoc”, entendemos que no es justificable, pues se eliminan requisitos, como por ejemplo, el informe vinculante de las entidades consultivas (art. 9.1.a de acuerdo con el art. 96 de la LPHIB).

Cabrà ver como se lleva a cabo la precitada “redelimitación” en el caso de Sant Ferran, no siendo aventurado pensar, dado los antecedentes, que la misma sirva para excluir del conjunto histórico la parcela donde se ubica la edificación que según la sentencia se debe derribar. Pero, en este caso, entendemos que sería de aplicación analógica la doctrina expuesta por nuestra jurisprudencia respecto de los Planes Especiales de Protección que van en contra de los criterios de conservación de los conjuntos históricos.

En efecto, cabría pensar si, vía redacción del Plan Especial de Protección, se podría legalizar la edificación, pero tal posibilidad a mi juicio debe ser descartada, pues, por imperativo del art. 39.3 de la LPHIB, la sustitución de edificaciones, además de tener que justificar su conveniencia para la mejor conservación deL conjunto, no permitirá la alteración de las

alineaciones... alteración que se ha producido de manera palmaria con la nueva edificación.

Además de ello, el Tribunal Supremo ya se ha encargado de recordar que el Plan Especial de Protección debe realizarse conforme a los criterios de conservación que motivaron el Bien de Interés Cultural y no en su contra, como ocurrió en la licencia de Lluçacari; en este caso cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo sala 3ª de 1 de marzo de 2005, que por su interés reproducimos.

“QUINTO.- Resulta, al menos, insólito que, si esas sentencias declararon que los desmontes y las edificaciones dañan el paisaje por causar impacto en él, se apruebe después un Plan Especial de Protección del Paisaje en cuestión, que conserva las explanaciones y edificios que lo han dañado.

La conclusión a que llegamos, a la vista de tal actuación administrativa, es la misma sostenida por la asociación comparecida como recurrida, es decir que dicho planeamiento especial, al incluir las mentadas edificaciones en el catálogo de otras edificaciones a conservar, tiene como única finalidad impedir la ejecución de una sentencia firme, lo que, como declaramos en nuestra Sentencia, de fecha 25 de junio de 1998 (recurso de casación 7358/94, fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo), no cabe esgrimir como causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, según establece el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, al tratarse de un subterfugio para impedir el cumplimiento de una decisión judicial, razón por la que no pueden prosperar los motivos de casación alegados por ambas partes recurrentes.

SEXTO.- No se puede olvidar que el artículo 103.4 de la vigente Ley Jurisdiccional dispone que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, y el apartado 5 del mismo precepto establece que el órgano jurisdiccional, a quien corresponda la ejecución de la sentencia, declarará, a instancia de parte, la nulidad de los mencionados actos y disposiciones por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la misma Ley, salvo que careciese de competencia para ello, lo que no sucede en este caso por tratarse de las determinaciones, contenidas en el Plan Especial de Protección aprobado por la Administración autonómica, que catalogan como edificaciones a conservar las que, según la sentencia de cuya ejecución se trata,

deben ser demolidas para reponer los terrenos al estado natural del paisaje antes de realizar los desmontes y la edificación”.

En línea con la citada sentencia entendemos que también cabe alegar el art. 105.2 de la Ley Jurisdiccional en el caso de que se intente la legalización, vía “redelimitación”, pues no deja de ser un subterfugio para el incumplimiento de una decisión judicial, la cual deja patente que la nueva edificación supone una alteración de la estructura urbana y arquitectónica del conjunto histórico. Como dice la sentencia objeto del presente comentario “con independencia de la redacción e interpretación de los preceptos a examinar, ya salta a la vista que la demolición de una casa payesa de planta baja situada en el Conjunto Histórico y su sustitución por un centro comercial de dos plantas –con un volumen edificado siete veces superior–, implicará una evidente alteración de la estructura urbana y arquitectónica de dicho conjunto histórico, afectando a las características ambientales del mismo, por lo que muy clara ha de ser la interpretación legal que permita dicha intervención”.

Finalmente no deja de ser lamentable, el cúmulo de despropósitos que se han venido dando en los hechos relatados, y que, con excepción de la sentencia comentada, ponen de manifiesto la indefensión que sufre nuestro patrimonio histórico, sometido en muchos casos a los vaivenes de las Comisiones Insulares y Ayuntamientos, cambios no muy ajenos a los propios cambios de color político en dichas instituciones.

Pero si ello no hace más que crear desconfianza en el ciudadano, la perplejidad es absoluta cuando vía decreto ley se intenta dejar sin efecto una sentencia, evitando cualquier repercusión a la Administración que ha venido obrando negligentemente... Es evidente que estamos ante un fraude de ley, que no hace más que acrecentar la desconfianza de unos ciudadanos que, con su propio esfuerzo, han luchado para la defensa del patrimonio histórico y de esta forma son recompensados.

X- JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL CANÓNICA

Antonio Pérez Ramos

Este XI Boletín de la Academia se cierra con una interesantísima colaboración del Ilustre Académico Antonio Pérez Ramos, profundo conocedor del tema, al cual ha dedicado sus quehaceres profesionales a lo largo de su vida, tanto en sus estudios teóricos en la Cátedra de Derecho Eclesiástico del Estado de la UIB como en su fecundo ejercicio en el Tribunal Eclesiástico. Las sentencias resumidas que se insertan a continuación nos acercan la jurisprudencia dictada en torno al canon 1.095, 2/3 del Código de Derecho Canónico, que norma la nulidad del matrimonio por incapacidad para asumir las obligaciones o cargas esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Se deduce de las mismas una apertura hacia horizontes de mayor comprensión de las realidades matrimoniales.

I. NOTAS PRELIMINARES

1.1.

Esta colaboración para nuestra Revista va a versar acerca de la jurisprudencia matrimonial canónica, en un breve muestreo de la dictada y publicada últimamente por la Rota Romana, la cual, como es bien sabido, entiende, de ordinario, en las apelaciones de segunda instancia y, a veces, de otros grados, a nivel de Iglesia universal.

1.2.

Me centro seguidamente en el canon 1095, 2/3 del Código de Derecho Canónico, que norma la nulidad del matrimonio por incapacidad de asumir las obligaciones o cargas esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Título de pedir sobre el cual tanto Pablo VI en 1966; como Juan Pablo II especialmente en 1981; el Secretario del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, en 1994; y Benedicto XVI, en 2009, no dejan de llamar seriamente la atención a cuantos operadores de la justicia eclesial propician, con una interpretación laxa del mentado canon, lo que han venido en llamarse “nulidades fáciles”, rayanas en una especie de divorcio católico.

1.3.

Las sentencias que siguen han sido seleccionadas y traducidas por el que suscribe. En su mayor parte, del texto original titulado *Rotae Romanae Tribunal Decisiones seu Sententiae*, volumen XCIII, Librería Editrice Vaticana, año 2009; otras derivan de la Revista titulada *Il Diritto Ecclesiástico*, correspondiente al año 1.2004; mientras que algunas son inéditas todavía, y me han sido facilitadas por el propio Ponente, con la referencia de su protocolo.

II. JURISPRUDENCIA ROTAL EMBLEMÁTICA RECIENTE EN TORNO AL CANON 1.095, 2 / 3

2.1. Por falta de discreción de juicio

Sentencia pro nullitate: Turnaturi, Juez Ponente. Fecha: 18 de enero de 2001, al amparo del can. 1095, par. 2. Se sostiene que este canon en sí no

es sino un desplazamiento del can. 1057, 1. Éste, en efecto, es la piedra angular sobre la que se construye todo el tratado sobre el matrimonio y el juicio sobre el que gira lo fundamental del consentimiento matrimonial. De donde resulta que quien carece de la suficiente discreción de juicio, por más que esté dotado de suficiente uso de razón, no llega a la indispensable madurez en orden a la relación interpersonal entre los cónyuges (Romanae Rotae Tribunal (RRT) XCIII, LEV, 2009, pp. 41-59).

2.2.

Sentencia pro nullitate: Alawan, Juez Ponente. Fecha: 8 de mayo de 2001. Se parte de que para el común sentir de la jurisprudencia la falta de discreción de juicio no necesariamente presupone la existencia de una enfermedad psíquica o de un trastorno de personalidad. En el presente caso quedó demostrada, con certeza moral, la grave inmadurez del demandado, anterior a las nupcias y luego en la vida conyugal (RRT, cit., pp. 317-325).

2.3.

Sentencia pro nullitate: Vito Pinto, Juez Ponente. Fecha: 25 de mayo de 2001, quien afirma que la falta de libertad interna no es sino una clase de defecto de discreción de juicio, el cual puede originarse de una facultad mental perturbada, sea volitiva, sea derivada de una grave inmadurez afectiva. Triple ecuación jurídica, a saber, entre la falta de discreción de juicio, el defecto de libertad interna y la grave inmadurez afectiva; quedando firme que el segundo y el tercero de tales factores se reducen al primero, cual reconoce la Jurisprudencia de nuestro foro. Una sinergia interdisciplinar, la del can. 1095, que comparten sendos Tribunales Apostólicos, o sea la Rota y la Signatura. Y de la que se hace eco Pompedda en sentencias de 25.11.78 y 16.12.85 (RRT, cit., pp. 343-351).

2.4.

Y, asimismo, la coram Sciacca, de 13 de junio de 2003, quien sostiene que, según el can. 1095,2º, la falta de libertad interna no es sino un supuesto del defecto de discreción de juicio, puesto que la libertad de elección en el matrimonio no depende sólo de la voluntad, sino de la valoración crítica subyacente (Il Diritto Ecclesiastico 115, 1.2004/II, pp. 3-16).

2.5. Incapacidad para asumir las cargas

Sentencias emblemáticas del Rotal español Mons. Serrano Ruiz

La de 15. junio. 2001 que falló contra vinculum basándose en el can. 1095, 2º, e implícitamente en el n. 3º del mismo; con apoyo, a la vez, de los cc. 1057 y 1101. Pues se abarca un terreno en el que es preciso llegar a descubrir la voluntad real del nupturiente, tanto desde el flanco de su facultad de deliberar, como desde su libertad de elegir (RRT, cit., pp. 392-405).

La de 23. enero. 2004 que sentenció tout court pro nullitate, de conformidad con el can. 1095, 3º, por graves desórdenes de personalidad del demandado, concurriendo en ello la cerrazón de éste en sí mismo y su inapetencia sexual ante la mujer (Prot. n. 18.330)

La de 27. febrero. 2004 que se pronunció pro nullitate basándose en dos concausas. A saber, en una grave inmadurez afectiva del sujeto, la cual le privó, a su vez, de la libertad requerida para elegir el matrimonio. Siendo de aplicación los cc. 1095, 2º, 1057 y 219 (Prot. 17.958)

XI- RELACIÓN DE LOS AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE NÚMERO DEL BOLETÍN

AGUILÓ MONJO, PEDRO ANTONIO. Académico de número y Vicesecretario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Abogado del Estado en excedencia por servicio en Comunidades Autónomas. Director de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Ex-Secretario y Ex-Vocal del Consell Consultiu de les Illes Balears. Entre sus publicaciones más recientes cabe citar: “Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte” (Revista Española de la Función Consultiva nº 1/2004); “La Justicia y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears” (Estudios en Homenaje de Miguel Coll Carreras, 2006); y “El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad” (Boletín nº IX de la Academia, 2007).

CRESPÍ FERRER, LORENZO. Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad de las Islas Baleares (1981-1986). Juez Sustituto de los Juzgados de Palma de Mallorca (1998-2003). Cursos de postgrado en la Universitat de les Illes Balears en Derecho Civil Balear (2001-2003) y Derecho de Familia (2004-2005).

GARCÍAS PLANAS, GABRIEL. Doctor en Derecho por la Universidad Central de Barcelona. Sobresaliente “CUM LAUDE”. Profesor Titular de Derecho Penal en la UIB. Abogado. Académico de número de esta Corporación.

Ha publicado entre otros: “Notas sobre la riña tumultuaria en el Código Penal” en Revista Jurídica de Cataluña, 1979; “Consideraciones en torno al agente provocador”. Cuadernos de Política Criminal, Madrid 1982; “Consecuencias del principio *nom bis in idem* en Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal, Madrid 1989; “El nuevo delito de tráfico de influencias”. Revista del Poder Judicial, Madrid 1993. “El delito urbanístico”, Valencia 1997 y Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad, obra conjunta. Madrid 2005 y 2008.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, EDUARDO. Natural de La Coruña.

Licenciado en Derecho por la Complutense (1951). Notario (1956). Notarías servidas (Puentes de García Rodríguez, Lluçmajor, Muro, Palma de Mallorca). Ha sido Censor 1º y Decano del Iltre. Colegio Notarial de las Islas Baleares. Miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la actual Compilación. Presidente de la Comisión de Cultura del mentado Colegio Notarial. Académico de número de esta Corporación, de la que fué Presidente. Medalla de Honor del repetido Colegio; Cruz Distinguida de 1ª clase y de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Notario Honorario.

MASOT TEJEDOR, JOSEP. Licenciado en Derecho por la Universitat de les Illes Balears, Abogado en en ejercicio desde el año 1992, Representante de la “Asociació per a la Revitalització dels Centres Antics” (ARCA) en la Ponencia técnica de la Comisión de Patrimonio Histórico del Consell Insular de Mallorca y en la Comisión de Centro Histórico Catalogación del Ayuntamiento de Palma. Coautor del libro: “Comentaris a la Llei de Protecció del Patrimoni Històric de les Illes Balears” (Palma, 2003).

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Académico de Número y Secretario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, Doctor en Derecho, Abogado del Estado jubilado. Es autor del libro Las retenciones tributarias y de las colaboraciones al Boletín tituladas La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación de Derecho Civil de Baleares y Consideraciones sobre algunos derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente.

OLIVER REUS, ANTONI. Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears y Profesor asociado de la Universitat de les Illes Balears; forma parte del grupo de analistas de sentencias del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

PÉREZ RAMOS, ANTONIO. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona y en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad de Comillas. Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universitat de les Illes Balears. Profesor Ordinario de Derecho Canónico del Centro de Estudios Teológicos de Mallorca. Fundador-Presidente del Instituto de Estudios Matrimoniales de Palma de Mallorca. Ex Presidente de la Asociación Española de Canonistas. Es Académico de número de esta Corporación.

PONS I MARQUÉS, FÈLIX. 1910-1970. Uno de los más ilustres

juristas mallorquines del siglo XX. Prestigioso Abogado, fue Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares de 1956 a 1960. Autor de la obra “Derecho civil de Mallorca” publicada en el tomo I de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Represaliado por el régimen franquista por haber asistido, como miembro de la Democracia Cristiana, al Congreso del Movimiento Europeo celebrado en Munich en 1962.

QUINTANA PETRUS, JOSEP MARIA. Registrador de la propietat i escriptor. Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears, i Acadèmic corresponent de la Reial Acadèmia de Sant Jordi i de l'Acadèmia de les Bones Lletres de Barcelona. Doctor en Filologia i Llicenciat en Dret. És autor dels llibres següents: La Comunitat Autònoma de les Illes Balears (1995), Derecho de aguas (1992), El estatuto de autonomía para las Islas Baleares (1984), Las autonomías y el título VIII de la constitución (1982). Ha publicat diversos estudis a la Revista Jurídica de Catalunya, la Revista de Derecho Inmobiliario i a la Revista de Menorca.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL. Autora de diversas monografías como “La ejecución de sentencias no dinerarias”; “La compensación en el proceso civil”; “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual”; “La reconvencción”; “El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada”; “La cosa juzgada. Estudio de Jurisprudencia Civil”. Ha publicado más de medio centenar de artículos científicos, y ha impartido conferencias y participado en congresos científicos, siendo Ponente (nacional e internacional). Es Académica de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares desde 2005.

YÁÑEZ VELASCO, RICARDO, Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, donde estuvo adscrito al departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, a la vez que fue asesor jurídico de Amnistía Internacional y otras organizaciones no gubernamentales. Desde el año 2000 ejerce la función jurisdiccional, al tiempo que imparte clases de su especialidad en la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha publicado ocho libros monográficos, así como varias docenas de obras colectivas y artículos científicos en revistas especializadas.