

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

XIII

PALMA DE MALLORCA, 2012

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
ISSN: 2254-2515

SUMARIO

I.-	JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA	pág.	5
II.-	RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, DE HONOR Y FALLECIDOS	pág.	7
III.-	MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2010-2011 . .	pág.	9
IV.-	DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2011-2012 <i>Los refranes jurídicos castellanos y mallorquines,</i> de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE	pág.	19
V.-	SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE DOÑA MARÍA PILAR FERRER VANRELL	pág.	83
	1. Discurso de ingreso: <i>La codificación civil y la llamada “cuestión foral” en Baleares</i>	pág.	85
	2. Contestación, en nombre de la Academia, de Doña ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ	pág.	183
VI.-	SESIÓN NECROLÓGICA EN RECUERDO DE DON RAFAEL GIL MENDOZA	pág.	207
	1. Intervención de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág.	208
	2. Discurso de Don BARTOMOMÉ SITJAR BURGUERA	pág.	211
VII.-	MESA REDONDA SOBRE INSTRUCCIÓN DE LAS CAUSAS PENALES POR EL MINISTERIO FISCAL . .	pág.	217
	1. Ponencia de Don CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ	pág.	218
	2. Ponencia de Don LADISLAO ROIG BUSTOS.	pág.	225
	3. Ponencia de Don GABRIEL GARCÍAS PLANAS	pág.	236

VIII.-	IX PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ	pág. 239
	1. <i>Tribunales Superiores de Justicia. Derecho propio y otras competencias</i> , de Don JAIME SUAÚ MOREY. Trabajo ganador del Premio	pág. 241
	2. <i>Naturaleza y funciones de los Tribunales Superiores de Justicia desde una perspectiva constitucional.</i> Intervención de Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA en el acto de entrega	pág. 277
IX.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO . .	pág. 289
	<i>Reservas hereditarias y Derecho Civil Balear.</i> Ponencia y proyecto de Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO y Actas de las sesiones de 26 de marzo y 30 de abril de 2012 .	pág. 291
X.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO . .	pág. 339
	1. <i>Islas en venta</i> de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE . . .	pág. 341
	2. <i>Las Islas Baleares en la historia del constitucionalismo</i> de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE	pág. 357
XI.-	RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN	pág. 411

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.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, DE HONOR Y FALLECIDOS

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell
Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas
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
Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell
Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras
Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

ACADÉMICO DE HONOR

Ilmo. Sr. D. Angel Reigosa Reigosa

ACADÉMICOS FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra

Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau

Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras

Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza

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. Juan Vidal Perelló

III.- MEMORIA DEL CURSO 2010-2011

El art. 38 de los estatutos de nuestra Academia imponen la publicación de las memorias anuales. Y, desde luego, es una obligación estatutaria que se cumple con gusto, pues, de esta manera, se da la merecida divulgación a unas actividades que la Academia y sus Académicos vienen realizando, las cuales tienen, dentro del contexto jurídico de nuestra Comunidad Autónoma, una importancia indudablemente superior a los escasos medios personales y materiales con los que cuenta nuestra Corporación.

En la Memoria del curso 2010-2011, el Secretario de la Corporación D. Tomás Mir de la Fuente hace una relación completa y detallada de las actividades realizadas durante la indicada anualidad. La Memoria fue leída, cual es de rigor, en el acto de inauguración del curso académico 2011-2012, cuidando, en esta ocasión, de su lectura, el Vicesecretario de la Corporación D. Pedro J. Aguiló Monjo, porque era el propio Secretario de la Corporación el encargado de pronunciar el discurso de inauguración del curso –que se puede leer en este Boletín– y que versó sobre el tema “Refranes jurídicos castellanos y mallorquines.”

I

Con posterioridad al día 30 de junio de 2010 (y antes del acto público y solemne de apertura del Curso académico 2010-2011, celebrado el día 1 de diciembre de 2010), se produjeron los siguientes hechos o actos relevantes para la vida de la Academia:

1º. El 3 de julio de 2010 falleció el Académico de Número Don Félix Pons Irazazábal, ingresado el año 2000.

2º El día 13 de julio de 2010, el Presidente de la Academia y otros dos Académicos de Número, fueron recibidos por la Sra. Alcalde de Palma, a quien dieron cuenta de la presentación en el Ayuntamiento, en ejecución del correspondiente acuerdo académico, de la petición de proclamación como Hijo Ilustre de Palma del jurista Don Félix Pons Marqués.

3º En las Páginas de l'Acadèmia de la revista MISSÈR del Colegio de Abogados, nº 86, del mes de julio de 2010, aparecieron:

a) La colaboración fija y periódica de la Academia, en forma de estudio del Académico de Número Don Miguel Suau Rosselló, titulado *La intervención judicial en las relaciones laborales*.

b) Información y comentarios del Presidente sobre:

1. La sesión necrológica celebrada, en su día, en memoria de Don Raimundo Clar Garau, en la que intervinieron como oradores Don Rafael Gil Mendoza y Don Bartolomé Sitjar Burguera.

2. La entrega a la Presidenta del Parlament de les Illes Balears del informe de la Academia sobre *El sistema legitimario balear*.

3. La elección como Académica de Número, cubriendo la vacante causada por el Sr. Clar, de Doña María Pilar Ferrer Vanrell.

4º. El 20 de julio de 2010 el Consejero de Educación y Cultura del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears resolvió calificar favorablemente la modificación de los Estatutos de la Academia, acordada por la Academia, en su día, y ordenar la publicación de la Resolución correspondiente en el BOIB, lo que tuvo lugar el 10 de agosto.

5º. El 20 de septiembre de 2010, en reunión convocada a tal efecto:

a) La Academia acordó:

1. Abrir el plazo para la presentación de candidaturas para cubrir la vacante causada por Don Félix Pons.

2. Fijar fecha para la celebración de la sesión necrológica en su memoria.

3. Aprobar las bases del IX Premio Luis Pascual González de Derecho civil Balear.

4. Aprobar el Plan científico, para el Curso académico, de las Comisiones internas de Derecho Privado y de Derecho Público.

5. Encargar el discurso inaugural del Curso 2010-2011 al Académico de Número Don Rafael Perera Mezquida.

b) El Presidente, por su parte, dio cuenta de la presentación del número 8 de la Revista Jurídica de les Illes Balears (de la que es miembro fundador la Academia y tiene representación en el Consejo de Redacción), destacando:

1. Que, en el acto celebrado en esa ocasión, en la sede de la Academia y el Colegio de Abogados, intervino el Académico de Número Don Tomás Mir de la Fuente (como vocal más antiguo de los actuales de dicho Consejo), para glosar la personalidad de su primer Director, el Académico Don Félix Pons Irazazábal, en un discurso titulado *Félix Pons y la Revista Jurídica de las Illes Balears*.

2. Que, en dicho número, se publican, un estudio del Académico de Número Don Gabriel Garcías Planas, titulado *Algunas cuestiones del delito urbanístico*, y, en la sección fija de Jurisprudencia sobre Derecho civil balear, sendos comentarios del Presidente de la Academia Don Miquel Masot Miquel, sobre las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 20 de enero de 2009 (Ponente: Sr. Muñoz Jiménez), sobre la acción de reclamación de legítima y reducción de donaciones por inoficiosidad, y de 27 de febrero de 2009 (Ponente: Sr. Muñoz Jiménez), sobre la separación de hecho como causa de la exclusión de la legítima.

6°. El día 25 de octubre de 2010 la Academia acordó:

a) Elegir Académico de Número, cubriendo la vacante causada por Don Félix Pons Irazazábal, a Don Miguel Coca Payeras (cuya candidatura habían presentado los Académicos de Número Srs. Aguiló, Ferrer, Monserrat y Quintana).

b) Nombrar Académico correspondiente a Don José Antonio García Caridad, Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

7°. El 25 de octubre de 2010 se celebró la sesión necrológica en recuerdo del Académico de Número Don Félix Pons Irarázazabal, con asistencia de la Presidenta del Parlament de les Illes Balears (ocupando la tribuna, además de los oradores, la citada Presidenta, el Decano del Colegio de Abogados y el de la Academia), en la que pronunciaron sendos parlamentos, referidos, respectivamente, a *Félix Pons hombre, jurista, abogado y político*, Don José Zaforteza Calvet, Académico, Don Tomas Mir de la Fuente, Académico y

Secretario de la Corporación, Don Antonio Coll Alonso, Abogado, y Don Fernando Ledesma Bartret, Consejero Permanente del Consejo de Estado.

8°. En las Páginas de l'Acadèmia del n° 87 de la Revista MISSÈR del Colegio de Abogados, del mes de octubre de 2010, aparecieron publicados:

a) Como colaboración periódica doctrinal, el estudio de la Académica de Número Dña. Isabel Tapia Fernández, titulado *Presupuestos del procedimiento de ejecución hipotecaria. El título hábil para despachar la ejecución.*

b) Un artículo de Don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia, titulado *Extinció dels censos i alous inactius*. Que es un comentario sobre la Ley de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears 3/2010, de 15 de junio, de constatación de censos y alodios y extinción de los inactivos.

II

La sesión pública y solemne de inauguración del Curso 2010-2011 se celebró el día 1 de diciembre de 2010. Se inició con la lectura de la Memoria del Curso 2009-2010, por parte del Secretario, y prosiguió, pronunciando el discurso de apertura, el Académico de Número Don Rafael Perera Mezquida, titulado *El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal*.

III

A lo largo del Curso y hasta el 30 de junio de 2011, en que terminó, se produjeron, los siguientes actos y hechos relevantes para la Academia:

1°. El día 27 de enero de 2011 se presentó en el Parlament de les Illes Balears el n° XI del Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de cuyo contenido se dio cuenta en la Memoria del Curso 2009-2010¹.

2°. En Les Páginas de l'Acadèmia del número 88 de la revista MISSÈR

1 - *Derecho civil de Mallorca* de Félix Pons i Marquès (reedición); *Llengua i dret: una opció per a la llengua pròpia* de Don Josep Maria Quintana Petrus (discurso de ingreso y contestación de Don Pedro A. Aguiló Monjo); *El principio de intervención mínima en Derecho Penal ¿realidad o ficción?* de Gabriel Garcías Planas (discurso de apertura del Curso 2008-2009); *El régimen económico conyugal de participación* (discurso de inauguración del Curso 2004-2005) de Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés; *El empresario como garante de la seguridad laboral: responsabilidades derivadas del accidente de trabajo* de Don Antoni Oliver Reus; *Parejas de hecho e igualdad constitucional: perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear* (VII Premio Luis Pascual González) de Don Ricardo Yáñez Velasco; *La cuestión de la reserva ordinaria en el Derecho foral: estudio especial de su constitucionalidad y aplicación en Mallorca* (trabajo finalista del VII Premio Luis Pascual González) de Lorenzo Crespi Ferrer; *Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente regulación* de Doña Isabel

del Colegio de Abogados, correspondiente al mes de enero de 2011, se incluyeron:

a) Como colaboración periódica, la transcripción de la pieza oratoria del Académico de Número Don José Zaforteza Calvet, pronunciada en la sesión necrológica en memoria de Don Félix Pons Irazazábal, con el título *Félix Pons, el hombre*.

b) Una evocación del fallecido Catedrático de Derecho Penal Don Octavio Pérez-Vitoria Moreno, impulsor de la creación de nuestra Academia, por parte de su discípulo el Académico de Número Don Gabriel Garcías Planas.

c) Una reseña del Presidente Sr. Masot sobre el VII Congreso de Academias de Ciencias jurídicas y sociales de Iberoamérica y Filipinas celebrado en La Coruña, al que asistió.

3°. El 21 de febrero de 2011 el Abogado y doctor en Derecho Don Jaime Suau Morey, pronunció, en la Academia, una conferencia sobre *Reformas procesales, novedosa Oficina judicial e incidencia en el proceso penal*.

4°. El 21 de marzo de 2011 se entregó, en acto público y solemne, el VIII Premio Luis Pascual González de Derecho civil Balear, que fue otorgado a Don Felio José Bauzá Martorell, por el trabajo, titulado *Tradición jurídica civil balear del derecho de toma de agua: vigencia de las antigüas costumbres*.

En tal sesión, Don Antonio Planas Rosselló, Profesor titular de Historia del Derecho de la Universidad de las Illes Balears y Académico de Número de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, Genealógicos y Heráldicos, pronunció un discurso sobre *La formación de la costumbre en el Derecho medieval de Mallorca*.

5°. El día 19 de abril de 2011 tuvo lugar en la Sala de actos del Colegio de Abogados la presentación del libro *El dret viscut. 50 anys de la Compilació del Dret Civil de les Illes Balears (1961-2011)*, coordinado por Pilar Ferrer, Miquel Masot y Lluís Segura, y editado por Lleonart Muntaner, con la

Tapia Fernández (discurso con ocasión de la entrega del VII Premio Luis Pascual González); *Sistema legitimario de las Illes Balears* (informe de la Comisión Académica Interna de Derecho Privado); Estudio de Don Tomás Mir de la Fuente, en la Comisión Académica Interna de Derecho Público, titulado *Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía*, y *Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2010, sobre competencias en la zona de servicio de los puertos autonómicos*, y de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares sobre una *Biblioteca privada de interés cultural*, ambos de Don Tomás Mir de la Fuente, y, también dentro del seno de la Comisión de Derecho Público, *Comentario* de Don José Masot Tejedor, sobre la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de 4 de febrero de 2009, relativa a *Licencia de edificación en el ámbito de un Conjunto Histórico*; y *Jurisprudencia matrimonial canónica* de Don Antonio Pérez Ramos.

colaboración del Institut d'Estudis Autònoms y la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, y el apoyo de los Colegios de Abogados y Notarial de Baleares, la Universitat de les Illes Balears y la Direcció General de Justícia del Govern Balear. El libro empieza con una presentación del President de la Comunitat Autònoma y un prólogo del Presidente de la Audiencia Provincial, y contiene doce estudios, de los que, entre otros, son autores seis Académicos, los de Número Jaime Ferrer Pons, Josep Maria Quintana Petrus, Tomás Mir de la Fuente y Miquel Masot Miquel², y los electos Pilar Ferrer Vanrell y Miguel Coca Payeras (en colaboración con Carmen Vila Ribas)³.

6°. En el número 89 de la revista *MISSÈR* del Colegio de Abogados, del mes de abril de 2011, se publica, en Les pàgines de l'Academia, como colaboración doctrinal periódica, el estudio del Académico Don Jaime Ferrer Pons, titulado *Extinció de los alodios. De la Compilació a la Ley 3/2010 del Parlamento Balear*.

7°. En la sesión ordinaria de 16 de mayo de 2011, última del Curso 2010-2011, se aprobó el informe de la Comisión Académica Interna de Derecho Privado sobre *Pactos sucesorios en el Derecho Civil Balear*, del que se remitió copia al Parlamento de las Illes Balears y a la Comisión Asesora de Derecho Civil del Govern Balear, y se encomendó al Académico de Número Don Tomás Mir de la Fuente el discurso de la sesión pública de apertura del Curso 2011-2012.

8°. El 20 de junio de 2011 se presentó, en la sede de la Fiscalía Superior de las Illes Balears, el número 9 de la Revista Jurídica de les Illes Balears, en el que:

a) En la sección fija de Jurisprudencia de Derecho civil Balear, a cargo de Don Miquel Masot Miquel, se incluyen comentarios a cuatro sentencias de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia:

1. A la de 1 de febrero de 2010 (Ponente: Sr. Muñoz Jiménez), sobre fideicomiso de residuo;

2. A la de 24 de marzo de 2010 (Ponente: Sr. Capó Delgado), sobre aplicación analógica del artículo 9.1 de la Ley de Parejas de hecho, para

2 - Que lo son, respectivamente, de los titulados *El Libro I dedicado a Mallorca, La Compilació de dret civil a Menorca: d'un passat escèptic a un futur integrador, La evolució del Dret Civil Balear compilado: el contenido de la Compilació y sus modificaciones y La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia*.

3 - Que lo son, respectivamente, de los titulados *El iter histórico-legislativo de la Compilació de Derecho Civil Especial de las Islas Baleares: sus precedente y El Derecho Civil Balear en el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro*.

compensar el desequilibrio de los patrimonios de uno y otro cónyuge, por la dedicación respectiva a la familia, en casos de disolución de matrimonio en régimen de separación de bienes;

3. A la de 25 de mayo de 2010 (Ponente: Sra. Vidal Mercadal), sobre la vigencia en el Derecho de Mallorca de la reserva viudal del artículo 968 del Código civil, su constitucionalidad y compatibilidad con los principios generales sucesorios⁴; y

4. A la de 30 de septiembre de 2010 (Ponente: Sr. Muñoz Jiménez), sobre admisibilidad del convenio de adjudicación de bienes, acordado por el heredero distribuidor y todos los beneficiarios.

b) Entre los Estudios, hay uno de Don Tomás Mir de la Fuente, sobre *La solución judicial definitiva de una vieja cuestión tributaria: la liquidación de la donación de bienes gananciales en el Impuesto que las grava*, comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 (que resolvió estimatoriamente la cuestión de ilegalidad planteada, en relación con el artículo 38 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de 1991, que dispuso la liquidación única, incluso en los casos en que el grado parentesco con el donatario, del donante y su cónyuge, no sea el mismo, frente a la doble liquidación, por mitades del valor total, en función de cada parentesco, de la práctica inveterada).

c) En la sección de Libros, aparece una reseña del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Baleares Don Antonio Terrasa García, del libro de Don Jaime Suau Morey, titulado *Inmediación, y apelación en el proceso penal. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y reformas procesales*, de algunos de cuyos aspectos trató, en su día, en la conferencia que pronunció en la Academia, según se ha reseñado, el día 21 de febrero de 2011.

IV

Con posterioridad al 30 de junio de 2011, y antes de la inauguración oficial del Curso 2011-2012, del día de hoy, ha tenido lugar lo siguiente:

1º. Apareció el número 90 de la revista *MISSÈR* del Colegio de Abogados, correspondiente al mes de julio de 2011, en cuyas Páginas de l'Acadèmia, se incluyen:

a) La colaboración académica doctrinal periódica, en este caso del Académico de Número Don Pedro A. Aguiló Monjo, titulado *El Nuevo*

4 - Sobre esta cuestión versó el estudio de Don Lorenzo Crespi Ferrer, presentado al VII Premio Luis Pascual González, publicado en el XI Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

recurso de anulación del artículo 239.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria (Comentario de la STC de 14 de marzo de 2011).

b) Una nota necrológica del Presidente de la Academia, Sr. Masot Miquel, sobre Don Joan Verger Garau, Académico de la de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, y miembro de la Comisión Compiladora de Juristas que elaboró el anteproyecto de ley de reforma de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 1961 (que dio lugar a la Ley 8/1990 de 28 de junio sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares de Modificación, y al actualmente vigente Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto legislativo 79/1990 de 6 de septiembre).

c) Un estudio del Presidente de la Academia sobre el Cincuentenario de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears de 19 de abril de 1961 y su conmemoración el 19 de abril de 2011, con ocasión de la presentación del Libro titulado *El dret viscut. 50 anys de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears (1961-2011)*.

2°. El día 29 de julio de 2011 falleció el Académico de Número Don Rafael Gil Mendoza, uno de los diez fundadores de la Academia y el notario autorizante, con el número 1109 de su protocolo, de la escritura pública de 24 de abril de 1988 de fundación de la Academia, otorgada por Don Bartolomé Sitjar Burguera, después, y hoy mismo, Académico de Número, como Decano del Colegio de Abogados de Baleares, en nombre y representación de éste.

3°. El día 16 de septiembre de 2011 el Presidente de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears concedió a la Academia la audiencia, que había solicitado, acudiendo a su sede el Presidente de la Academia acompañado de diez Académicos.

4°. El día 26 de septiembre de 2011, en la primera sesión ordinaria del nuevo Curso 2011-2012, se fijó fecha para las sesiones de apertura y necrológica del Sr. Gil Mendoza y el Presidente dio cuenta de la presentación en plazo, por la Académica electa Doña María Pilar Ferrer Vanrell, de su discurso de ingreso (así como de su censura favorable por el Académico Censor Don Antonio Monserrat Quintana y la designación de la Académica de Número Doña Isabel Tapia Fernández, para la contestación en nombre de la Academia).

5°. Se remitió a la imprenta el XII Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, que incluirá:

a) El discurso de apertura del Curso 2010-2011 (del Sr. Perera Mezquida).

b) Los discursos pronunciados en las sesiones necrológicas en memoria de

los Académicos de Números Srs. Clar Garau y Pons Irazazábal (por los Académicos Don Rafael Gil Mendoza y Bartolomé Sitjar Burguera, en la del primero, y por los Académicos de Número Don José Zaforteza Calvet y Don Tomás Mir de la Fuente, el Abogado Don Antonio Coll Alonso y el Consejero permanente del Consejo de Estado Don Fernando Ledesma Bartret, en la del segundo).

c) La conferencia pronunciada por el Abogado Don Jaime Suau Morey, sobre las reformas procesales recientes.

d) El trabajo de Don Felio Bauzá Martorell que obtuvo el VIII Premio Luis Pascual González de Derecho civil Balear, y el discurso pronunciado, con ocasión de su entrega, por el Académico de la Real Mallorquina de Estudios Históricos, Genealógicos y Heráldicos Don Antonio Planas Rosselló.

e) El informe, elaborado en el seno de la Comisión Académica de Derecho Privado, sobre *Los contratos sucesorios en las Illes Balears*.

f) Los trabajos elaborados (en el seno de la Comisión de Derecho Público, sobre el tema general de Las islas y el Derecho) por Don Tomás Mir de la Fuente, titulados *La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears* y *Publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de los textos y disposiciones de los órganos periféricos de la Administración General del Estado, en las dos lenguas cooficiales*.

g) Para el caso de que hubiera de retrasarse la publicación del XII más allá del 31 de diciembre, se podrían incluir además el discurso de inauguración sobre Refranes jurídicos castellanos y mallorquines, las intervenciones en la sesión necrológica del Sr. Gil Mendoza y el discurso de ingreso de la Académica electa sobre La codificación civil española y la llamada cuestión foral del Derecho balear.

6°. El día 6 de octubre de 2011 el Alcalde de Palma recibió a la Academia, representada por su Presidente y otros nueve Académicos más.

7°. El día 14 de octubre de 2011 la Academia fue recibida por el Presidente del Parlamento de las Illes Balears.

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2011-2012

REFRANES JURÍDICOS CASTELLANOS Y MALLORQUINES

Tomás Mir de la Fuente

Según el artículo 36.1 de los estatutos de la Academia, el acto inaugural del curso constituye un acto público y solemne, en el cual el Presidente, o el Académico de Número en quien éste delegue, pronunciará el discurso de apertura. En la inauguración del curso 2011-2012, la delegación del Presidente en el Académico de Número D. Tomás Mir de la Fuente nos permitió disfrutar de un magnífico discurso, cuyo título –“Refranes jurídicos castellanos y mallorquines”– permitía conjeturar que disfrutaríamos de un espacio de tiempo en el que los nuevos conocimientos adquiridos vendrían acompañados de un placentero deleite.

Por otra parte, era natural que un estudioso como es el con-ferenciante hubiera acumulado una amplia bibliografía sobre la materia, que, incluso, ha dado lugar a una ciencia cual es la paremiología. Ello permitió al Sr. Mir de la Fuente partir del concepto y variadas definiciones de lo que constituye un refrán, para pasar lista después a los defensores y detractores de los mismos, y aterrizar luego en la exposición de una variadísima serie de refranes de contenido jurídico, tanto en castellano como en mallorquín, en los que, por cierto, no deja de latir la descon-fianza y recelo ante el Derecho y la administración de Justicia.

El título de la disertación podría haber sido *Paremiás* y otros dichos jurídicos, que es más técnico y exacto, pero también más pretencioso. Porque *paremia*, etimológicamente, proviene del griego, en que significa proverbio, y, según el Diccionario de la Real Academia, es refrán, proverbio, adagio y sentencia. U otro título más descriptivo, como el demasiado grave, inspirado en la obra de Melchor de Santa Cruz de Dueñas, de *Apotegmas* y sentencias graciosamente dichas, o el demasiado largo de la colección de Pedro Salvá Mallén, *Refranes, proverbios, adagios, sentencias, máximas, apotegmas, emblemas, consejos, aforismos, enigmas, conceptos, avisos, empresas y dichos notables, sentenciosos y graciosos*, y aún, el muy poético del libro de Pedro Felipe Monlau Roca, *Ramillete de máximas, pensamientos y dichos sentenciosos, agudos y memorables*; siempre referidos a materia jurídica. Hablar de refranes jurídicos basta para expresar el asunto.

La precisión geográfico-lingüística, de castellanos y mallorquines, la hago porque, aunque me expresaré en lengua castellana, al referirme a los refranes en la lengua hablada, además del castellano, en las islas Baleares (catalana –literaria, normativa, estándar u oriental– o dialectal, pero en todo caso mallorquina –*de trona, de rondalla o col·loquial*– o, menorquina, ibicenca o formenterera), lo haré tal cual los he oído o leído. Siendo el castellano, si se quiere decir así, la lengua vehicular, porque servirá de vehículo o, como dice el Diccionario de la Real Academia, de comunicación entre grupos de personas de lengua materna distinta, y el castellano fue la mía primera, y seguramente de la mayoría de Vds. En definitiva, hablaré en castellano de los refranes mallorquines, que, desde luego, no traduciré al castellano.

Mi primer contacto con el tema lo tuve ejerciendo de abogado, en la necesidad de alegar o rebatir, en sede judicial, los principios generales del Derecho, que, como fuente, había estudiado en la parte general de todas las asignaturas, donde se les relacionaba con los axiomas y aforismos, en castellano y otras lenguas (francés, principalmente, pero también inglés, alemán e italiano, e incluso catalán, donde al final siempre aparecía el *seny comú* o *raó natural*, pensando en lo justo y lo bueno, como corresponde al Derecho que es *ars aequi et boni*), pero sobre todo en latín.

Para mí había sido el hallazgo de un auténtico tesoro, pese a no estar oculto, sino en casa, encontrar en el despacho de mi padre, un libro, grueso y encuadernado en piel, editado por Reus, y titulado *Leyes Civiles de España*, de León Medina y Manuel Marañón, nueva edición de 1935, revisado, y corregido hasta el día de su fecha, por José Castán Tobeñas, Joaquín Garrigues, Fernando Campuzano, Francisco de P. Rivas y Martí y Manuel Batlle Vázquez. El famoso Medina y Marañón, que contenía los Códigos y

leyes fundamentales en materia de Derecho civil y mercantil, y en el que, después del Código Civil y, entre los textos complementarios (tras el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón y antes de la Ley del matrimonio civil y divorcio), se incluían unos Principios de Derecho, consignados, se decía, en los Códigos romanos, en las Partidas, en el texto de las Decretales y en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (clasificados como reglas generales, Ley, Derecho y Justicia, propiedad, posesión y prescripción, testamentos, herencias y sucesiones, obligaciones y contratos, donación y privilegios y enjuiciamiento civil, pruebas, sentencias, etc.).

Con la relectura y memorización de sus casi 150 citas me reconcilié con el Derecho Romano, que había estudiado en Primer curso, más bien poco (porque el titular de la asignatura Ángel Latorre Segura, luego magistrado del primer Tribunal Constitucional, creyó que era mejor introducirnos en el Derecho Civil, de la mano, sobre todo, del Tratado de Derecho Romano de Juan Iglesias), a través de los aforismos en latín relativos a las instituciones civiles, sobre todo, pero también de algunos del Derecho público, sobrevivientes, por compatibles con los del Estado moderno.

No sucedió lo mismo con el examen del tomo de las Leyes Administrativas de España de León Medina y Manuel Marañón de 1915, que había en la Abogacía del Estado (junto con todo el Alcubilla y todo el Aranzadi y la legislación estatal del 18 de julio de 1936 al 1 de abril de 1939), y contenía, según decía, las leyes, reglamentos e instituciones sobre las más variadas materias. Pero ningún principio de Derecho. Aunque los había útiles, de Derecho Público, en las regula iuris del Digesto y en Las Partidas, sobre las fuentes del Derecho, el Rey, la Justicia, los jueces, los pleitos, los delitos y las penas, o la Hacienda. Siendo estas viejas reglas, numerosas, aunque hoy de menor lucimiento y utilidad, que otras foráneas, que aprendí en los Tratados y Cursos de Derecho Administrativo manejados en la Facultad, sobre todo en francés, que respondían mejor a los postulados liberales, cristalizados en el Estado de Derecho –con sometimiento de la Administración a la ley común, en el rule of la, y a la ley especial en el régimen administrativo continental– como, sobre todo, el principio de legalidad –y, por la división de poderes, el de jerarquía normativa– con la consiguiente superación de la arbitrariedad e irresponsabilidad de la Corona del Ancien Régime (como los Dieux nous livre de l'équité des parlements, The king do not wrongh, In polizeisaken gilt keine apelation). Proclamando que le droit divin de rois est substitué par le droit du peuple.

Desde entonces los principios generales del Derecho que incorporan o inspiran axiomas, aforismos y proverbios jurídicos han arraigado así en mi mente. A diferencia de las leyes, que han ido pasando, y muchas las he olvidado, incluso antes de derogarse.

Ahora, que, jubilado, tengo tiempo para pensar, y no debo actuar en función del interés del Estado en los procesos, como cuando ejercía, y porque es tiempo de recapitulación (como en 5º Curso de la Licenciatura, después cuatro, pegados al terreno del Derecho positivo español, la Filosofía del Derecho lo remonta y mira con perspectiva), estoy interesado por los temas generales y multidisciplinarios. Más en los someros, y amenos, que en los profundos, y graves. Uno de ellos es el de los refranes jurídicos, que aprecio, más, como testigos de la moral pública, que como fuente supletoria de la ley, y suelo usar, pero de los que procuro no abusar. Porque recuerdo el reproche hombre refranero hombre majadero¹. Y si, en el foro y en el ágora, donde esté un aforismo en latín sobran los refranes populares, en castellano o en otras lenguas, no sucede lo mismo en mis tertulias, en las que no faltan los refranes jurídicos, aunque la mayoría de los asistentes no sean juristas. Como tampoco son juristas todos los presentes, hoy, en este acto público de la Academia. Aunque sí la mayoría.

Fruto de este interés son las siguientes consideraciones, estructuradas en cuatro apartados: los refranes, en general, y los refranes jurídicos, en particular; los refranes jurídicos castellanos y mallorquines; la utilidad de los refranes jurídicos y el futuro de los refranes jurídicos.

I

Sobre los refranes, en general, y sobre los jurídicos en particular.

De los refranes, en general, trata la Paremiología. También de los de temática jurídica. Más y mejor, seguramente, que la Ciencia jurídica. A pesar de que las máximas, aforismos o bocardos han tenido, sobre todo en la práctica forense o judicial, presencia notable en nuestra cultura jurídica.

El refrán, dice el Diccionario, es dicho agudo y sentencioso de uso común². Y, si, como se dice, hay refranes para todo, también los hay jurídicos, como no podía dejar de ser, siendo como son todos los refranes, precisamente, sentencias breves sacadas de aluenga y discreta experiencia. Don Quijote de la Mancha dixit.

1 - Hay otro que dice *De refrán y afán, pocos se liberan*.

2 - Para Julio Casares es una frase completa e independiente, que, en sentido directo o alegórico, y por lo general en forma sentenciosa y elíptica, expresa un pensamiento –hecho de experiencia, enseñanza, admonición, etc.– a manera de juicio en el que se relacionan al menos dos ideas. Para Francisco. Rodríguez Marín es un dicho popular, sentencioso y breve, de verdad compulsada, generalmente simbólico y expuesto en forma poética, que contiene una norma de conducta u otra cualquiera enseñanza.

El refrán jurídico (o de tema jurídico) es algo menos que una máxima o aforismo. Que es sentencia grave que de forma sintética proclama un principio o regla jurídica, de forma que facilita u orienta la solución del caso. El refrán es por el contrario festivo. Como el adagio es doctrinal y el proverbio histórico.

Es menos culto y noble³, y produce menor fascinación, que el aforismo. Aunque sólo sea porque no está en latín, como suelen estar muchos de los aforismos procedentes de las regula iuris del Digesto. Y es fácil confundirlo con la traducción de aquéllos a las lenguas modernas. Tan es así, que en las recopilaciones más ambiciosas se yuxtaponen y se confunden.

No tiene autor conocido (algunos de los del Quijote, en boca de Sancho Panza, son de Cervantes⁴), lo que les perjudica, como producto intelectual, pero garantiza su sinceridad y falta de corporativismo, y el Refranero los ha adquirido por acarreo (aluvión popular, como regla, o avulsión literaria, como excepción⁵). El anonimato no empaña su autoridad⁶, pues la tiene en su conjunto el pueblo (al que se llama soberano), más que no la tuvo nunca (y tuvo mucha, cuando no existía la soberanía nacional, pues la vox pupila era vox de). Dijo F. Rodríguez Marín⁷, que el refranero *es el barómetro que mide la presión del aire ambiente intelectual de las naciones, pues tanto sabe un pueblo, en punto a las prácticas de la vida, cuanto se deduce de sus refranes: nada más; y digo nada más, porque apenas hay doctrina ni regla de conducta, ni siquiera superstición, que se no haya vaciado en los moldes de uno o más refranes, pues éstos son el almacén general de la sabiduría*. Faustino Fernández, por su parte, ha hablado de supermercado legal.

3 - Para José María Sbarbi, el dicho es vulgar o no: si lo primero, se llama refrán, si lo segundo, adagio o proverbio. *Disertación acerca de la índole, importancia y uso de los refranes*. 1891

4 - Sobre la recíproca influencia de Don Quijote y Sancho Panza, vid. *Quijosancho, Maestro*, del Abogado del Estado y Ministro de Hacienda José Larraz López. Y, en general, sobre los Refranes de Cervantes, vid. *El pensamiento de Cervantes*, de Américo Castro y *Refranes y frases hechas en la estimativa literaria del Siglo XVII*, de Francisco Yndurain.

5 - Según Mal Lara, *La Filosofía vulgar* 1568, se llama así *de referirse muchas veces* (a referendo). Para Pedro Felipe Monlau Roca, en *Diccionario etimológico de la lengua castellana* 1856, es contracción de *referirán*, tomándolo del Maestro Venegas, para quién *refrán es como referirán, porque muchos en diversos propósitos refieren un mismo refrán que fue dicho a sólo un*.

6 - Juan Sorapán de Rieros, en el prólogo de la obra de Martín Fernández Zambrano *Medicina española contenida en proverbios vulgares de nuestra lengua* 1616, dice que refrán no es otra cosa que un principio que los filósofos dicen *per se noto*, el cual, por su experimentada verdad, tiene adquirida tanta autoridad, que no tiene necesidad de ponerse en tela de disputa para ser creído.

7 - En su discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Bellas Artes en 1895. Donde, además, afirmó que lo que distingue el refrán de las demás producciones un tanto análogas, es que va de la tradición oral al libro, más que del libro a la tradición oral, y, porque contiene una enseñanza, se distingue del modismo.

Hay refranes muy pagados de su autoridad, como los siguientes: *Con refranes o con leyes, los primeros son los reyes; En boca del vulgo andan los refranes, pero no salieron de bocas vulgares; Los refranes son depuradas verdades; No hay refrán que no diga una verdad, y, si no es así, es porque dice dos; No hay refrán viejo que no sea verdadero; Con un refrán puede gobernarse una ciudad; Los locos y los refranes dicen las verdades; Más vale un refrancito que libros siete; Más vale un refranesco que diez libros. Els adagis venen després dels evangelis.*

No faltaron detractores de tal autoridad, tan importantes como Francisco de Quevedo, que, frente a un anónimo *Entremés de los refranes*, atribuido a Cervantes, escribió *El entremés de los refranes del viejo celoso, Origen y definición de la necedad, Cuento de cuentos y, sobre todo, La Premática o Pragmática que este año de 1600 ordena Primeramente se quiten todos los refranes y se manda que ni en secreto ni en público se aleguen, por gran necesidad que haya de alegarse*⁸, o como Baltasar Gracián, en su *El Criticón*⁹ y el Padre Feijóo. Pero, en general, han sido respetados, como lo fueron por Sebastián de Covarrubias Horozco, que¹⁰ dijo *Con ninguna cosa se apoya nuestra lengua mejor que con lo que usaron nuestros padres, y eso se conserva en los refranes, en los romances viejos y en las cancioncillas morales, y así, no se han de menospreciar, sino venerarse por su antigüedad y sencillez, por eso yo no desdeño de alegarlos, antes hago mucha fuerza en ellos para probar mi intención.*

II

Sobre los refranes jurídicos castellanos y mallorquines.

Empezaré leyendo algunos. Mejor dicho, muchos. Varios cientos, de los más de mil (unos 1240, de los que unos 800 son castellanos y 440 mallorquines) que he recogido en los folios que tengo delante. Como no puede ser menos, si se piensa en las decenas de miles que hay. Más de 50.000, según Rodríguez Marín, de los que, si hay que dar crédito a Gella Iturriaga, 5.400 son jurídicos.

Realmente, haré poco más que esto. Dando por sentado qué sea lo jurídico, lo que es mucho suponer. Y tomando un concepto amplísimo, que permite contemplar casi toda la vida social del ser humano. Pues, por algo se dijo, que donde hay sociedad hay derecho.

8 - Ver *Notas sobre el refrán y la fórmula coloquial en la poesía burlesca de Quevedo*, de Ignacio Avellano.

9 - Ver *Registro de refranes y dichos proverbiales de El Criticón* de Romero Navarro.

10 - En *Tesoro de la lengua castellana o española*, de 1611.

Primero, me referiré a algunos refranes jurídicos castellanos. Después a los de Mallorca o mallorquines (oídos, o leídos, tal como se dijeron o escribieron donde los oí o leí, lo que les hace, hoy, vulnerables filológicamente, por no normalizados, lo que no impide que puedan serlo por quien sepa y quiera).

De los primeros, los castellanos, son, los más, del Vocabulario de refranes y frases proverbiales y otras fórmulas comunes de la lengua castellana del Maestro Gonzalo Correas, de 1627, y, los menos, de la Antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales compilados por Marcos G. Martínez, de 1986. Y algunos de algún otro libro.

Los segundos, los mallorquines, proceden, la mayoría, de los refranes de Mossén Antonio María Alcover, reunidos, en 2008, en el Diccionari d'expressions lingüístiques (recollidas de les Rondalles mallorquines den Jordi des Racó), del que es autor Antoni Lull Martí, y de la obra *Èspigolant en la antigor (Refrayns i dites de la nostra terra)*, de Lorenzo Alzamora Bisbal, de 2008, y, algunos, de los diez volúmenes del Diccionari català-valencià-balear de Antoni M^a Alcover (i Francesc de B. Moll) y de alguna otra fuente.

Posiblemente, los que repita, no sean todos auténticos refranes, sino otra cosa parecida, pero, en cualquier caso, son dichos, dísticos, axiomas, apotegmas, aforismos o proverbios de tema jurídico. Puede que les falte alguno o varios de los requisitos, que, según los paremiólogos, definen al refrán, pero tienen la mayoría de ellos. Como, para Julia Silvela Muñoz, los de ser: agudos, antiguos, basados en la experiencia, bimembres¹¹, breves, célebres, cerrados, engastados, generales, jocosos, metafísicos, prácticos, populares¹², repetidos, sentenciosos, universales y, en su día al menos, verdaderos o verosímiles.

1.- Comencemos con algunos de los castellanos.

a) Clasificados por el tradicional orden alfabético de la primera palabra¹³,

11 - El Código de Hanmurabi contiene las primeras leyes conocidas, y están en verso. Aunque sean simples pareados (como los que dicen –como luego dirá la Ley del Talión mosaica– *si se rompe un hueso a otro hombre / se romperá su hueso; si un hombre daña un ojo de otro / se dañará el suyo*, lo que, como se ve, no rima). Seguramente sí rimaban en la lengua meda en que se escribió, aunque realmente sea cuneiforme. Las leyes de los Tartesos del disco de Festos, también. Lo mismo que las leyes de los turdetanos, según Estrabón.

12 - Algunos escatológicos. Sobre los que dijo el Maestro Correas, que hay que estar, más que a la sentencia, al sonido, y no ser escrupulosos del aire, pues los miramientos nos vedan el expresar por medio de palabras cosas lícitas y naturales, pero el pueblo llama *al pan pan y al vivo vino*, y se expresa en algunos de sus refranes con ruda sinceridad, como quien ignora el arte hipócrita del melindre.

13 - Nada científico, hoy, pero cómodo para saber en un santiamén, si lo tiene uno en la lista de los acopiados, como dijo Francisco Rodríguez Marín, en 1929, a propósito de su obra *Mas de 21.000 refranes castellanos no contenidos en la copiosa colección del Maestro Correas*, de la que hablaré mucho y recogeré más refranes. Los paremiólogos son, al principio, coleccionistas de refranes. Y algunos aficionados, como yo mismo, de libros de refranes.

vayamos primero, con los más antiguos, del Vocabulario de Correas:

A barba muerta, obligación cubierta

Abogado sin ciencia y conciencia, merece sentencia y penitencia

A la Justicia, mentira, y a la Verdad, noticia

Al médico, confesor y letrado, hablarles claro (la verdad a lo claro)

Al que poco costó la hacienda, no le duele gastarla en su defensa

Apurar mucho al testigo, más es obra de enemigo que de amigo

Ara con buey y guarda la ley y sirve a tu rey, y está seguro y no tendrás pleito alguno

A toda ley, arar con buey

A toda ley, ayude Dios a nuestro rey

A toda ley, boñiga de buey; y si es flaca, boñiga de vaca

A toda ley, morcilla de buey, mas a ley entera, yo de puerco la quisiera

A toda ley, hijos y mujer

A toda ley, mozo manso y fiel, y si fuere callado dale al diablo

A toda ley, viva el rey

A todos conviene, temer a Dios y las leyes

A tu abogado y a tu abad, siempre le diz la verdad

Buena olla, y mal testamento

Buen cobrador, es mal pagador (o no es siempre buen pagador)

Cada uno habla, en derecho, de su dedo

Cada uno quiere justicia, más no por su casa

Caudal de quien mal quieres, en dinero lo veas

Comer como amigos, y pleitear como enemigos

Compra a quien heredó, no compres de quien compró, sabe lo que costó

Compra en la plaza, y vende en tu casa

Compra lo que no has de menester, y venderás lo que has menester

Confiesa el delito, quien huye del juicio

Con necesidad, no hay ley

Con necios y porfiados, hago (el abogado) los mis tejados

Consejo de sabios es, perdonar injurias y olvidar agravios

Cosa bien negada, nunca es bien probada

Cosa prometida es medio debida, y debida enteramente, si quien promete

no miente.

Costumbre, hace ley

Cual el dueño, tal el precio

Cuál es el don, tal el dador

Cuando dos voluntades están conformes, de poco sirven resoluciones

Cuando el juez es necio, el letrado flojo, y el procurador también ¡Guay de tí Jerusalén!

Cuenta errada, que no valga nada

Culpa no tiene, quien hace lo que debe

Dar a cada uno lo que es suyo

Dar es señorío, recibir es servidumbre

Dinero de suegro, dinero de pleito

Dios hace reyes, y los hombres leyes

Dios te guarde, de párrafo de legista, de infra de canonista y de etcétera¹⁴
de escribano (y de récipe de médico)

Donde oprime fuerza, ley quiebra

Dos testigos, matan a un hombre

El deudor, se hace demandador

El mentir no tiene alcabala, y por eso lo usan todos, noramala

El que fía y no paga, no hace fiador

El que ley establece, guardarse debe

En almoneda, ten la boca queda

Encomienda sin renta, a su dueño no sustenta

Entre dos amigos y un testigo, un notario y dos testigos

Entre hermano y hermano, dos testigos y un escribano

Gran pérdida es al letrado, el tiempo gastado

Hecha la ley, hecha la trampa

Honra a los buenos, castiga a los malos, y ten quedas las manos

Juicio contrahecho, hace lo tuerto derecho

Justicia, justicia, mas no por mi casa

14 - El Colegio Notarial de Baleares reeditó en fascimil el año 1995 una antigua *Instrucción de lo que inviolablemente han de observar los notarios y escribanos públicos de la Ciudad y Reyno de Mallorca*, donde se contiene todo lo relativo a las etceteraciones, cláusulas etceteradas, clausulae allongatae o cláusulas allargadas.

Justicia la de... Villaconejos...en que, después de ahorcado el hombre, le
leen la sentencia del delito

Justo verinjusto¹⁵

La adopción, de la naturaleza es imitación

La ley nace del pecado, y la ley le castiga

La necesidad, hace ley

La pena es coja, mas llega

La ocasión, hace al ladrón

La razón no tiene fuerza, ni la fuerza razón

La verdad tiene gran fuerza

Las partes contentas... y al juez han apelado

Las ropas de los letrados, son aforradas de las lanas de litigantes
porfiados

Líbrete Dios, de delito contra las tres Santas: Inquisición, Cruzada y
Hermandad

Líbrete Dios, del juez con leyes de encaje, y de escribano enemigo, y de
cualquiera de ellos cohechado

Lo dado dado, lo prestado prestado

Lo hallado, no es hurtado

Lo peor del pleito, que de uno nacen ciento

Lo poco hace deudor, lo mucho enemigo

Lo que en tu vida no hicieres, de tus herederos no esperes

Lo que no hurtan ladrones, parece (aparece) en los rincones

Lo que no se puede comprar con dinero, no se ha de vender por dinero

Los delitos, llevan a sus espaldas los castigos

Los diezmos de Dios, de tres blancas, sisar dos

Los jueces deben tener dos orejas, y ambas abiertas

Los letrados andando, y los ingenios tirando

Los pleitos son como las cerezas, tomas pocas y vienen muchas tras ellas

Malo anda el tiempo, cuando lo que no se puede alcanzar por justicia, se
alcanza por dinero

Más las costas que el principal, son, y serán

15 - Por *fas o nefas*, a tuerto y a derecho, con razón o sin ella, fort i no et mòguis.

Más sabe Bartolo, que Bártolo
Más vale demandar, que hurtar
Más vale favor, que justicia ni razón
Más vale mala avenencia, que buena sentencia
Más vale mal concierto, que buen pleito
Más vale palmo de juez, que brazada de abogado
Más vale pedir y mendigar, que en la horca pernear
Más vale pleitear por poco, que por todo
Más vale un testigo de vista, que ciento de oídas
Mucho pleitear, hace mendigar
Muchos ángeles de Dios, y testigos falsos, Guay de nos.
Negocian los hombres sabios, disimulando injurias y sufriendo agravios
No dones cohecho, ni pierdas derecho
No pierdas derecho, ni tomes cohecho
Ni ruin letrado, ni ruin hidalgo, ni ruin galgo
Ni tan ius ni tan sus
Ni vayas contra tu ley, ni vayas contra tu rey
No compres de conocido, ni al fiado, ni trates con alcanzado y fallido
No es mucho que pierdas tu derecho, sabiendo hacer tu hecho
No hay dinero de suegro, que no sea de pleito (se saque de pleito)
No hay plazo que no llegue, ni deuda que no se pague
No intentes contra tu rey y sus leyes, vivirás seguro en lo que tuvieres
No te arriendo la ganancia
No mires al don, sino al que le dio
No peques en la ley, no temerás al rey
No pongáis tasa donde el rey no la pone ni lo manda
No quiero pleito, con mi dinero
No sabe reinar, quien no sabe disimular
No son todos buenos para alcaldes
No tiene más ley, que cuarto falso
No vende, quien no tiene qué vender
Nuevo rey, nueva ley
Nunca te veas en juicio juzgado por tu enemigo
Obra hecha, dinero espera

No ha de haber ley, en los naipes
Pagar justos por pecadores
Palabras señaladas, no quieren testigo (que quieren testigo)
Papel y tinta, y poca justicia
Pleito bueno, pleito malo, el escribano en tu mano
Pleito y orinal, llevan al hombre al hospital
Por ser rey, se quiebra toda ley
Por tu ley, y por tu rey, y por tu grey, y por lo tuyo... morirás
Quien hurta al ladrón, cien días gana de perdón
Quien hurta los dineros al rey, hace rico al escribano o al juez
Quien mal pleito tiene, a voces lo mete (a barato lo mete)
Quien pleitea, el paso largo y la bolsa abierta
Quien de su parte al escribano tiene, el pleito ganado
Quien tiene el padre alcalde, seguro va a juicio
Quien todo lo niega, todo lo confiesa
Repudiar como mala herencia
Ruego de rey, mando es... y derecho hace al tuerto
Si el deudor no se muere, la deuda no se pierde
Si fueres arrendador, sé tú el logador
Si quieres hacer buen testamento, hazlo estando bueno
Si quieres ser letrado, lee colorado
Si valiere, por testamento, si no, valga por codicilo.
Tal cabeza, tal sentencia
Tal la ley, cual el rey
Tanto vale la cosa como se precia (o se da por ella)
Testigos de, vísteme acá antaño
Tiene más pareceres que un abogado.
Todo el mundo está lleno de bartolómicos
Tres cosas son conformes en el mundo: el clérigo, el abogado y el muerto
(la muerte)
Ten apóstol en el cielo, y un escribano en el suelo (y en la tierra un
escribano por abogado)
Uso nuevo, entierra viejo
Vaya en fiado, libre y sin costas

Venta, desata renta
Vive, como pleito de mayorazgo
Voluntad del rey, no tiene ley
Ya pasó en cosa juzgada

Yerro de médico la tierra lo tapa, el de letrado el dinero lo saca y el de teólogo el fuego lo apaga

Yo rascada, y vos querellada

En estos aproximadamente 350 refranes jurídicos anteriores, recopilados por Correas (dentro de un total de 25.000 de todas las materias¹⁶), hay, según Miguel Mir Noguera¹⁷, un magnífico alarde de las características de nuestra raza, de su sentido moral, *recto o pervertido*, de la viveza de la imaginación, *quieta o extraviada*, de la agudeza del entendimiento, *bien o mal dirigido*, de los sentimientos todos que han agitado a nuestro pueblo en todas las ocasiones y en todos los trances y azares de la vida, *como corresponde al evangelio*¹⁸ *chico que es el refranero español*¹⁹.

b) Después de los dichos, me referiré a otro centenar, de los que no están

16 - Además de estos 25.000, F. Rodríguez Marín recopiló 50.700, en las siguientes obras: *Más de 21.000 refranes castellanos no contenidos en la copiosa colección del maestro Gonzalo Correas* (1929); *12.600 refranes más, no contenidos en la colección del maestro Gonzalo Correas ni en mis Más de 21.000 refranes castellanos* (1934); *6.666 refranes de mi última rebusca, que, con otras de 21.000 y 12.600 refranes más, suman 40.000* -realmente 40.266- *refranes castellanos no contenidos en la copiosa colección del maestro Gonzalo Correas* (1934); *Todavía 10.700 refranes más, no registrados por el maestro Gonzalo Correas, ni en mis colecciones tituladas Más de 21.000, 12.600 y 6.666 refranes de mi última rebusca* (1941).

17 - En el prólogo de la 1ª edición de la Real Academia Española, de la que era este autor (mallorquín e hijo ilustre de Palma), Académico de Número y Bibliotecario Perpetuo en 1906.

18 - Son evangelios, por la verdad que contienen y por la rectitud moral de sus ideas o sentimientos, merecedores de ser propuestas como modo de obrar. En ellos resplandecen, en su nativo arreo o desnudez, frases geniales, pregoneras de la opulencia intelectual de nuestra gente, de la ingeniatura de nuestro pueblo, de sus pasiones y veleidades, de sus odios y de sus amores, de sus bienquerencias y venganzas. De los proverbios dijo, otro mallorquín Académico de la Lengua, Lorenzo Ribera Campins, que son instruments que breument certifiquen veritat de moltes coses, en *Vida i actes del reverend mestre i benaventurat màrtir Ramon Llull*. Sobre la veracidad de los refranes dijo F. Rodríguez Marín (que había ejercido de abogado más de 30 años, cuando en 1929, publicó sus *Más de 21.000 refranes castellanos*) que, contra la teoría de que son dichos de viejas, habría de recordarse la afirmación del Maestro Vallés: *si se me volviera a replicar que es cosa de poco tono haber copiado de dichos de viejas tras el fuego, diría que lo mismo hizo Aristóteles. el primero de todos, después Crispo, Senadito, Teophrasto, Diogenao, y otros sabios. Y si se me volvieran, porfiando que los usan las viejas, no es así, porque usaron de ellos Platón, Demóstenes, Plutarco, Tulio, Quintiliano, Horacio, Ovidio y Terencio*

19 - Como refranes, sobre los refranes, se recogen en el Correas los siguientes: *Los refranes son evangelios pequeños; chiquitos; como profecías, y hermanos bastardos del Evangelio.*

en el Vocabulario de Correas, ordenados por materias (con 4.000 entradas, como se dice ahora, y siguiendo el tradicional orden alfabético, pero también con un buen índice temático²⁰), y publicados, en 1985 en la Antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales, compilados por Marcos G. Martínez²¹, en la que reconoce en el prólogo, que sigue la magistral recopilación de Luis Martínez Kleisser, titulada Refranero general ideológico español, publicada en 1953 por la Real Academia Española²².

Abogados

Abogacía, que uno boga, y el otro cía

A pleito malo, no hay buen abogado

Buen abogado, mal cristiano

Conciencia de teólogo, mesa de médico y pleito de abogado, todo anda errado

Con toga de abogado, anda mucho asno disfrazado

Defiende el pleito como propio, siente perderlo como ajeno, y cobra

El cómico y el abogado, lo mismo hacen de moro que de cristiano

El mal letrado, enredador y caro

El oficio de picapleitos: enredarlo todo y hacer de lo blanco negro

Estáse mi hacienda entre letrados, como sardina entre gatos

Libro cerrado, no saca abogado

Lo que desenredan diez hombres buenos, lo vuelve a enredar un picapleitos

Mientas suena doblón hay apelación

Un abogado listo, te hará ver lo que nunca has visto

Un abogado y un asno, saben más que un abogado solo

Quien letrado no es, es asno de dos pies²³

Si no naciste avisado, no estudies para letrado

20 - Dentro de la colección Marginalia, de Civitas, ideada y editada por José Aguilar.

21 - Con una imagen de la Justicia ciega en la portada y un recuadro en la contraportada con el lema Abogado sin doctrina es nave a la deriva.

22 - Se dice en dicho Refranero, que está contenido cuanto hasta entonces se produjo en este campo desde Iñigo López de Mendoza hasta F.Rodríguez Marín, pasando por Gonzalo Correas, Sbarbi, López de Haro y otros.

23 - *Pero los abogados suelen añadir... y el que es letrado, lo es de cuatro.*

Pleitos

A quien mal quieras, en pleito lo veas
A premiosa demanda, espaciosa sentencia
A quien tiene pleito, los dedos se le hacen huéspedes
A quien no se defiende, un niño le vence
Antes de tener pleito, pierde algo de tu derecho
Buen pleito sostiene, quien ducados tiene
De un pleito, nacen ciento
En los pleitos, diligencia, la bolsa abierta y paciencia
Ganar tú el pleito y la fortuna perder, bien puede suceder
Juicio contrahecho, hace tuerto lo derecho
Las partes contentas, y el viejo apela
Mayor es muchas veces la contienda, que la causa della
No hay pleito bueno, sino el ajeno
Pleito claro, no necesita abogado, y para pleito oscuro no sirve ninguno
Pleito de abogado, pleito enredado
Quien de pleito se libró, ventura logró
Quien en pleito se mete, entra cuando quiere, sale cuando puede
Si no hubiera tercios, no habría pleitos

Justicia²⁴

A quien justicia te haga, aunque no se la debes, dale las gracias
Al juez, y al escribano, unto mejicano, y el pleito estará en tu mano
Cuando la justicia se roga, se deroga
El sabio juez con cuarenta ojos ve, el necio ni con uno ni con medio
El juez, derecho, como la viga en el techo
Ira, no obra justicia
Juez con priesa, juez que yerra
Más fácil es la obra de juzgar, que en ella trabajar
Más vale un dedo de juez, que una mano de justicia

24 - Emilio de Benito Fraile es autor de *La administración de justicia vista desde el enfoque del refranero español*, en el *homenaje jubilar de Juan Manuel Pérez-Prendes Muñoz Arraco*, publicado en Cuadernos de Historia del Derecho. 2004.

Nadie es buen juez en causa propia
No hay juez más sospechoso, que cada uno en su negocio
Ojos de jueces, lengua de abogado y pies de pleiteante, llevan la suya muy adelante
Para el hombre honrado, no hay juez malo
Pues no tiene entrañas la ley, téngalas el juez
Si quieres hacer buen juez, escucha lo que cada uno diz
Tres cosas son menester, para justicia alcanzar: tener razón, saberla pedir y que te la quieran dar

El Poder

Cuando los que gobiernan hacen lo que deben, los gobernados no hacen lo que quieren
En las guerras de opinión, el perdedor es el traidor
Cuando no hay propios, hay que buscar impuestos
El Fisco gratis litiga
Hacienda del común, hacienda de ningún
Lo que no lleva Cristo, lo lleva el Fisco
No merece ser rey, el que no ceda su ley

Ley

Allá van leyes, do quieran reyes²⁵
Cada rey, puede hacer ley
Cualquier ley postrera, quita fuerza a la primera
En el mal reino, leyes muchas, y no se cumple ninguna
La costumbre de la grey, tiene más fuerza que la ley
Leyes muy palabrosas, los que las conocen no se acuerdan de ellas
Los que aplican las leyes, andan al paso de bueyes
Sobre el rey, está la ley

Notarios

Borrón de escribano, dinero cuesta

25 - Está ya en los *Refranes que dizen las viejas tras el fuego* de Iñigo López de Mendoza, Marqués de Santillana, 1508. Ver nota 36.

Con buen o mal abogado, el escribano a tu lado
Cuando al escribano cae un borrón, anda por medio algún doblón
Gana más el escribano por lo que no escribe, que por lo que escribe
Mi pluma y mi tintero, no valen lo que quiero
Un gallo con tanta pluma no se puede mantener y un escribano con una
mantiene casa y mujer

Delitos y penas

No hay ladrón, sin encubridor
Procura quitar sospecha, y no ponerla
Quien te encubre, te descubre
Un año de cárcel, fácil se pasa

Prueba

A buen juez, mejor testigo
A lo escrito has de agarrarte, que las palabras se las lleva el viento
A pregunta apresurada, respuesta bien pensada
A sordos y ciegos, hace testigos el dinero
Buena memoria es la escritura, pues para siempre dura
Cosa que hablaste fuese al traste.
Cosa que escribiste perpetua la hiciste
Donde el papel escrito habla, no valen palabras
Dos negaciones afirman, tres confirman
El perito en su arte, ha de ser oído
Es justa razón, engañar al engañador
Hasta que pruebes, no absuelvas ni condenes
Ni firmes sin leer, ni bebas sin comer
No hay mejor testigo, que el papel escrito
No hay tal testigo, como un buen moduelo de vino

Propiedad

El que sigue la caza, éste la mata
Encomienda sin renta, a su dueño no sustenta
Más vale posesión, que larga esperanza

Más vale buena esperanza que ruin posesión, y buena queja que mala paga

Compraventa

Compra cosa hecha, y viña do nazca hierba

El que compra y miente, en su bolsa se lo siente

No compra barato, quien no ruega rato

2.- Los malloquines y demás baleares

Si, de los refranes castellanos, hay literatura fácilmente accesible y amplia, sobre los en catalán en general, y los mallorquines en particular, hay poca. Ni en mis años de Facultad en Barcelona ni en mi ejercicio profesional, siempre en Palma, tuve más noticia que de la traducción de algunos castellanos o de los más elementales relacionados con la profesión de abogado. Como el de que para ganar el pleito hacen falta las tres cosas que dije ya, o que es preferible un mal acuerdo que un buen pleito. O la maldición de la gitana, de pleitos tengas y los ganes. Y el de que Més saben un missèr i un ase que un ase tot sòl. Lo que siempre me ha sorprendido, siendo que el uso y cultivo del mallorquín (en mi casa no sólo oí contar rondaies, también había muchos títulos de colecciones como *Les illes d'or* y de la Editorial Moll) nunca se interrumpió en Mallorca, y desde luego se hablaba el mallorquín más que el catalán en Barcelona, los siete años que allí estuve. Pero, sobre todo, porque siempre hubo una solvente tradición jurídica, y ya la Compilación de Derecho civil especial de Baleares de 19 de abril de 1961, siguiendo el modelo de la de Cataluña de 1960, dispuso que para interpretar sus preceptos se tendría en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbre y doctrina que de aquéllos se derivan²⁶. Tradición

26 - Como hoy, después de 21 de julio de 1990, dispone 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. En congruencia con la competencia que, a contrario, resulta del artículo 149.1.8ª de la Constitución, en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil especial, incluso las normas sobre la determinación de sus fuentes, y de la confirmación del Estatuto de 1983, que en el artículo 10.22 le atribuyó a la CAIB la exclusiva en materia de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles especiales de la CA, respetando el 47 la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las islas Baleares, y, luego, del reformado el 28 de febrero de 2007, cuyo artículo 30.27 se refiere a la competencia exclusiva en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de sus sistema de fuentes, que el artículo 87.2 respeta.

de la que no se ha escrito demasiado, aunque no falte literatura²⁷. Antonio Monserrat Quintana²⁸, antes de preguntarse dónde se encuentran los principios generales del Derecho Civil balear y responder que en el *ius commune*²⁹, se refiere a las reglas, aforismos, apotegmas, máximas y brocardos como consejos de actuación, a veces falsos y apela, para discernir, si contienen un principio general del Derecho, al sentido común, la autoridad y el respaldo jurisprudencial.

Hay muchos refranes jurídicos en catalán que, como los en castellano u otra lengua, sea idioma o no, interesa recordar, aunque sea para criticarlos, si contienen prejuicios o el tiempo y el Derecho Positivo los han arrumbado, decayendo, o contradicho, desarrollando incluso otros de signo contrario.

Mi modesta contribución a su difusión (desde la óptica de un jurista mallorquín, que puede completarse desde otras perspectivas, como la de la filología o la paremiología), como anticipé, es el resultado, sobre todo, aunque no sólo, de la lectura de las dos obras recientes que dije. El *Diccionari d'expressions lingüístiques (recollides de les Rondaies mallorquines d'En Jordi des Racó*³⁰) de Antoni Llull Martí, de 2008, y *Espigolant dins l'antigor. Refranys i dites de la nostra terra*, de Jaume Alzamora Bisbal, de 2008. Ambas con su particular grafía³¹. Lo que, en una intervención oral, como ésta, casi no se notará.

Soy consciente del riesgo que asumo. Qui parla en públic té molts de censors, dice un adagio de los recogidos, en 1840, como apéndice de su *Diccionari Mallorquí-castellà*, por Pere Antoni Figuera (i Tomàs), *franciscà esclaustad*, que considera equivalente al castellano que dice Quien en la

27 - Me refiero a los comentarios de Miquel Masot Miquel y Raimundo Clar Garau en el libro de *Comentarios a la Compilación, de la colección de Comentarios al CC y las Compilaciones forales*, de EDERSA, coordinados por Manuel Albaladejo García, en las ediciones de antes y después de la Ley de 1990, y al libro de María Pilar Ferrer Vanrell *Tradició jurídica mallorquina: autors dels segles XV al XVIII*, con cuya doctrina, avalada por las leyes que alegaban, identifica, y dice *en res no difereix de les altres tradicions en drets civils propis, com la catalana por posar un exemple*, refiriéndose a la doctrina de los autores, y citando a Fontanella, Peguera, Conterius, etc.

28 - *La aplicación de los principios generales del Derecho Civil Balear*, en el Libro *Estudios jurídicos en homenaje a Miguel Coll Carreras*.

29 - Por representar verdades prácticamente universales, en cuanto son la codificación de nuestro sentido común (el *seny comú* o *raó natural*) o, como dijo Faustino Fernández Fernández, es el *supermercado legal* en que los juristas han encontrado siempre lo que necesitan.

30 - Mn. Antoni Maria Alcover.

31 - En algunos casos lejana de la actual ortodoxia –más próxima a Pompeu Fabra que a Antoni M^a Alcover– y sin localizarlos, como se hace en el *Diccionari català-valencià-balear*, y con el artículo *salat* en algún caso.

plaza a arar se mete, muchos adrectadores (enderezadores) tiene. Y lo hago con la modestia de les Duas paraulas de dicho autor al lector, en las que pedía indulgencia por los errores de una obra pionera, e incitaba a los críticos, a no perder el tiempo haciéndolo, y a corregir y aumentar el Diccionario. En las colecciones de cromos infantiles siempre faltaba uno, que había que conseguir cambiándolo, o si no comprándolo en el Rastro, a precio de oro. En las colecciones de refranes no es posible. Nunca se acaban.

a) En el primero de dichos libros, sobre las *rondaies mallorquines*³², se citan, como frases hechas, unas sesenta, siendo algunas de ellas, realmente, refranes:

Cadascú que tenga lo que es seu
Cuan ses parts son oídas, se fa sa sentencia
En haver-ho donat, no ho tenan
Es coní és des que el mou, sa llebra des que l'agafa
De bon (o mal) just
Donar ordre de pendre
Donar part a la Justícia
Donar possessori
Donarli comandacions de part de la Justícia
Es es guany de Na Peix frit
Fer barrina
Fer corre Tribunal
Fer difunt
Fer parts i quarts³³
Fer per raig i roig
Fer (posar) sa llengo damunt
Fer ses atesas
Ferse l'amo de ses metles

32 - Se contienen en los veinticuatro tomos del *Aplec de Rondaies mallorquines*, que a nuestro autor se le aparecen como una buena muestra del mallorquín coloquial del principio del siglo XX, aún siendo consciente de la recreación –que no reinención, pues, como dijo en su propia defensa, *el vocabulari y la fraseología no me la poria jo inventar ni trobar-ne cap niu ni amatagall*– de muchas de las expresiones, sin que se notara la cuidadosa elaboración a que los sometió, y de que habló en *El lèxic de Mossèn Alcover*, Manacor, Papers de Sa Torre. Número 7 del *Setmanari de Manacor*. Hay en el *Aplec*, dos *rondaies* tituladas, respectivamente *Un pastor i un misser* y *Un misser atabacat*.

33 - El autor del libro lo destaca, en la Introducción, como expresión aún corriente.

Ferse pagar un ou a un sou
Gent d'angle
Guardar de mentir
Haver-hi engan de mitges
Homo dret i condret
Jurar i perjurar
Mes endeutat que Sant Pere y Sant Bernat
No esser alou
No esser-ne res de sa mort d'En Berga
No ferli es doblers un sou
No poder treure sentència
No valer un dobler de mac
No valer un gafet
Pagar fins a dobler i maia
Pagar un dobler damunt s'altre
Passar a sa Justícia
Pagarse de barrina
Posar per part
Posarse cabal
Prendrer-se ses messions
Que ho faça Pilat, o el que ho ha manat
Qui barata es cap se grata
Qui ho té, bé ho pot gastar
Qui sap per el més, sap per el manco
Qui té doblers vola i que no en té redola
Qui té la terra fa la guerra
Sa fam no té llei
Sa roba fa es preu
Sa vostra boca es mesura
Tenir es papers ben estirats
Tornar una barrina anrera
Tractes son tractes
Treurar-la proveïda

Val més que pàrlin es fets que no sa llengo

Pagar per obligat

Pagar a cap de tornei

Pagar en partidas

Pagar a terminis

b) En el segundo de los libros, el Espigolant, y clasificados por conceptos, he encontrado unos 145 refranes, como

1) En un apartado de Justícia, llei, judicis, plets, lladres i altres delinqüents

A confessió de part, tant de culpa

A culpa grossa, presó poca

A demanda coixa, plet fort

Abans de promoure un plet, val més una mala avinença

Es bona sa Justícia, si no la doblàs sa malícia

Cada plet du, quatre ànimas a l'infern

Com més lleis, més plets

Com que ningú en fa ses lleis, a ca nostra som el rei

Las cosas justas, Déu les vòl

El criminal va a cavall, i la Justícia a peu

De la llei com de la teranyina, se n'en escàpa el lluç i la sardina

De lladre a lladró, cent anys de perdó

De lladre d'un ou, a lladre d'un bou

De massa Justícia, Déu mos guardi

De plets i de que li fastegin sa dona, ningú n'està alliberat

Dolent es el plet, que necessita testimoni

El que s'ha de menjar la Justícia, mengem-mos-ho nosaltres

En plet clar, cap advocat; en plet dubtós ni un ni dos

Feta la llei, feta la trampa

La Justícia es feta par al pobre (o el poble)

La Justícia no corre, però assoleix

Justícia tardana, Justícia dolenta

La Justícia assaguda, agafa els lladres

Justícia Senyor, pero a casa meva no

El just pague per el pecador
La llei més bona és, fer bé a tothora
Lo que no s'en duen es lladres, se troba pes racons
Més val compostura magra, que sentència grassa
Més val dolent ajust, que sentència bona
Més val mala avinença, que bona assistència
Més val un mal arreglo, que un bon plet
Ni de bèrbes ni de veres, amb la Justícia hi vulguis peres
No t'emboliquis en plet, ni sembris sense goret
Per sentènciar una qüestió, s'ha d'escoltar més d'una versió
El pitjor acussador, es la consciència
El pitjor d'un plet es, que d'un en neixen cent
Plet acabat; l'únic que guanya es l'advocat
El plet, encara que sigui clar, val més arreglar'l
El plets, guanyant es perden
Qui no roba, no duu roba

Qui plet vol armar, ha de tenir tres sacs: sac de paciència, sac de papers
i sac de dobles

Tothom vol justícia, però no a ca seva
Val més sentència de jutge, que de metge
Vera Justícia ha compassió, i la falsa indignació

2) En un apartado titulado costum se recogen

Costums, fan lleis

Es costum, és llei

Es costum, fa llei

Costums, rompen lleis (antiparemia de la anterior)

3) En el de jerarquías, manar

Per manar i governar, totes les lleis s'han de trancar

L'Usatge és rei, perquè fa la llei

L'Usatge es llei, perquè el fa el rei

4) En un apartado de dir, callar, xerrar, paraula i silenci

Cada paraula, és una sentència

Parlar molt i no dir res. Propi d'advocats és

Qui calla, hi consent

Qui diu amèn, dona raó

5) En donar i rebre

A qui en vida fa donació, que le esclafin el cap amb un bastó

A qui en vida donació faça, que li esclafin el cap amb una maça

A qui en vida donació faça, xafalí el cap amb una maça

A qui en vida donació faça, com en Rabassa, que li piquin el cap amb una maça

De donar, ningú es fà ric

Dona lo que tens, i manjarás de lo que no tens

Donaciò fàs, tu la pagarás

Donar al que té pou, es (con fer) donació al diable

Dona'm un dit, i dis-me moro, si vols

El que fà donació, ha perdut l'us de raó

En haver-ho donat, no ho tens

Lo donat, sempre es car

Lo que se dona, no és torna

Lo que has de menester per tu, no ho donis a ningú

Qui de vida fa donació, es bat es cap amb un bastó

Qui dona lo que pot, al cel es fà un bon lloc

Qui dona el que té, no está obligat a res

Qui dona, rebre espera

Qui et dona qualque còsa, en sos seus et pòsa

Qui no té res per donar, pocs amics tendrà

Qui pren, a donar s'obliga

Si donas abans de morir, no et faltará sofrir

Si dones es dit, te prendrán sa ma

Tant donàres an en Pere, que li hauràs d'anar darrera

Val més donar, que haver de rebre

6) En compras i vendas

A fira no vajis si no tens diners; veuràs moltes coses i no firarás res

Compra casa per estar, i terra que la puguis mirar

Compra de qui heretà, i no compris de qui comprà

Comptes clars, s'amistat dura; i es que paga al comptat, no ha de menester factura

Es negoci de Na Peix frit, que els venia a quatre y els comprava a cinc
Hereu firarire, no dura gaire

Lo que s'ha d'empenyorar, que se vengui

Qui assegura, paga

Qui compra lo que no pot, ven lo que li falta

Qui paga bé, crèdit té

Qui paga per endavant, és mal servit

Qui paga, mana

7) En oficis

Barber sense glòria, notari sense història i pellaire sense pell, no valen un cascavell

Llibre de metge i d'advocat, ni el diable en trèu trellat

8) En vida i mort

Mai moren batles

9) En manjar i beure

Més cavil·la un afamegat, que cent advocats

10) En estat d'anim, riure i plorar

Si ten vols riure de sa Justícia, fes lo que ella diu

11) En moralitat

Consciència morta, justícia torta

12) En sufriment i paciència

Amb paciència s'arriba a jutge d'Audiència

13) En el apartado missers i jutges

A casa d'advocat... ves-hi amb els pans a les mans

Advocat de las tres pés (parents, pobres y p...uces), pobre advocat és³⁴

Advocat de pagès, cobra en mongetes

Advocat de rics, mal pels pobres

Advocat de secà, la raó no et faltará

Advocat jove, plet perdut

34 - Esta aliteración proviene de otro castellano que dice *Abogado novato, Dios te asista entre parientes, pobres, putas y petardistas*.

Advocat que xerra molt, no diu cosa bona
Advocat, jutge y doctor, cuan més alluny millor
Advocats y procuradors, a l'infern de dos en dos
A l'advocat, digues l'hi la veritat
Busca sempre l'advocat que et mostri la veritat
De jutges y d'advocats, no ni ha gaire de salvats
Entre un missèr i un ase se sap tot
Es procurador que es gat vell, primer, procura per ell
Jutge de mala consciència, no pot fer una bona sentència
Jutge de malas arts, no escolta las dues parts
Jutge net, present no admet
Més saben un missèr i un ase, que un ase tot sòl
Ni metge vell ni advocat donzell

14) En el apartado consells, educació, ensenyar i aprendre

Llibre tancat no fa lletrat

15) En família

Entre germans quatre testimonis, dos notaris i un advocat

16) En dones i homos

Dona i advocats, papers i mal de caps

17) En matrimoni

Matrimoni sense vinyes, els seus fills no tendrán disputes

18) En riquesa i pobresa

A diners pagats, braços cansats

A ningú donaràs el dobles que guardàres

Administrador que viu bé, a morir en presó ve

Administradors menjan en plata i moran en grillets

Diners, de tort fan veritat I de jutge bon advocat

3.- He oído y leído otros refranes y paremias jurídicas

a) En castellano

1) Refranes como

Sobre el derecho, en general

Del usar al abusar no hay el canto de un real

Del uso viene el abuso

Donde fuerza no hay, derecho se pierde
El abuso no da derecho
El primero en tiempo es mejor en derecho
Fuero vence
Lo que abunda no daña
Lo tratado es lo tratado
No era por el huevo, sino por el fuero³⁵
No hay ausente justo
No vale más la cosa que en lo que se estima
Nunca los ausentes fueron hallados justos
Quien puede lo más, puede lo menos
Quien su derecho cumple, a nadie lude
Un hombre es igual a otro hombre, aunque éste sea el rey
Uno es ninguno, y compañía de dos es compañía de Dios
Sobre abogados y pleitos
Abogado nuevo, pleito perdido
Buenos pleitos los ajenos, y más comiendo de ellos
Cada pleito lleva cuatro almas al infierno
Buen abogado, mal vecino
La respuesta es según la demanda sea
Más vale un mal ajuste que un pleito de buen fuste
Mucho gana quien huye de los pleitos
Ningún discreto entra dos veces en pleito (o pleitea dos veces)
No hay pleito bueno sino el ajeno
Líbrete Dios de lite (litis) con tu mayor
Los teólogos limpian la conciencia, los médicos el cuerpo y los abogados

35 - Refiere F. Rodríguez Marín, en sus *Más de 21.000 refranes castellanos ...*, que proviene, según Ambrosio Montesino, de que cierto cura de Toledo pedía a una vieja le pagara un huevo, como diezmo de los de su gallina y, no queriendo hacerlo la vieja, por creer que gozaba de fuero que la eximía del pago, le dijo al cura, no lo he por el huevo, sino por el fuero. Y que, por el contrario, el Vizconde de Palazuelos cuenta que Alfonso VIII impuso a los de Toledo un tributo que no se avenía bien con los privilegios y franquicias de que gozaban, y los toledanos, y en su nombre Don Ernesto Illán, ofreció una mayor suma que la demandada, si se admitía como donativo voluntario y no como tributo, dando a la par gallarda prueba del desinterés de la ciudad y de su firmeza en la defensa de sus exenciones.

el dinero, por el pleito

Pleito bueno o pleito malo, ten de amigo al escribano

Pleito claro, perder y arreglarlo

Pleito dudoso, quítele el sueño a otro

Pleito injusto no entables ninguno

Pleito por mi dinero, no lo quiero

Pleito y orinal, a casa de quien me quiera mal

Pleitos buenos, los ajenos

Pleitos tengas aunque los ganes

Pleito ganado, mi razón ha triunfado; pleito perdido un abogado la causa ha sido

Por lo que guardo en mi pecho, nunca tendré pleito

Quien anda en demandas, anda con el diablo

Quien pleitea, hasta de sí mismo sospecha

Quieres hacer tu pleito cojo, sano; contenta al escribano

Quien soy, a quien demando y qué, ante quien y por qué reclamo

Si el cliente triunfa la causa es justa, si fracasa el abogado lo paga

Si no fuéramos malos, no serían menester letrados

Testamentarías y pleitos, hambre para los nietos

Tomar que quiera pleitear, por lo que queda

Sobre Procuradores

El hecho del Procurador es hecho de la parte

Habladores hay que hablan, más que treinta Procuradores

Procurador cojo, pleito perdido

Quien dijo procuradores, mejor dijera proculadrones

Un buen Procurador hace al abogado mejor

Sobre fedatarios

Como soy escribano, se lo que pasa, todos quieren justicia, pero no por su casa

Cuando hacen el mal los malos, le pica al escribano en la palma de la mano

Escribano nuevo en el lugar; pobre de aquél a quien llegue a pescar

El escribano, no escribe nunca en vano

El mejor escribano echa un borrón

Guárdenos Dios de etcétera de escribano y de quid pro quo de boticario
La memoria es un escribano que vive de cada hombre
Notaría abierta, juzgado cerrado
Por bueno o por malo, el escribano en tu mano
Por tomar autos y dar traslado, a ningún escribano han ahorcado
Un escribano, un gato y un melón invernizo, son tres cosas que el diablo
hizo

Unta la mano al escribano, y hará buen pleito, de malo
Usar la mano hace el escribano
Venid con los pies (de las aves de corral) en las manos en casa de letrados
y escribanos

Sobre la familia

Cada hijo con su padre, cada duro con su dueño
Los hijos de mis hijas, mis nietos son; los de mis hijos, lo son o no lo son
(ni sí ni no, o no lo sé yo)
Los más cercanos parientes, son mis dientes
Parentesco que tiene U, salvo el abuelo, tómatelo tú (pensando en cuñado,
suegra y nuera)

Partamos como hermanos: lo mío mío y lo tuyo de entrambos

Quien contra los suyos pelea, contra Dios pleitea

Sobre el Poder y la ley

Allá van leyes do quieren reyes³⁶

Bando de pueblo dura un día, o, lo más, día y medio

Bondad merma autoridad

Con el rey y la Inquisición, chitón

César, o nada (roi ou rien)

Cada país tiene el gobierno que merece

Como alcalde en su aldea, rige, propone, ordena y manda

Cuando la fuerza manda el rey calla

Debajo de mi manto al rey mato

36 - Según Fray Martín Sarmiento, se empezó a decir en el siglo XII, cuando, debatiéndose la preferencia del rito mozárabe o de la liturgia romana, Alfonso VI, encomendó la solución a la prueba del fuego, de la que salió indemne el libro mozárabe, a pesar de lo cual ordenó se admitiera el romano con exclusión del otro.

Del rey, del sol y del fuego, lejos
Derecho apurado tuerto alomado
El consejo, según el Concejo
El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente
El rey reina, pero no gobierna
El villano en su aldea es alcalde y regidor
En el país de los ciegos, el tuerto es el rey
Es la ley de Caifás, al pelao, pelarle más
Favor al rey, y daca la capa
Freno y espuela, premio y pena, ha menester la república para ser buena
Gobernar es transigir
La ley ve al hombre airado, el hombre airado no ve la ley
La Constitución es buena si prospera el pueblo con ella
La mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial, y el mejor juez, el que reduce al mínimo el suyo (Francis Bacon)
Lo que es del César vuelve al César
Los reyes más quieren ser servidos que aconsejados o advertidos
Más perdió el rey godo, que lo perdió todo
Menosprecia al rey que no guarda su ley
Murió el alcalde, mas no su nombre
Ni ante rey armado ni ante pueblo alborotado, te pongas
Ni dos soles en el cielo, ni dos reyes en el suelo
Ni quito ni pongo rey, pero ayudo a mi señor
No digas mal del rey entre dientes, porque en todas partes tiene parientes
No sabe gobernar quien a todos quiere contentar
No sabe mandar, quien no sabe obedecer
No te arrimes a señores ni a barandas de corredores
No tiene seguro su Estado, el rey desarmado
Orden y contraorden, desorden
Pocos reyes van al infierno. Porque hay pocos
Por el rey, a menudo, por la patria, siempre
Por reinar, las leyes se suelen quebrar
Quien del rey come la vaca, gorda la paga, aunque sea flaca

Quien manda, manda, y cartuchera en el cañón
Reglas, pocas y buenas
Rey advertido y padre severo, sacan vasallos e hijos buenos
Rey no letrado, asno coronado
Ruego de rey, mandato es
Si con refranes, y no con leyes, se gobernara el mundo, andaría mejor
que anda
Si los refranes fueran ley que se cumpliera, mejor el mundo anduviera
Sobre el rey está la ley
Todo para el pueblo, pero sin el pueblo
Todas las cosas se consideran comunes, en tiempo de necesidad (San
Raimundo de Peñafort)
Todo es viento, si no hay un rey en el reino, y un prior en el convento
Tres Santas (Cruzada, Hermandad e Inquisición) y un Honrado (el
Concejo de la Mesta) hacen al pueblo agitado
Villano en gobierno, o breve o eterno

Sobre la costumbre

A nuevos tiempos, nuevos usos
Costumbre buena o costumbre mala, el villano quiere que valga
En casa tierra su uso y en cada casa su costumbre
Estado (civil), muda costumbres
Honores cambian costumbres
La usanza es casi ley

Sobre Justicia, jueces y sentencias

A buen juez mejor testigo
A la Justicia mentira, y al escribano que escriba
A la muerte, no hay cohechador que la coheche
Al juez que acepta regalos, llevadle al palo
A sentencia firme, no cabe escurrirse
Con tres sacos lograrás buena sentencia, uno de oro, otro de cartas y otro
de paciencia
Cosa juzgada y no alzada, por verdad sea tomada
Cuando el juez es necio y el letrado flojo, y el procurador también ¡guay
de quien pleito tien!

Cuando el proveído es tardo, el abogado nuevo, el escribano falso y el
alcalde avaro, con mal anda el juzgado

Dádivas, quebrantan justicia

¿Dádivas aceptaste? ¡Prevaricaste!

Del juez el oficio, no es sin enemigos

Del juez necio, sentencia breve

El criminal va a caballo, la Justicia en carreta

El juez de trato suave, merece que se le alabe

El juez por el proceso sentencia, y no por su conciencia

El juez sentencia según su conciencia, proceso y ciencia

El que recibe cohecho, no goza de libertad

En la duda, absuelve

Es de derecho evidentísimo que esté permitido a los litigantes recusar a
los jueces

Gran justicia, gran injusticia

Hágase justicia y húndase el cielo

Jueces necios y escribanos pillos, siempre los hubo a porrillo

Juez adeudado, juez difamado

Juez apasionado, juez injusto

Juez flaco, amendretrarlo

Juez piadoso, hace al pueblo cruel

Juez que admite regalos ¡malo! ¡malo!

Juez que mal se informa, mal sentencia

Juez regalado, juez apasionado

Juzga bien, juez honrado, cata que has de ser juzgado

Júzgate a ti, antes de juzgarme a mi

Justicia sin plata, peor que barata

Justicia es, lo que, en sala de cinco, quieren tres

Justicia es lo que quieren dos de tres

Justicia no la hay en el suelo, pues ya se subió al cielo

Justicia sin benignidad no es justicia, sino crueldad

Justicia de mal justiciador: lo que hizo el herrero que lo pague el tejedor

Justamente condenar, y nunca indultar

La justicia es muy buena, pero en casa ajena
La justicia es santa, pero nadie la quiere en su casa
La justicia no anda aprisa, pero pillas
La justicia no corre, pero alcanza
La justicia no viene a dar sino a guadañar
La justicia retardada, es injusticia manifiesta
La sentencia sea secreta y cierta
Más puede favor, que justicia ni razón
Más pesa un adarme de favor, que un quintal de justicia
Mejor es tener que demandar
No juzga el ciego de olores
Pagar justos por pecadores
Pronto se arrepiente el que juzga apresuradamente
Si te alzas al tribunal, alzas tu mal
Tantas cabezas, tantas sentencias
Todos me quieren porque soy de la Audiencia, llévese el demonio
semejante convenio

Yo, favor, y quien quisiere, justicia

Pruebas

A falsa confesión, falsa absolución

Cartas cantan

De ruidos guárdate, y de ser testigo ni parte

De un ladrón me guardo, y no puedo de un testigo falso

De vista un testigo, vale más que cien de oído

Di mentiras y sacarás verdad

Huye de jurar, aunque digas verdad

Ignorancia quita pecado

La conciencia vale cien testigos

La prueba incompleta nada prueba

Líbrenos Dios, del testimonio no vero, y más del verdadero

Lo que no vieron, no lo juzgarán

Lo que prueba demasiado, nada prueba

Los testigos que declaran hechos inverosímiles, no prueban, por el

contrario son sospechosos de falsedad

Los testigos se vuelven o se mueven, pero lo escrito habla siempre

No bebas agua que no veas, ni firmes carta que no leas

No digas por escrito lo que hubieres de negar

No digas tu secreto al amigo, por si contra ti fuera testigo

Palabras y plumas, se las lleva el viento

Quien confiesa paga

Un testigo sólo, no hace fe

Un testigo que vio, vale por dos, y si vio y calló, por ciento dos

Delitos

A cuenta de los gitanos, roban muchos castellanos

A robar, a Sierra Morena

Bolsa enseñada, casi robada

Buena fama hurto encubre

Calumnia, que algo queda

Castiga al bueno, mejorará; castiga al malo, empeorará

Crimen perdonado, tuerto triplicado

De ladrón de casa, y de los de fuera de casa ¡Líbrenos Dios!

Hacientes y consintientes merecen igual castigo

Hechores y consentidores, de igual pena merecedores

Hombre honrado, en lo civil demanda, y, en lo criminal, es demandado

Injuria que no ha de ser bien vengada, sea bien disimulada

La esperanza del perdón, facilita los delitos

La pena, sigue a la culpa

La propia conciencia acusa

Llegada la ocasión, el más amigo el más ladrón

Nadie sabe de hurtos y escondrijos del ladrón, sino el que lo ha sido

Ni vivas en despoblado ni des limosna de lo hurtado

No habría ladrones, si no hubiere encubridores

No tires tanto de la sogá, que se rompa

Para pronto medrar, heredar o hurtar

Piensa el ladrón, que todos tales son

Por culpa ajena, a nadie se pena

Por un ladrón pierden ciento en el mesón
Preso por uno, preso por ciento, preso por mil quinientos
Odia el delito, compadece al delincuente
Quien a uno castiga, a ciento hostiga
Quien con ira castiga, más se venga que castiga
Quien en una hora quiere ser rico, en media le ahorcan
Quien hurta al ladrón, ganada tiene la absolución
Quien huye, delito tiene
Quien muchas veces jura, alguna perjura
Quien no roba, no se rebuja en seda
Quien presto se excusa, de sospecha se acusa
Quien sin culparle se excusa, su conciencia le acusa
Roba mucho, si es que robas, y te librarás de la horca
Sacristán que vende cera y no tiene colmenar, rapio rapis del altar
Tanto pena el que tiene la vaca como el que la ordeña
Un ladrón conoce a otro ladrón, y un escribano a los dos
Propiedad
Bien sabe bien, sobre hojuelas miel
Bien perdido, bien entonces conocido
Casa con dos puertas mala es de guardar
Caudal de usura, dos generaciones dura
Cuando el dinero habla, todos callan (o son mudos)
Dinero adónde vas. Adonde hay más
Dios en el cielo, y en la tierra el dinero
Donde hay saca y no hay nunca pón, presto se acaba el bolsón
Dos andares tiene el dinero: viene despacio y se va ligero
El dinero del avaro va dos veces al mercado
El dinero no conoce dueño
El dinero se ha hecho redondo para rodar
El dinero tiene más de un gozo, saberlo ganar y saberlo gastar
El dinero todo lo vence; pero con el buen juez nada puede
El dinero y la gloria, para el que los gana
El dinero y los ratones, al menor ruido se esconden

El decir mío o mía, da alegría
El administrador es el verdadero señor
El loco y el no loco, do halla un dinero, busca otro
El pié del dueño, para la heredad es estiércol
El que parte, bien reparte y se lleva la mejor parte
Es propio del necio, confundir valor y precio
En dinero esté el caudal de aquél que quisieres mal
Finca que linda siempre es linda
Gente junta hace hacienda
Hacienda de Indias y herencia de bonete e hisopo, luce mucho y dura poco
Hacienda de menores, hacienda de ladrones
Hacienda de muchos amos, no es de nadie, sino del diablo
Hacienda de muchas partes, hacienda de aire
Hacienda de muchos lados, de todos menos del amo
Hacienda hecha, cuidados quita
Hacienda hecha, dinero espera
Hacienda que no veis ¿para que la queréis?
Hacienda, tu amo te atiende, y si no que no te tenga (te venda)
Hombre sin dinero, por muerto lo tengo
Hombre sin virtud, moneda sin cuño
La libertad vale más que el oro
La liebre de quien la echa; el conejo de quien lo posea
La liebre que salta so la mata, es de quien la mata
La hacienda heredada, es menos estimada que la ganada
Lo mío es mío porque lo manda Dios; y lo tuyo de los dos
Más ablanda el monetario que los unguentos del boticario
Las heredades, para los capataces
Más quiero al hombre sin dinero, que al dinero sin hombre
Mi casa, por mejoría, la dejaría
Miedo, guarda viña
Lo que es nuestro, no hay quien nos lo de
Los pies del señor fertilizan la posesión
Nadie puede dar lo que no tiene

Nadie sabe lo que tiene, hasta que paga lo que debe
No hay don, como don dinero
No hay don, como el din dentro del bolsón
No hay tal caballero como don dinero
Para qué quiero mi dinero, para hacer lo que quiero
Poderoso caballero es don dinero
Por codicia de florín no te cases con ruin
Por las malas vecindades se pierden las heredades
Poseedor sin uso, rey de comedia
Quien dinero tiene, alcanza lo que quiere; quien no tiene blanca, nada
alcanza
Quien guardar sabe, de la abundancia tiene la llave
Quien no barbecha, no cosecha
Quien oye y calla, tesoro halla
Quien parte, toma para sí, la mejor parte
Quien parte y reparte, cabe (guarda o se lleva), para sí la mayor parte
Quien sigue la liebre, ése la mata
Quien tiene dinero, hasta sabio parece
Quien tiene dineros, pinta panderos
Quien tiene es quien puede; que quien no, ni pierde ni puede
Quien tiene la llave, cuando quiere cierra y cuando quiere abre
Quien tuvo y retuvo, no teme por no tener
Sin un ochavo, no se hace un real
Si uno pierde, otro adquiere
Sin din, din, don, no hay kirieleisón
Solamente es rico quien sabe serlo
Tener la cosa y perderla, duele más que no tenerla
Tenga yo moneda, que no faltará quien se venda
Uno es el que siembra y otro es el que siega
Uno levanta la liebre (la caza) y otro la caza (mata)
Váse el oro, quédase el desdoro
Vánse los bienes, a casa de quien suelen
Vánse los bienes a los bienes, y los males a los que los tienen

Sobre la Hacienda Pública

Cuando no hay de propios, hay que buscar arbitrios
De invierno a invierno, el dinero es para el Gobierno
Donde no hay cuentas, hay cuento
El cierzo y la contribución tienen perdido Aragón
El primer ganar es recaudar
Lo que es de España es de los españoles
Qué tienen que ver las bragas con el alcabala de las habas
¿Si no hay qué comer? ¿a qué poner arancel?

Obligaciones y contratos

Al mal pagador, buen cobrador
Al arrendar, cantar, al pagar llorar
Al charlar, amigos, al contratar, ni conocidos
Cobra y no pagues, que somos mortales
Comeréis puerco y cambiaréis de acuerdo
Comerciante quebrado, enriquecido y no arruinado
Compra en tu casa, y vende en la plaza
Compra por arrobas, y vende por onzas
Compra por junto, y comerás de balde
Comprar barato, es gran riqueza
Compran capa para tapar lo que hurten
Comprar caro no es franqueza, ni regatear escaseza
Con quien quieras trato, no hagas contrato
Consejos vendo, y para mí no tengo
Con todos un pacto, y con el amigo haz cuatro
Cual hicieres, tal pago esperes
Cuando vendan, compra; cuando compren, vende
Cuenta errada, que no se pague; que error no hace pago
Cuenta mal hecha, téngase por deshecha
De ¿quieres? a ¿vendes? Un tercio pierdes
De lo que no me pago, sordo me hago
Dinero al contado, halla soldado
Dos es tres, para mercader

¡Ea que hago barato: lo que vale tres lo vendo a cuatro!
El acreedor tiene mejor memoria que el deudor
El cesionario, es un acreedor simulado
El deber es muy antiguo, tanto como el beber y el no pagar
El arma con que te defiendes no la prestes
El día de San Ciruelo (que es el 30 de febrero) pagaré lo que debo
El que juega por necesidad, pierde por obligación
El que juega sin saber, pierde sin saber
El que rompe y paga, se queda con los tuestos
En la moneda que pagues te habrán de pagar
Este mundo es un mercado, donde unos compran y otros son comprados
Fía, y deberás (y deberás si no debías)
Fía, y pagarás
Fianza, fraile y francés, tres efes que Dios guarde³⁷
Fiar, hasta abrir la bolsa
Fiar es cobre, no fiar es oro
Fiar, sobre buena prenda, para no tener contienda
Fiaré mañana, que lo que es hoy no tengo gana
Hacienda arrendada, presto acabada
Hasta ajustar, regatear; y, después de ajustar, pagar
Hombre muy rezador, mal pagador
Libro prestado, libro perdido (o estropeado)
Lo primero, no vender vaca por carnero
Lo prometido es deuda
Mal mercar no es franqueza, ni vender caro, nobleza
Más vale mala prenda, que buen fiador
Más vale que me deba un pobre, que deberle yo a un rico
Más vale venta (ciencia) que renta
Muerte y casamiento anulan arrendamiento (hasta que, por ley, no fue así)
Nadie puede servir a dos señores

37 - Otras aliteraciones o paranomasias, son: las tres bbb de las mercancías (buena, bonita y barata), las tres ppp de los abogados noveles (putas, parientes y pobres), las tres rrr de los lindes desaconsejables de las fincas (río, rey y religión).

Nadie está obligado a lo imposible
Nadie está obligado a hacer más de lo que sabe y puede
Ni fies, ni confies, ni prestes, ni des, y te saldrá la cuenta a fin de mes
Ni se arrienda ni se vende; ni se vende ni se arrienda³⁸
Ni vendas a tu amigo, ni compres a tu enemigo
No compra barato, quien regatea un rato
No dejes lo ganado, por lo que has de ganar
No duerma tranquilo quien debe, que no hay plazo que no llegue
No es buen trato comprar caro y vender barato
No fío hasta mañana, y mañana, nunca
No hay tal mercado, que comprar de contado
No hay plazo que no llegue, por largo que sea
No hay plazo que no se cumpla, ni deuda que no se pague
Paga siempre al contado, que no es honra lo fiado
Paga anticipada, paga errada
Pagar en la misma moneda
Para vender y casar, bajar
Peso cabal, y precio regatear
Presta a tu enemigo y te harás un amigo; presta a un amigo y te hará su enemigo
Prestar, paciencia; dar, los buenos días, y fiar, a Dios
Promesa es más de media deuda
Prometer ciento por uno y dar uno por ciento, es cosa del viento
Prometer no es dar, sino su primo segundo
Prometer el oro y el moro, y al cabo, nada, todo
Quien alquila la vaca, la ubre agota
Quien arrienda la tierra esquilma el suelo
Quien compra caballo, compra cuidado
Quien compra hecho, no paga el techo

38 - Comentando este refrán, F, Rodríguez Martín, en *Mas de 21.000 refranes castellanos...* Loc.cit. dice: *Y declaro que no he logrado entenderlo. Con todo, para echar mi cuarto a espadas, diré que me parece se refiere a la casa de un ausente, administrada por un presente demasiado listo, que, deseando comprarla por segunda mano y en bajo precio, dificulta el arrendamiento para que su dueño se deshaga de ella por lo que den. Dicant meliora maiores.*

Quien compra sin poder, vende sin querer
Quien compra tierra, vende guerra
Quien compra tierra con valladar, compra tierra y muladar
Quien debe a mi deudor, téngame por su acreedor
Quien entra por fiador, sale por pagador
Quien fía no cobra; y quien cobra no fía
Quien pagó y fió, de los pelos se tiró
Quien promete, debe
Quien promete, en deuda se mete
Quien debe ciento y tiene ciento uno, no teme a ninguno; pero quien
debe ciento y tiene noventa y nueve, por el uno teme
Quien debe, no descansa como quiere
Quien debe y paga, no debe nada
Quien no te conoce, éste te compre
Quien no tiene débito, no tiene crédito
Quien paga a quien no debe, pague dos veces
Quien pide prestado, unas veces se pone amarillo y otras colorado
Quien pide prestado se pone colorado; colorado una vez y pálido diez
Quien quiera saber lo que vale un ducado, que lo pida prestado
Quien tiene aparcerero, no es señor (o tiene señor)
Si compras con cargas, con ellas cargas
Si doy, de lo mío me voy; si fío, pongo en riesgo lo que es mío; si presto,
al cobrar me ponen mal gesto.
De tal manera me han puesto que ni doy ni fío ni presto
Si el coste vence al provecho, dad el trato por deshecho
Si fío, no cobro; si cobro, no todo; pues, por no cobrar, más vale no fiar
Si quieres venderlas bien vendidas, o verdes o podridas
Si tan largo me lo fías, también te compro el resto
Sólo has de fiar, de quien comió contigo una fanega de sal (o sea, de nadie)
¿Tan largo me lo fiais? Pues, sin cobrarlo os quedáis
Tanto vale la cosa, en cuanto haya quien la compra
Vende al desposado, y compra al agobiado
Venta al contado, dinero ganado; venta en fianza, dinero en balanza y
venta que ha sido, dinero perdido

Venta y casamiento, deshacen arrendamiento

Trato y contrato, llenan el plato

Venta al contado, dinero ganado, y venta en fianza, dinero en balanza

Donaciones y sucesiones

A costa de mis herederos, como perdices y corderos

Al heredar, un ojo reír y el otro llorar

Antes de que te mueras, no des tu hacienda

A caballo regalado no le mires el bocado

A quien le dan no escoge

Beneficio y prisión, dos cosas parecen y una son (para el que es agradecido, porque ata más un favor que una cadena de hierro)

Beneficios a corporaciones, sufragios por condenados

Buena mesa, mal testamento

Casa, la del padre quiero; viña, la que plantó el abuelo; y olivar, el de mi rebisabuelo

Cosa muy rogada, poco agradecida

Cuál es el dador, tal es el don

Cual más cual menos, todos herederos

Da más un rico cuando empobrece que un pobre cuando enriquece

Dádiva forzada, como si nada

Dádivas quebrantan peñas, y justicias, para más señas

Dame dote, y pide escote

Dame pan, y dime tonto

Dar, es de amo. Recibir, es de criado

Dar gato por liebre

Don sin renta, nada vale, aunque algo representa

Donde las dan, las toman

Dote, dote, con un garrote

El dar ensalza, el recibir rebaja

El tomar es deleitoso, y el dar enojoso

El que es pródigo y gastador, ha menester gobernador

Favores, hacen ingratos

Favor hecho, agradecimiento muerto

Favor logrado, favor olvidado

Favor otorgado, enemigo ganado

Gracias, dádivas y mundanos dones, atapan las bocas y ciegan los corazones

Háse de hablar como en testamento, que cuantas menos palabras menos pleitos

Lo dado es dado, lo prestado ha de ser tornado

La mujer dotada, ella es la que manda

Lo mal ganado, no pasa a tercer heredero

Más cara es la dádiva, que la cosa comprada

Más vale un toma, que un (o dos) te daré

Mujer de bigote, no necesita dote

Nadie regala en vano

Necio es quien no toma si algo le dan que coma

No da quien puede, sino quien puede y quiere

No pidas lo que negaste, ni niegues lo que pediste

Pídole un doblón, y no un sermón

Quien da lo que ha menester, el diablo se ríe de él

Quien da lo suyo antes de morir, aparéjese a bien sufrir (o prepárese a mal vivir)

Quien da lo suyo a quien entiende, no lo da, sino bien lo vende

Quien da pan a perro ajeno, pierde el pan y pierde el perro

Quien da parte de sus cohechos, de sus tuertos hace derechos

Quien da y luego quita, se lo lleva la pena maldita

Quien da y no da siempre, cuanto dio, cuanto pierde

Quien junta el caudal, no lo suele gastar; quien lo hereda al diablo lo echa

Quien gana el caudal y en bien no lo gasta, ni se acuerda de la muerte ni de que herederos haya

Quien poco tiene, y eso lo da, de arrepentirse ha

Quien recibe un bien, lo escribe en arena, quien recibe un mal lo graba en piedra

Quien regala a convento o Ayuntamiento, siembra en el viento

Quien reparte los bienes antes de su muerte, merece que le den con una porra en la frente

Quien tiene y da, no está obligado a más
Santa Rita, Rita, Rita, lo que se da no se quita
Servicio de señor no es herencia
Si a tus hijos no das ¿para mi qué guardas?
Si heredas a forastero, cogerás más disgustos que dinero
Si queréis que os den, dad
Traer en dote, para taparse el cogote
Una mala dádiva, dos manos ensucia
Unos mueren, para que otros hereden

Aguas

A rio revuelto, ganancia de pescadores
Del rio, rey y señor, cuanto más lejos mejor
Huerta sin agua, de balde es cara
Junto a rio, rey y religión, no hagas tu posesión
Lo que es del agua, el agua se lo lleva
Para pasar agua y dar dinero, nunca seas el primero
Quien junto al agua tiene la tierra, primero la riega
Riego concluido, tapa la ventana y deja el portillo
Rio, rey y religión, no pongas mojón
Rio, rey y religión, tres malos vecinos son (y railes –del tren– el cuarto)
Rio y palabra de rey, no suelen atrás volver
Toda finca tiene su entrada por donde le llega su riego

Trabajo

Amos deudores, criados hurtadores
Aprendiz de todo, oficial de nada
Cuando un empleo pretendas, en lugar de usía, de excelencia
En bromas y en veras, con tu señor no parta peras
El criado y el oficial, haciendo lo que les mandan, no harán mal
Las heredades, para los capataces
Los criados, son espías pagados
Ni pidas a quien pidió, ni sirvas a quien sirvió
Obrero pagado, brazo quebrado
Quien sirve al común, no sirve a ningún

Quien sirve y no medra ¿qué espera?

Quien tiene trabajadores y no los va a ver, si no es pobre lo quiere ser

Si quieres estar bien servido, sírvete a ti mismo

Trabajo hecho, dinero espera

2) Frases hechas

Algo es algo

Alzar el dedo o poner a Dios por testigo

Buscar pleito

Comprar a luego pagar

Cogerle in fraganti delito

Cumplir la palabra dada

Comprar a luego

Dar el braguetazo

Dar garrote

Dar gato por liebre

Dar jubón al justo

Dar la palabra

De por vida

Dejar abintestato

Dejar a juicio (arbitrio) de buen varón

Demandárselo en justicia.

Doblar la vara de la justicia

Dada ya es la sentencia

Dinero llama dinero

Echar el fallo

El que la sigue la consigue

El tiempo le doy por testigo

En justo ver injusto

En naturalis

En púribus.

Es censo al quitar

Es gente sin ley ni Dios

Estar con la sogá al cuello

Esta es la justicia que manda hacer el rey nuestro señor
Firmar como en barbecho
Hacer el oficio
La ley del embudo y la ley del encaje
La maté porque era mía
Mentir más que la Gaceta
No arrendar la ganancia
No fiarse ni de la Virgen
Ojo por ojo, diente por diente
O morir en la demanda
Pagar a toca teja
Pagar al contado
Pagar al fiado
Pagar con la misma moneda
Pagar con las setenas
Pagar el pato
Pasar en cosa juzgada
Pedir justicia
Picapleitos
Poner pleito por sus dineros
Prometer el oro y el moro
Querulante
Renunciar como mala herencia
Sacar su derecho a salvo
Salir libre y sin costas
Tomarse la justicia por su mano
Trabajar de balde
Ver el pleito mal parado
Viva el Rey y muera el mal gobierno
¡Viva la Pepa!
Vivir a cuerpo de rey
Vivir como un rey (un cura, un marqués)

3) Anfibologías

Vista oral

4) Palíndromos (capicúas)

Son robos no sólo son sobornos

A la ley óyela

Ley oyó y yo a él

Ley era rey él

Agota la toga

Y él ama la ley

Y ella era la real ley

5) Adivinanzas o juegos de palabras

Con dados, ganan condados

Hasta lo judicial, perjudicial es

Quien vendió, el bien dio; quien compró, en su pro

Si el rey no muere, el reino muere

Uno que atiende y no entiende, otro que entiende pero no atiende, un tercero ni atiende ni entiende³⁹

6) Estampas en xilografías

En una de 1678, titulada *Abre el oio. Cierra la bolsa*, aparecen, orlando al avisado ojeador, que tiene una bolsa en la mano, veintiún refranes, de los que son mayoría los jurídicos siguientes: Más vale un toma que un te daré; quien mal pleito tiene a barato lo mete; hacienda tu dueño te vea; dame y darte he; haz aquello que quisieras haber hecho cuando mueras; arrendadorcillos, comer en plata y morir en grillos; del bueno buena prenda y al malo no fies nada; entre dos amigos, un notario y dos testigos. Y la titulada *Las sentencias dignas de saberse*, a modo de decálogo, que eran:

Dice el Papa	Yo soy cabeza de todos (o de la Iglesia)
Dice el Rey	Yo obedezco al Papa (soy cabeza de mi Reino)
Dice el caballero	Yo sirvo a estos dos
Dice el mercader	Yo engaño a estos tres
Dice el <i>letrado</i>	Yo envuelvo a estos cuatro
Dice el labrador	Yo sustento a estos cinco
Dice el médico	Yo mato a estos seis
Dice el confesor	Yo absuelvo a estos siete

39 - El Tribunal colegiado en la vista.

Dice Cristo Yo sufro a estos ocho
Dice la Muerte Yo me llevo a todos ellos

La de las *Máximas del tío Simón*, como la que decía Hoy no se fía aquí, mañana sí.⁴⁰

b) En la lengua que en esta Comunidad Autónoma se habla oficialmente, además del castellano, según nuestro Estatuto de Autonomía, y es la catalana –propia, mejor, diría, privativa o particular, de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera, o, quizás mejor aún, común de las islas Baleares, y, según el Estatuto de Cataluña, que se refiere al *catalán*, como la Constitución se refiere al *castellano*, también es propia de Cataluña (y oficial como el castellano, que lo es del Estado, según la Constitución, y del Estado español, según el Estatuto de Cataluña, que, como el de las Illes Balears, aprobó una ley del Estado)– recordaré, diciéndolos como los ha leído (en libros tan antiguos como el Diccionari mallorquí-castellà, de 1840 de Don Pere Antoni Figuera Tomás, *franciscá esclaustad*, y tan modernos como Temas mallorquins, de Albert Hauf Valls, de 2010) los siguientes:

1) Refranes y dichos

A bé o mal anda, de ta part l'escrivà
A bossa foradada, el diner hi fa poca estada
A cada u lo que sigui seu, i robar lo que se pugui
A casa de pobre, qui no hi du no hi troba
A casa dun penjat, no s'ha de nomenar sa forca
A casa del pobre qui res no porta res no hi troba
A casa rica, qui no hi du no multiplica
Aixó serà alou nostro⁴¹
A la cosa donada, no li donis cara
A la plaça i al mercat no hi vagis endormissat
A la terra dels nans, qui fa un pam n'és el rei
Allà on hi ha teu i meu, al punt hi a plet
Allà on manen tres, n'hi sobran dos
Allà on no hi ha el rei, hi perd els drets
Allò que has de menester tu, no ho donis a ningú
Als mossos nols deguis massa, perque et treuran de casa

40 - Todas del impresor Pere Abadal Morató.

41 - En castellano, de nuestra cuenta.

Altres temps, altres costums
Amb calés a la ma, tot es més pla
Amor de senyor, no es alou⁴², es aigua en cistella
A n'è qui dona y demana, el dimoni l'engana
A n'è qui pren i dona, el dimoni l'encona
Anar a afarrar y xapar
A poc dobler, poca música
Aquell que diu mal del ruc, és el qui el vol comprar
A qui et dona un capó, dóna-l'hi la cuixa i l'aló
A qui hagi de donar sopar, fes-l'hi un bon berenar
A qui pren i no dona, tothom l'abandona
A qui pren i no dona, anirà a l'infern
Arramblarlo-ho tot
A sants i minyons, no els prometis lo que no els dons
A terra que vas, costum que trobas
A la esglesia per a orar, a la plaça per tractar
Bo i barat? Ja s'ha acabat!
Cada escarabat, es pensa esser el rei
Cada ú, del seu ofici, com el botxí, de penjar gent
Cantan actas i mentan barbas
Carros de rei, llebres agafan
Casa "mia", per pobre que sia
Cases fetes de robar, les voràs enderrocar
Content l'amo, fotut el mosso
Contra el comú, no guanyaràs tú
Cosa trobada no es robada
Costar mes el ruc que la palla
Costum és, segona naturalesa (es de San Agustín)
Constum és altra natura
De allò que es meu, en faig el que vull
De calés i de bondat, la meitat de la meitat

42 - Según Pere A. Figuera equivale al castellano Servicio de señor no es herencia.

De l'abandó ve la gotera i de la gotera l'ensorrament
De llibres i de paraigües, no en deixis gaires
Del colors del rei, se tinyen els vasalls
Del dret i del revés, a casa vinguin diners
De ou al sou, del sou al bou
Derrera, al rei, li fan figues
Després dels afanys, venen els guanys
Déu no menja ni beu, pero la fa pagar a qui li deu
Deure (o no pagar) fà senyor
Diguem el que tens, i el diré quant vals
Diners i cortesia, no es guanyen en un dia
Doblers a on anau? A on n'hi ha més
Doblers d'altri i brou de peix, no fan greix
Dona que menja pes carrer, perd sa dot
Donar, a cap cèntim
Donar, ni el bon dia, prende, fins a la extenuació
Dura més que un censal
De l'hostal qui s'hi roba, tothom s'hen va enfora
El bon gènere es ven tot sol
El dimoni, fà amitges amb ell
El diner, obre totes les portes
Els diners que no costen de guanyar, no consten de gastar
El lladre sempre té por de ser robat
El que serveix al comú, no serveix a tots ni a ningú
El mal comprador, menja mala vianda
El que es guanya en molts mercats, es perd en una fira
El que és bo, no es ven, es compra
El que et sigui donat, pren-l'ho de bon gust
El que fa bé al comú, no el fa a ningú
El que fa las parts, se n'aprofita
El que s'ha promès, ja es deute
El absent i el mort, sempre son culpables
El bon aliment, fa bon enteniment

El rei és mort, visca el rei
Embolicar els beneficis en una fulla de pi
En raó o sense raó, s'en va el poble a la presó (lluny de la presó)
Ensarronar un malfactor és virtut, més que defecte
Entre lladres, no es perd res
Eran set i el batle
Esser l'amo del ball
Esser misser de solei i doctor de boca torta
Esser un caçadots
Fa, qui pot, menja, qui té
Fer diners a cabassos
Fer ferra-pilla
Fer-se el boix per no pagar la gabella
Fet el tracte, fet l'engany
Fiança prens, no pagaràs
Filla amb bon dot, a casa hi dura poc
Fot qui fot, Viva el Rei!
Governa'm bé i digues-me mòro
Haver n'hi per llogar cadiretes
Hereu i ase, ni el diable treu la casa
Homo de mols oficis, pobre segur
Homo que pledeje, pobre segur
Ja né estic cansat, aixó es un censal
Jornaler pagat, quan va al tros, ja hi va cansat
Jutge sense dol, i ... sol de justícia
L'almoina, quan la faràs, no miris a qui la fas
La culpa confon
La culpa es negre (lletge) ningú la vol, o es fadrina, i no ha trobat partit,
o vella, i no es casarà mai
La justícia, mai se cansa
La ma de donar, l'hi varen tallar
La millor fiança es, llevar de la bossa l'ansa
La millor sort i ventura es, tenir renda segura

La por guarda la vinya y la closca la pinya
La porfídia mata la caça
La primera, el rei perdona, la segona cotxamona, la tercera ... el coll a terra
L'aigua sempre va allà hon n'hi ha més
L'home, tracte-l com un senyor, i guardat d'ell com de un traïdor
Lladre que roba a un altre, no es té que confessar
Llaurador entre advocats, sembla un ocell entre gats
Lo promes, sia atès
Lo que no pots ben provar, no ho vulles pledejar
Mai perd el que dona, si el que pren té vergonya
Mal any, mal guany
Més llarg, que un filicomís
Més tart o més d'hora, qui la fa la paga
Más tort que sa justícia
Més val carestia de plaça, que mercat de casa
Més val poc que res
Més val un amic a la porta, que un parent a Mallorca
Molta faxenda, poca hicenda
Mort i venda, tot ho trenca
Mudaràs de moliner, però de lladre no escaparàs
Ningu dona pa, si no rep una coca
Ningu fa res de franc
No donar, ni l'hora
No enseinyis tot el que tens, ni diguis tot el que sents
No es fà res, per no res
No es per tu, sino pel dot, que et rondeja el borinot
No es torpe qui demana, si el que reb es persona
Notaris y advocats, a l'infern tots plegats
No ha ha millor carrabiner, que el que abans ha estat contrabandista
No voler part ni llegítima
O tots mòros, o tots cristians
Oberta la caixa, el just i peca

On hi ha papers, mentan barbas
Pagar al comptat (bitllo-bitllo, toquet a toquet)
Pagar a pagues (a peu coix, a termes)
Paraula donada, paraula sagrada (o escriptura signada)
Paraulas volen, escrits consten
Partim com a bons germàns, tot per mi res per tu
Passar d'amo a amitger
Per força, van a galèras
Per un real es ven l'anima al dimoni
Plet de testimonis, plet de dimonis
Pobils i pobiles, son uns missèrets de cocou
Preu per preu, ses sabatas grosses
Primer es la obligació, que la devoció
Primer som jo, que mos hereus
Que més voldria jo! Que viure de renda i estar bo
Qui compra barat, compra dues vagades
Qui deu, no te missèr, ni el veu
Qui deu, mor en vida
Qui es citat, que comparesca
Qui es fia de tothom, es fà pobre i no sap com
Qui es l'amo, pague ses talles
Qui es lloga, els seus plaers se joga
Qui gasta més del que té, ha de anar de lloguer
Qui guarda l'hort, salva la vinya
Qui ho troba, es ben seu
Qui juga, sa bossa s'espluga
Qui l'agafa es seu
Qui la fa, la paga, i no hi ha bò ni vossa mercé
Qui la té, que la tenga
Qui mata, ha de morir
Qui molt xèrra, sovint s'èrra
Qui no diu mot, consent
Qui no aparia la gotera ha de apariar la casa entera

Qui no té la sort d'heretar, li costa molt de guanyar
Qui no tingui culpes ni faltes, que rebugi las dels altres
Qui no sembra, no cull
Qui no deu, de lo seu beu
Qui paga per endevant, está mal servit
Qui paga i ment, de sa bossa ho sent
Qui paga lo que deu, de tot lo dels altres es hereu
Qui parla molt de diners, és el que més poc en té
Qui pladeja, malalteja (bestieja, o pobre segur)
Qui roba al comú, no roba a ningú
Qui romp el vidre'l paga
Qui sembre al cami real, perd el temps, el gra i el jornal
Qui sigui l'amo de l'animal, que el guarneixi
Qui té diners, troba parents
Qui té dos i gasta tres, aviat es queda sense
Qui té duros fuma puros, qui no en té fuma paper
Qui té el cul llogat, no sèu quan vol (no pot seure quan vol)
Qui té la culpa, que pagui la pena
Qui té mal, el té venal
Qui té mossos i no els veu, es fa pobre i no s'ho creu
Qui té un duro val un duro
Qui té un duro, en vol tenir dos
Qui tot ho dona a Sant Pere, després li ha de anar darrere
Qui tot ho vol, tot ho perd
Quin censal ma caïgut!
Robar a lladres no es pecat
Robar a s'Estat no es robar
Robatòrum per manjatòrum non est peccatòrum
Robau, pobres, robau, porque per més que robeu, sereu pobres
Salut i pessetes
Ser desencuses de mal pagador
Si téns casa a lloguer, mai te faltará qué fer
Si tens béns, seràs senyor, si no en tens pobrissó
Si téns més pa, feste més sopes

Si vols que et seguixi el cá, dona-l'hi un bocí de pá
Si vols sebre algú qui és, dòna-l'hi poder o diner
Si vols sebre lo que val un duro, usa'l de fiat
Tan bé está un lladre a sa forca, com un Sant Cristo a l'altar
Tanta culpa té qui mata la cabra, com el qui té la cama
Tenir el cordons de la bossa
Tenir el cul llogat
Tenir més deutes que el govern
Tenir-n'he per vida d'hereus (per sempre, per in saecula saeculorum)
Tenir més memòria que un filicomis
Tot lo mon li fa alou⁴³
Traballar de bades
Un alça la caça i l'altre la mata
Un engany fan, al prudent, però dos al inocent
Una bona casa, sempre es una dot
Val més un bon hereu que molts llegats
Val més pagar que agrair
Valer (o castar) més es lluïisme que sa compra
Valer (o costar) más sa corda que es bou
Val més ser l'amo de poc, que mosso de molt
Vendre duros a quatre pessetes es es negoci des peix frit
Vendre el ruc per comprar palla
Xarrar más que un saig

2) En Tirant lo blach⁴⁴ he leído, no se, muy bien, si en valenciano o catalán, refranes jurídicos, como

Qui no té fe no pot donar fe
Qui promet, en deutes se met
Quant hu no vol dos nos discòrden

3) En latín, sobre todo, he leído los aforismos jurídicos de Ramon Llull⁴⁵, como son, traducidos en algún caso, al castellano o el catalán:

Amor és aquélla cosa que los francs met en servitud e a los serfs dona

43 - En castellano, No es de fiar.

44 - Edelmira Amat. *Apuntes sobre la traducción castellana de los refranes del Tirant.*

45 - En el *Llibre del amic y del amat*, de Bla(n)querna y el *Llibre del mil provèrbis*.

llibertad

Iusticia procura pau e iniuria guerra

Humilia verba sunt nuntii pacis, superbae belli

En un temps negun home pot esser just e injuriós

Nenguna justícia es vera sens bonitat

Sens justícia e pietat no's convé, senyoria

Millor se deffén hom ab veritat que ab jurament (sagrament)

Negun home es deffén bé quan és irat

Negun home es deffén bé ab falsa excusació

Judici sens entendre es perillós

Si quieres ser juzgado con amor, teme a la justicia

La justicia hace al hombre justo, en sus años y en sus deseos, le proporciona paz y también trabajo

Quien quiere justicia, compra a veces injusticia

La justicia es la riqueza del pobre, y la injusticia la del rico

El enemigo de la justicia lo es de todas las cosas

El mejor amigo que tienes en tu granero y en la bodega, es la justicia

Quien ama la justicia, ama al rey

Ira de mal príncipe, nutre el pueblo de amor y temor

De la maldad del príncipe, nace maldad del pueblo

Si has comido más de lo justo, júzgate severamente

Más parentesco tiene la justicia con la bondad, que con el dinero

La justicia y la injusticia, siempre están en guerra

Toma consejo de la justicia, y a la injusticia no le des oídos

Muy falso nombre lleva el juez que no es justo

No te juzgues salvado, por sola tu bondad

Ten miedo al juicio eternal

Juzga tus pies por las buenas costumbres y tus manos por las buenas obras

Verifica la justicia con la caridad, y mortifica a la injusticia con el temor⁴⁶

46 - En un estudio, incluido en *La visión luliana del mundo del Derecho*, del Institut d'Estudis Baleàrics, Antonio Monserrat Quintana, cita a Federico de Castro y a J. Mans Puigarnau, como sostenes de la tesis de que la expresión Principios generales del Derecho, en el sentido jurídico técnico actual, procede de Ramón Llull, que se refirió a los *Començaments de*

4) En el Llibre del bons amonestaments de Anselm Turmeda, luego Abdallah al Tarjuman al Mayurqi, se dijo⁴⁷:

Diners de tort fan veritat e de jutge fan advocat, savi fan tornar l'home orat, pues que délls haja

Diners fan bé, diners fan mal, diners fan l'home infernal. E fan-lo sant celestial, segons que els usa

En el Llibre de Tres⁴⁸ se dijo: Tres coses son lletjes: avarícia en richs, ira en savis, falsia en jutges.

En el Sermó de Bernat Metge⁴⁹, se aconseja: No facies brega en home ric/si tu ets pobre o menic/lo plet perdrias

5) En el Cant de la Sibil·la, se hace referencia a un Judici, el final o universal, como en el Apocalipsis. El estribillo repite *Lo jorn del judici parrà* (comparecerá) *qui haurà fet servici* (no servei, que en cualquier caso no rima), y hay estrofas que dicen:

Jesucrist, Rei universal
homo i ver Déu eternal,
del cel vendrà per a jutjar
i a cada u lo just darà

Als mals dirà molt agrement
- Anau, maleits, en el turment!
anau-vos-ne en el foc etern
amb vostro princep del Infern!
Als bons dirà - Fills meus veniu!
Benaventurats, posseiu
el regne que us he aparellat
des de que lo món va esser creat!

Dret, Principia iuris o Principia generalia scientiae iuris, entendiendo por tales los clásicos romanos del *honeste vivere* y el *suum quique tribuere* (*unusquisque quod suum es tribuere*), y además el *Deum diligere* (más generoso que *el alterum non laedere*). Realmente el Liber Principiorum Iuris se integra en el Ars Magna et Maior, seu Ars compediosa inveniendi veritatem, que recoge los principios de otras ciencias y artes –como la lógica, la geometría, la música, la teología, la medicina, etc.– los cuales, dice Mans, constituyen la base, si no la clave, de la maravillosa e intrincada cábala luliana, lo que hace sean los jurídicos, principios en su acepción filosófica (equivalentes a los iura praecepta de Ulpiano).

47 - En el Libro sobre *Elogi dels diners*.

48 - Sus rasgos lingüísticos, según Albert Hauf Valls, en *Temes mallorquins* (en el titulado *L'home que riu: entorn de la paròdia medieval*), hacen pensar que fue compilado o copiado por un mallorquín.

49 - Que a alguien se le aparece como un Llibre dels mals amonestaments, por contraposición al de Turmeda.

6) En el Sermó de la Calenda, que, en Mallorca, por Navidad, como el del Bisbetó, en Cataluña, por San Nicolás⁵⁰, predicaba un *minyó eixerit i desenvolt*, según un texto inspirado en el sermón apócrifo (que realmente era del obispo Quodvultdeus) de San Agustín, redactado para el caso por un *capellà lletraferit*, en palabras de Llorenç Riber (que no cantó la Sibil·la, porque no tenía suficiente buena voz, pese a ser blauet de Lluch, pero predicó el sermón, *des de sa trona* –porque tenía la memoria molt fresca– prematuramente vestido de cura y con bonete de cuatro puntas, tal cual dice en la *Minyonia d'un infant orat*), había frecuentemente juridicidad⁵¹. Como en un caso del siglo XV, en que se dijo:

Els consellers i regidors han de superar las sevas diferències personals y respectarse mutuament mirant sols el que es just i el bé comú que per això cobran-amb paciència y temperança.

La justícia ja-s del tot morta i no es possible d'obtenirse perque els plets s'allargan tant que hom hi perd els béns i la vida; si digués tot el que s'hi esdevé, no en tendria prou amb un dia, pero basta per avui aquest anap.

Hi ha homes de lleure que indueixen falçament als governants a mal obrar en profit propi, capgirant les lleis i furs de vert en blau.

7) Canciones jurídicas, de las que desconozco la melodía, con letras como:

Qui barata es cap se grata i mompere el se gratà perque volguer baratar una mula amb una vaca

Ells mos buiden ses butxaques, pagant i tornant pagar! Si això ha de durar, dau entrada a ses fragates i, enc que sien de piratas, amb ells mos ni hen d'anar

Es bodells des Secretari ja començan a fer fum perque ha pujat els *consums* i no era necessari

A casa no hi tenc llum ni farina ni pastera ni frare⁵² ni gramanera⁵³ ¿Còm tenc que pagar *consums*?⁵⁴

8) Trabalenguas. Embarassallenguas

50 - En cualquier caso, en el ciclo de Navidad, en la tradición, pronto prohibida, del Episcopus puerorum o inocentorum, los obispillos u obispetes y el Bispo-menino, la Festa baculi (cristianización de las Saturnalias, devenidas en Festum u officia stultorum, fatuorum, follorum) o la Asinorum festum.

51 - Solía recoger recomendaciones del *Regiment de la cosa pública* de Francesc de Eiximenis de 1383.

52 - *Moho*.

53 - *Gorgojo*.

54 - *Cançó de ses veritats del P. Ginard TOR*.

Si qui deu dèu, diu que deu dèu, diu el que deu y deu el que diu
Setze jutges d'un jutjat mengen fetge d'un penjat, si el penjat despengen
els setze jutges ja no en mengen

9) Antiparemys

A bon servei, paga de rei/ a bon servei mala paga

Allò escrit, escrit està/ las paraules se les enduu el vent

El robat no fa profit/ sols el robat aprofita

Petit cabal, grossa ventura/ petit cabal, poca ventura

Poca terra no val res/ poca terra val diners

Valen mès llibres que lliures/ valen mès lliures que llibres

III

Sobre la utilidad de los refranes y dichos jurídicos.

Después de repetir los muchos refranes y dichos citados, no puedo acabar, aunque, lo esencial, que son las paremys, está dicho ya, sin:

1) Recordar que Don Quijote, de los refranes de Sancho Panza, dijo No has de mezclar en las pláticas la muchedumbre de refranes que sueles, que, puesto que son sentencias breves, muchas veces, los traes por los cabellos, y más perecen disparates que sentencias.

2) Reconocer, ante los refranes jurídicos, casi como ante los aforismos, que está justificada la extraña fascinación –antigua y moderna⁵⁵– causada por las máximas o brocardos, de que habla Aurelio Desdentado Bonete⁵⁶.

55 - Cuando dejaron de estar en latín, que –como en las *Divinas Palabras* de Valle Inclán– crea una especie de aura, produciendo con *su temblor enigmático y litúrgico* el milagro de conmovir las conciencias (y mudar de color el sangriento resplandor de los rostros de los aldeanos, que querían agredir a la adúltera mujer del sacristán Pedro Gallo, que no logró detener las befas y tentativa de agresión, ante la inutilidad de invocar las palabras del Evangelio, y solamente lo consiguió cuando dijo en latín *qui sine peccatis vestrum, primus ni illam lapidamem mittat*).

56 - A propósito de la obra *Tópica. Principios de Derecho y máximas jurídicas*, de Gerardo Pereira-Menaut, en *La extraña fascinación de las máximas jurídicas*, diciendo que su agilidad, su elegante sobriedad, su extraordinaria capacidad de síntesis, resuelve en un juicio lapidario contundente, que se impone con vigor a la inteligencia y la memoria. De ahí su valor didáctico, y su valor, frecuentemente ecuménico, como los *problemata* de los geométricos y los aforismos de los médicos, de que habla Bronchorst, pues laten, en un breve compendio, dice P.G. Stein, todas las materias que son discutidas finalmente en el vasto océano del Derecho y proporcionan un índice general del Derecho universal.

Su métrica, simple y frecuentemente en pareados, le sonaba a Jaime Mans Puigarnau⁵⁷, como la poesía de lo justo, para quien la oralidad y el recurso literario diverso (de la antítesis, la elipsis o el paralelismo, propician la durabilidad en la comunidad de parlantes).

Según Joan Amades Gelats⁵⁸, el refrán, tiene siempre un encanto que no iguala ninguna otra de las especies literarias tradicionales: incluye una sonoridad, una cadencia, una graciosa expresión y una suave oportunidad que le comunican suavidad y placidez auditiva que les hace gratos de oír, y, sobre todo, fáciles de retener. Y, según Maria Conca⁵⁹, es una manifestación de la creatividad de las culturas orales que los incorporan a su caudal identitario. Por más que, para Miquel Sbert i Grau⁶⁰, esta asunción identitaria (una cosmovisión específica de un colectivo humano concreto) resulta paradójica, porque el refranero, en gran parte de su inventario paremiológico, es patrimonio universal, y de ahí la proliferación de diccionarios políglotas de refranes, como el de Ildefons Rul-lán de 1926. Un ejemplo: al aforismo clásico *Communio est mater rixarum* (la indivisión es madre de las riñas) le equivalen *Gessamt gut, verdamt gut* (bien común, bien maldito), *Ses amitges no umplen sitjes* (cosas a medias –finca indivisa o dada en aparcería– no llenan graneros o producen poco) y *Las medias, para los piés* (no las quieras).

3) Hay que darles a los refranes jurídicos un valor no sólo didáctico, como recurso lingüístico o nemotécnico, sino el valor dialéctico. Del que habla Luis Díez Picazo⁶¹, y procede de la adhesión o aceptación que concitan. Valor que, a la hora de hacer un inventario de nuestras experiencias frente al mundo de las normas implementadas o mantenidas por la actividad del Estado, no es justo ni lícito olvidar.

57 - *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*. Ed. Bosch, Barcelona 1947.

58 - *Folklore de Catalunya (Cançons-Refranys-Endevinalles)*. Ed. Selecta. Barcelona.1951.

59 - *El refrany català. Estudi introductor*. L'Estel Ed. Tres i Quatre. València 2001.

60 - Prólogo de *Espigolant dins l'antigor* Ed. Moll Palma 2008.

61 - *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Ed. Ariel, Barcelona 1973. En su discurso de investidura como Doctor *honoris causa* de la Universidad de Málaga dijo que las *regulae iuris* no contienen principios a modo de axiomas, sino que condensan saberes jurídicos no bien definidos, con un sentido que se puede llamar paremiológico, son como refranes jurídicos que expresan y condensan una sabiduría jurídica generalizada. Recordando que Joaquín Costa ya había dicho que no es el Tribunal Supremo quien establece la jurisprudencia sino todos nosotros, antes y después de él; la jurisprudencia es hecha por todos, porque es de general aceptación y sólo con ella puede considerarse válida y vigente. Costa, en su *Introducción a un Tratado de Política, sacado textualmente de los refraneros, romances y gestas de la península*, afirmó que el género simplísimo y embrionario de los refranes es de todos los tiempos y todas las edades.

Recapitulando sobre los refranes de tema jurídico, vistos, y muchos más que podían añadirse, cabe afirmar:

1° Que son proposiciones de frecuente empleo, incluso por los juristas, que compendian antiguas experiencias, que no están implantadas o mantenidas por la autoridad del Estado, ni han sido promulgados (ni derogados) y no tienen, por ello, vigencia formal, pero que la tienen, sin duda, real.

F. Rodríguez Marín (que, además de Académico, Bibliotecario perpetuo y Director de la Academia Española de la Lengua, y autor del libro Más de 21.000 refranes castellanos, fue Abogado y en 1926 llevaba ya veintisiete años en ejercicio) dijo, en el prólogo de su obra principal: es tal la autoridad de los refranes que, además de ser estimados generalmente como utilísimas normas prácticas para la vida, pueden alegarse hasta por reglas de derecho, como se alega el uso común e inveterado; *y esto es de muy largo tiempo acá, pues ya se echaba de ver en el Digesto, donde, al examinar si el procónsul debe abstenerse en absoluto de aceptar regalos, se cita una epístola de los emperadores Severo y Antiniano, cuyas son las siguientes palabras: es proverbio antiguo que no debe hacerlo, pero neque omnia (ni todos), neque quovis tempore (ni siempre) neque ab omnibus (ni de todos), porque es muy inhumano no recibir alguno, vilísimo recibir a cada paso y avarísimo admitirlo todo* .

2° Que su valor es el que le otorga su propia autoridad, como tradición jurídica o postulado lógico, cuya corrección se puede discutir.

3° Que su conocimiento y estudio no es folklore, y no es ajeno a los juristas, que los repiten y, en su versión latina o latinizados, los invocan en el foro.

Miguel Mir Noguera⁶², sobre los refranes como folklore, dijo: En tiempos recientes se ha inventado o querido descubrir una ciencia cuyo fin es recoger o atesorar y estudiar este caudal de doctrina popular que nada, derramado en la humana sociedad, en especial en su parte o porción más ínfima, más inculta, más iliteraria. Y no pocos españoles han saludado esta ciencia como algo nuevo o desconocido, y como venía de extranjeros, y con el nombre ya hecho, la han bautizado con este nombre: folk-lore, tesoro del pueblo, sin percatarse no pocos de ellos que, antes de que los ingleses descubrieran el folklore, hace tiempo, muchísimo tiempo, que los españoles habíamos cultivado esta ciencia, llevándola a la mayor perfección, por lo que

62 - En el prólogo de la edición de 1906 de la Real Academia Española del Vocabulario del maestro Gonzalo Correas.

a nosotros tocaba, que los ingleses en lo que a ellos toca, y dejando de esta ciencia monumentos notabilísimos, ante los cuales son poco más que juegos de niños los de los modernos folkloristas. Un tomo muy grueso sobre la bibliografía española de esta ciencia ha escrito en 1891 Don José María Sbarbi, titulado *Monografía sobre los refranes, adagios y proverbios castellanos y las obras o fragmentos que expresamente hablan de ellos en nuestra lengua*, y, con ser riquísima esta bibliografía, y su autor, muy experto en esta clase de trabajos, todavía le ha quedado no poco.

Se ha hablado, a propósito de los refranes, del Derecho folklórico, referido a las normas infra jurídicas y a los usos y costumbres sociales, mores y folkways, con efectos jurídicos, por causa de la opinio iuris. Como por ejemplo el pago, debido o indebido, pero voluntario, del convite por parte del novio forastero, de algunos pueblos castellanos, o el pago de las deudas contraídas en los juegos ilegales⁶³.

Los brocardos jurídicos que hacen caso del juego aluden a la ilicitud y a sus efectos.

A jugar i perdre, pagar i callar

Cap jugador, no pot ser homo de bé

Del jugar al robar, una passa no més hi ha

El millor dels daus és, no jugar-los

El que juega por necesidad, pierde por obligación

El que pone al juego sus dineros, habrá de hacer cuenta de ellos

Juego de manos, juego de villanos

Juego, poco y bueno

Juego del puto, la primera carta es triunfo

Tahur, tahur, el mot diu hurta fur⁶⁴

No ha de haber ley, en los naipes

4º Que oír y leer refranes jurídicos es, para el jurista, un placer, por lo menos. Como contemplar una pintura naïf. O, acaso, un cuadro con un enigma a descifrar, como El jardín de las delicias, de El Bosco. Y, aunque no es fácil separar el trigo de la paja, y trabajoso hacer del trigo pan, ahí están los textos que he dicho y otros, para entretenerse. Mercediendo cada uno, de una apostilla

63 - Irrepetible, según el artículo 1798 y 1799 del Código Civil, en aplicación del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o el *in pari causa turpitudinem melior est conditio possidentis*, o la teoría de la obligación natural o presunta causa justa del 1901 del Código Civil.

64 - Hubo en 1314 un Ordenamiento de Tafurerías del Rey Alfonso X.

o comentario⁶⁵, que no he tenido tiempo de hacer. Lo que dejo a Vds⁶⁶. Aconsejando el método mejor, para superar las perplejidades que los sustantivamente falsos o contradictorios causan incluso al jurista de hoy, que no es otro que estudiarlo y conocerlo a fondo, y si es necesario remontarse a su origen, investigar la significación de la eventual metáfora, descubrir su ironía, preguntar sobre los casos y las cosas a las que se aplica. Lo que el jurista llamaría su interpretación auténtica.

IV

Sobre el futuro de las paremias jurídicas.

Aurelio Desdentado Bonete aconseja reflexionar sobre el sentido de las máximas, y sobre el propio sentido del Derecho, porque las colecciones de ellas son pistas⁶⁷ excepcionales para la búsqueda de los principios jurídicos. Pistas que, como las setas, hay que buscar con cuidado, pero, reconstruidas críticamente, a través de los diversos sistemas jurídicos, pueden ser una gran ayuda. Así lo hizo él, leyendo el libro de Gerardo Pereira Menaut *Tópica. Principios de derecho y máximas jurídicas*, de 2001⁶⁸, para acabar encandilado por su extraña fascinación. Y como aspiro yo que acaben Vds. Si no hoy, sí al menos cada vez que oigan de nuevo, en el foro o en la calle, cualquiera de los refranes o dichos jurídicos y otras paremias citadas. O cualquier otro

65 - Sobre su falsedad *a nativitate* (por supersticiosos o inmorales, o por excesivamente locales o tópicos) o sobrevenida (por el cambio legislativo o social, que, en ocasiones, ha completado el refrán), o sobre su contradicción con otro. El Padre Feijóo, en la primera del Tomo III de sus *Cartas eruditas y curiosas, sobre la fiabilidad de los adagios*, impugnó 50, algunos jurídicos, sin penetrar en el verdadero sentido con que se decían, como: *Entre dos amigos, un notario y dos testigos; Oficial que no miente salga de entre la gente; Cien sastres, cien molineros y cien tejedores, hacen justos trescientos ladrones.*

66 - Francisco Rodríguez Marín, es el mejor paremiólogo jurista que conozco, siendo destacables sus apostillas, al modo del Maestro Correas, a continuación de los refranes jurídicos de sus obras, sobre todo, su *Más de 21.000 refranes castellanos...*, de 1926 y su discurso de ingreso en la Academia de Buenas Letras Sevillana, donde habló de los siguientes: *No por el huevo, sino por el fuero; Río, rey y religión malos vecinos son; Muerte y venta desbaratan renta (pero, en habiendo escritura, es un tonto el que lo intenta); Más vale un "toma" que dos "te daré"; El caudal de tu enemigo en dinero lo veas; Tres santas y un honrado traen al reino agobiado; y Si quieres hacer un buen trato compra caro y vende barato.*

67 - En cuanto, junto a los principios internos del ordenamiento jurídico y los principios derivados de las convicciones ético-jurídicas de la sociedad, existen los principios de la Tópica, que son proposiciones jurídicas generalmente admitidas, sobre las que existe un consenso de base, y que permiten operar, para deducir a partir de ellas, normas concretas, o para establecerlas de modo problemático o retórico.

68 - En una segunda edición de 2010 aparece como *Topica. Principios de Derecho y máximas jurídicas latinas.*

dístico, aleluya o pareado que se les parezca. Suene a clásico y antiguo, o parezca más moderno, por la forma o el medio, y se conozca o no su autor. Porque, contra lo que pueda pensarse, las paremias jurídicas tienen futuro. De ese futuro harbaré otro día. Mientras tanto seguiré siendo un coleccionista más de refranes, de los muchos que han sido. Y de refranes jurídicos, sobre todo mallorquines, de los menos que lo fueron.

**V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA
DE DOÑA MARÍA PILAR FERRER VANRELL**

V.1- DISCURSO DE INGRESO

Pocas sesiones académicas hay más solemnes que el ingreso de un nuevo Académico en la Corporación. El 19 de Diciembre de 2011, la prestigiosa Catedrático de Derecho civil D^a María Pilar Ferrer Vanrell leyó su discurso de ingreso ante un auditorio numeroso y atento a sus palabras. Dada la dedicación de la nueva Académica al Derecho civil de nuestras Islas, era lógico y natural que disertara sobre un tema profundamente enraizado en el mismo, cual es el análisis de su perspectiva histórica hasta enlazar con su situación actual. El lector encontrará en las páginas que siguen una nítida exposición de las vicisitudes experimentadas por nuestro Derecho desde los Decretos de Nueva Planta, que supusieron los inicios de la llamada “cuestión foral”, como respuesta a los intentos unificadores sufridos por el Derecho de nuestras Islas, hasta llegar a la última parte de su intervención, en la que la nueva Académica pasó a referirse a la situación actual de los diversos Derechos civiles territoriales tras la Constitución de 1978, que les abrió una nueva vía al crear en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio órganos de producción de normas jurídicas, a las cuales pasaba a corresponder la función de conservarlo, modificarlo y desarrollarlo; aunque no deja de considerar la ilustre Académica que este desarrollo no ha sido completo, al venir exigiendo el Tribunal Constitucional un necesario punto de conexión entre las instituciones de nueva regulación y las existentes en las Comunidades Autónomas.

LA CODIFICACIÓN CIVIL Y LA LLAMADA “CUESTIÓN FORAL” EN BALEARES

María Pilar Ferrer Vanrell

INDICE

- I.- Los Prolegómenos a la llamada “cuestión foral”.
 - 1. El *derecho propio* de Mallorca y los intentos unificadores.
 - 1.1 Los Decretos de Nueva Planta como sistema de unificación territorial del derecho.
 - a) La Nueva Planta en Mallorca
 - b) El sistema de fuentes en la Nueva Planta, como forma de extender la vigencia de un derecho territorialmente no vigente.
 - 2. Los prolegómenos codificadores. La influencia europea.
 - 2.1. El inicio del constitucionalismo y su influjo en la unificación civil.
 - 2.2 La Consulta al País.
 - 3. El inicio de la codificación civil española según mandato constitucional. El principio de uniformidad en legislación civil y las primeras voces sobre la diversidad legislativa.
 - 3.1 La propuesta de Espiga y Gadea. La voz foralista del diputado Aner de Esteve. Las primeras Comisiones para redactar el Código civil.
 - 3.2 La restauración del absolutismo. Los Proyectos unitarios, el menosprecio a los derechos forales.
 - a) Los Proyectos del Código civil de 1821 y 1836
 - b) El intento unificador del Proyecto de 1851. La primera objeción a la uniformidad.
 - 3.3. La influencia de la Escuela Histórica en el impulso del sentimiento de la diversidad legislativa.

- 3.4. El Congreso de Jurisconsultos de 1863. Conclusiones.
 - 3.5. El intento de reanudar la redacción del Proyecto del Código civil.
El cuarto Proyecto incompleto.
 - 3.6. La etapa de las leyes especiales; la técnica de unificación legislativa encubierta.
 - 3.7. La restauración de los Borbones y el restablecimiento de la Comisión de codificación.
- II.- La llamada “cuestión foral”. Las divergencias entre las leyes de Castilla y la legislación foral.
1. La reorganización de la Comisión de codificación.
 2. El artículo 4 del Decreto de 2 de Febrero de 1880
 3. La postura de los territorios forales ante la codificación civil.
- III.- La “cuestión foral” en Baleares.
1. La incorporación de Ripoll y Palou a la Comisión de Codificación.
 - 1.1 La actitud del Colegio de Abogados ante la reanudación de los trabajos de redacción del Código civil.
 - a) Los trabajos paralelos del Colegio de Abogados a la redacción de la Memoria del Sr. Ripoll.
 - b) El Informe del Colegio de Abogados de 1881. Las Conclusiones.
 2. La reanudación de los trabajos codificadores.
 - 2.1 El sistema de Ley de Bases; sus dificultades.
 - 2.2 El mantenimiento del “actual régimen jurídico” en los territorios forales.
 3. El motivo de la opción de Baleares a secundar la redacción del art. 7 de la Ley de Bases de 1885. La influencia de D. Antonio Maura.
 - 3.1. La propuesta de Durán y Bas sobre el mantenimiento del Derecho propio.
 - 3.2 La directriz de D. Antonio Maura a favor de la opción del art. 7 de la Ley de Bases.
 - 3.3. La influencia de D. Antonio Maura. Su posición política y jurídica.
 4. La aprobación de la Ley de Bases del Código civil.
 - 4.1 La publicación del Código civil.
 - 4.2 La extensión del Código civil a Baleares.
- IV.- El brote de la efervescencia por la “cuestión foral” al tiempo de la redacción de los Apéndices al Código civil
1. La redacción del Apéndice al Código civil de Baleares.
 2. El nuevo “brote” de la “cuestión foral”.
 - 2.1 La “Circular” de la Fiscalía de la Audiencia de Baleares.
 - 2.2 El debate sobre la Circular de la Fiscalía en la Junta General extraordinaria de 21 de noviembre de 1916 del Colegio de Abogados.
La contestación al avance de la unificación civil.
 - 2.3 El “clamoreo” mediático y la posición de Maspons y Anglasesell,

como reacción a la Circular del Fiscal de Baleares y a la doctrina del Tribunal Supremo.

a) La “cruzada” de Maspons y Anglasell

b) La reunión en Barcelona de juristas catalanes con los representantes del Colegio de Abogados de Mallorca.

c) La anarquía jurídica imperante. La imposibilidad de seguir manteniendo el *statu quo*. La grave situación de Mallorca.

2.4. Nueva solicitud de amparo a D. Antonio Maura

3. El largo proceso para la aprobación por el Colegio de Abogados del Informe del Proyecto de Apéndice. Las posiciones del Colegio de Abogados de Mallorca

3.1 La posición centralista. el decantamiento por el llamado “Derecho común”.

3.2 Un canto a la foralidad. El Proyecto de Apéndice de Mallorca.

3.3 El Informe del Colegio de Abogados al Apéndice. El triunfo del “fuero”.

3.4 La inconclusa tramitación del Anteproyecto de Apéndice al Código civil de Baleares.

4. El cambio de sistema. La sanción legal del derecho civil propio.

V.- La nueva estructura competencial. El *quid* de la “cuestión foral”.

I.- Los Prolegómenos a la llamada “cuestión foral”.

1. El *derecho propio* de Mallorca y los intentos unificadores.

Las primeras palabras de este discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación tienen que ser de agradecimiento a los tres académicos, ilustres juristas que, confiando en mis aptitudes, me propusieron a la elección para ocupar la vacante producida por el fallecimiento del ilustre y recordado notario Don Raimundo Clar Garau. Me refiero a los Notarios D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y D. Jaime Ferrer Pons, como también a D. Antonio Monserrat Quintana, Vocal del Consejo General del Poder Judicial; agradecimiento que quiero hacer extensivo a los Señores Académicos que considerando adecuada esta candidatura aceptaron mi ingreso en esta reconocida corporación, que hoy hago efectivo.

Permítanme un recuerdo al eminente jurista que si bien un día precedí, prologando su magnífico libro sobre el *Derecho Foral de Mallorca*, hoy le sucedo en esta Academia. Compatibilizó su profesión de Notario, durante una etapa de su vida profesional, con la de político, y siempre con el estudio de nuestro Derecho civil, legándonos una vasta obra escrita.

Esta dedicación de D. Raimundo Clar al Derecho Civil propio de las Islas Baleares, la comparto con tal intensidad que ha conformado la línea investigadora de mi actividad académica, y me ha sugerido el tema del Discurso. Quiero compartir con ustedes las dificultades de pervivencia de este derecho nuestro, centrándome en el momento de la codificación civil; porque, después de los siglos de aplicación pacífica del derecho propio de Mallorca, documentado a partir de la *Carta de Franqueses* concedida a los pobladores de Mallorca el 1 de marzo de 1230, otorgada por Jaume I, tras la conquista de Mallorca el 31 de diciembre de 1229, la situación legislativa y de aplicación del *derecho propio* va a soportar un proceso de fuertes avatares uniformistas que hicieron peligrar su mantenimiento. Dos fueron los principales momentos turbulentos, la llegada al trono de Felipe V y la codificación civil española.

Estos dos hitos se condensan en dos frases que tienen un denominador común, la uniformidad legislativa del territorio español:

La primera de Felipe V en el Decreto de 29 de julio de 1707 cuando dice “porque mi real intención es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes...” (Novísima Recopilación, 3,3,1).

La segunda son los términos del art.258 de la Constitución de Cádiz, al proclamar que: “el Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía”.

Estos términos se repetirán en las constituciones del siglo XIX¹.

El camino hacia la pretendida uniformidad legislativa se inició con la belicosa llegada de Felipe de Anjou al trono de España. Los Austrias no enlazaron la unidad política con la jurídica. Los antiguos reinos conservaron no sólo su derecho privado, sino, incluso su derecho público.

Al morir Carlos II, de la dinastía de los Austrias, sin descendencia, se disputan el trono de España, en la Guerra dinástica llamada de Sucesión, Felipe de Anjou, nieto de Luis XIV de Francia, al que Carlos II le había nombrado sucesor al trono de la Monarquía hispánica en su último testamento; y el Archiduque Carlos de Habsburgo de la Casa de Austria, nieto del Emperador Leopoldo I, para el cual pretendía el trono hispánico, fundamentado en su descendencia de Felipe III de España.

Los territorios de la Corona de Aragón se decantaron por prestar su apoyo al Archiduque Carlos². Fue una elección lógica si tenemos en cuenta que el otro en contienda era Felipe de Anjou, perteneciente a la dinastía francesa Bourbon, de marcado carácter absolutista. Catalanes, mallorquines, aragoneses y valencianos se posicionaron contra este pretendiente a la Corona por temor a que impusiera la unificación legislativa en España, aniquilando sus libertades y, en especial, sus derechos propios. Felipe de Anjou reinó con el nombre de Felipe V y conformó un Estado absolutista, centralista y uniformista en lo administrativo, legislativo y político, influenciado por los movimientos europeos. En prueba de lealtad en la contienda implantó, en cuanto a las instituciones y las leyes, el modelo de Castilla, de entre los existentes: por una parte el Reino de Castilla, al que se unían los Señoríos de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como el Reino de Navarra; y por otra parte la Corona de Aragón, compuesta por los Reinos de Mallorca, Aragón, Valencia y el Principado de Cataluña.

1 - Se adelantaron en el art. 96 del Estatuto de Bayona, y se repetirán en las posteriores a la Constitución de Cádiz, en el art.4 de la Const. de 1837, el art.91.3 de la Const. de 1869, y el art.75 de la Const. de 1876.

2 - Es cierto que, previamente, las instituciones catalanas habían rendido homenaje a Felipe V, en 1702, cuando éste juró las Constituciones de Cataluña y les otorgó privilegios. Tras la Revuelta de 1705, los catalanes firmaron el Pacto de Génova comprometiéndose Cataluña aliada con Inglaterra a luchar por la causa del pretendiente al trono español Carlos de Austria, que juró las Constituciones de Cataluña y le proclamaron rey Carlos III de España, siendo Barcelona su Corte durante la Guerra de Sucesión. Ver, entre otros, FONTANA Y LÁZARO, J. (2004): “La Guerra de Successió: els motius de Catalunya” *Revista de Dret Històric Catalunya*, 3. AA.VV. *Catalunya durant la Guerra de Successió*. Barcelona(2006), Ara Llibres.

En el ámbito legislativo va a suponer un fuerte impacto para los territorios de la Corona de Aragón. El Decreto de 29 de junio de 1707 es el punto de inicio de la reorganización político-administrativa con la que Felipe V pretendía construir un Estado moderno, con un poder legislativo único, lo que ayudaría a afirmar su soberanía. A partir de los Decretos de Nueva Planta, los derechos territoriales, al sustraerles su propio sistema de generación de normas jurídicas, quedarían en manos del Monarca absoluto y su real voluntad, las regalías, esto incluso en el caso de conservar los territorios ocupados su derecho propio, como gesto de magnanimidad del Monarca.

1.1 Los Decretos de Nueva Planta como sistema de unificación territorial del derecho.

Los Decretos de Nueva Planta dictados, por derechos de conquista, para cada territorio, permiten la conservación del derecho propio como fuente de aplicación. Aragón, en 1711, recupera su derecho propio; Mallorca en 1715, y Cataluña en 1716; excepto Valencia, donde se implantó el derecho de Castilla.

a) La Nueva Planta en Mallorca.

En Mallorca, la imposición de la Nueva Planta³ no estuvo exenta de dificultades. Las instrucciones que recibió el teniente general caballero D'Asfeldt, el 10 de enero de 1715 para la conquista de Mallorca no permitían que se transigiera sobre el mantenimiento del derecho propio mallorquín como contrapartida para evitar la confrontación militar⁴.

El 5 de julio de 1715 en una carta⁵ a D'Asfeldt, desde la Casa de S.M. se

3 - ALVAREZ NOVOA, Carlos, *La justicia en el antiguo reino de Mallorca*. Gráficas Miramar, Palma, 1971.

4 - GAY ESCODA, Josep Maria, *El Corregidor a Catalunya* Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, 3. Marcial Pons / Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, Madrid 1997, pág. 127 y ss. Sobre el tema de los Decretos de Nueva Planta, consultar este exhaustivo estudio.

5 - La reproduce GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit. pág. 128, nota 276. “Ase enterado S.M.... y siendo uno de ellos el de juzgar V.E. por combeniente que en la presente coyuntura se podían otorgar a los mallorquines algunos de los privilegios menos importantes, considerando S.M. el buen fin con que V.E. hace esta proposición... y de lo que se interesa en su mayor servicio y deseando evitar la efusión de sangre, ha resuelto (sin hablarle de privilegios, ni de nada que sea contra la autoridad real) conceder a los de la Ciudad de Palma (además de lo que ya tiene permiso de otorgarles) sus leyes municipales y estilos practicados entre ellos en todo aquello que no mire ni se oponga su real servicio, ni fuera contra su autoridad ni soberanía, pero esto se entiende con la calidad de haverse de rendir sin resistencia alguna...”. El 27 del mismo mes alaba su actuación en los siguientes términos: “Aprueba S.M. a V.E. no ubiese usado de la facultad que le permitían las últimas órdenes para conceder a los mallorquines sus leyes municipales y estilos observados entre ellos; pués, como ha comprendido V.E. solamente se debía executar en el preciso caso de reconocerse que el no ejecutarlo podía detener la conclusión de la empresa”.

le decía que podía otorgar algunos privilegios a cambio de rendirse sin resistencia. D'Asfeldt aconsejó, por medio de misiva, que se implantara la Nueva Planta inmediatamente, a fin de evitar los inconvenientes que se presentaban en Cataluña por la interinidad de la Junta Superior⁶. Por Decreto de 30 de julio de 1715, se transcribió casi literalmente la misiva de D'Asfeldt, ordenando al Gobernador del Consejo de Castilla la formación de consulta sobre la Planta de Gobierno a establecer en las islas de Mallorca e Ibiza (porque Menorca⁷ estuvo bajo la soberanía de Inglaterra hasta 1780), que después de debatir en el Pleno del Consejo de Castilla, se eleva la Consulta al Monarca el 18 de agosto de 1715⁸.

La razón de esta Consulta versaba, principalmente, en decidir si permitía el mantenimiento o no del derecho propio; y sobre la formación de la Audiencia que debía establecerse en Mallorca.

El punto más conflictivo de la Consulta a decidir por el Rey⁹ fue el tercero¹⁰ sobre la oportunidad de introducir o no la legislación castellana total o parcialmente en Mallorca.

6 - En Mallorca también se constituyó una Junta Superior por un corto espacio de tiempo. Se constituyó en octubre de 1715 y duró hasta julio de 1716. Antes se disolvió la Real Audiencia para constituir la Junta Superior, que estuvo formada por los jurisconsultos que juraron el cargo el 24 de octubre de 1715, D. Miguel Malonda, como presidente. D. José Laudes, juez del crimen, D. Bernardino Bauzá, D. Miguel Mayol y D. José Bassa, como fiscal.

7 - El caso de Menorca lo trata GAY ESCODA, Josep M., *El Corregidor...*, cit. págs. 183 y ss. La situación fue distinta, ya que fue el único territorio de la Corona de Aragón de la época de Carlos II, que no se ocupó, ni tuvo planta felipista, sino que, dadas las continuas dominaciones, estuvo en poder de Inglaterra del año 1708 a 1780. La conquista de la isla se produjo por el desembarco el 19 de agosto de 1781 y el 24 de junio de 1783 se despachó Resolución para la nueva planta menorquina, pero hasta el 9 de setiembre de 1783 no se había proveído de gobernador militar para la plaza de Mahón y comandante militar de Menorca. Se articuló el poder de tal manera que los mandos político y militar estuvieron unidos en el gobernador, porque se entendió que no convenía separarlos dadas las circunstancias de la isla. Los cambios no fueron traumáticos y se fueron introduciendo mesuradamente. Sin embargo la tercera dominación británica se inició en 1798 y duraría hasta el tratado de Amiens el 25 de marzo de 1802. Esta situación sí que cambiaría la situación ya que quedaron abolidas las leyes por las que se gobernaban, que había confirmado Carlos III en 1782. Ante esta situación y las distintas dominaciones, son reveladoras las palabras del Obispo de Menorca cuando el 20 de agosto de 1809, tras ser convocado a Cortes, en su Informe dijera: "Siendo unas mismas leyes en toda la Monarquía habrían de ser, por consiguiente, uniformes los gobiernos y justicias de todos los pueblos, sin exceptuar esta Isla, donde permaneciendo aún los jurados y consejeros de Aragón, extinguidos en todas partes, padecen grandes desfalcos los caudales públicos y casi ninguna ley del reino ni Real Cédula tiene aquí valor ni cumplimiento".

8 - La razón por la que se consultara sobre la planta de Mallorca e Ibiza y no la de Menorca (que ya se ha visto en la nota anterior), es debido a que la Audiencia de Mallorca informó que en su distrito sólo existían dos corregimientos: el de Palma de Mallorca con el alcalde mayor y el de Ibiza que para los asuntos de justicia tenían un asesor con honores de ministro togado, elegido por el Rey a propuesta de la Cámara. Ver. GAY ESCODA, J. *"El corregidor..."* cit. pág. 476.

El parecer del Consejo se dividió en dos posturas: 1) una, la del fiscal¹¹, argumentando que, dado que Mallorca no se había rendido voluntariamente sino en fuerza de armas, podían seguir aplicando sus fueros, pero no por la vigencia de tales fueros, ya que debían quedar abolidos, sino por nueva concesión del Rey, que los podrá revocar en cualquier momento. 2) La otra postura fue la del gobernador del Consejo y otros, dictaminando que se aplicara el derecho mallorquín sólo en lo referente al derecho sustantivo civil (“en pleitos de partes y en que no tiene interés el Fisco”)¹², en todo lo restante se aplicaría derecho castellano¹³.

9 - La consulta elevada al Monarca se pasó al Secretario de Justicia, Don Manuel de Vadillo, el cual contaba con varios informes enviados por D'Asfeldt, entre los cuales figuraba uno que decía “Privilegios, usos y costumbres con que se han gobernado la Villas y Lugares de la parte forense de la Isla de Mallorca...”. GAY ESCODA, *El Corregidor...* cit, pág. 134.

10 - El punto tercero decía “...Supuesta la uniformidad de votos en la materia expresada, propuesto el fiscal que, considerándose el gobierno y fueros de Mallorca era el mismo que el de Cathaluña y que el real ánimo de Vuestra magestad no puede ser de que éste se mantenga, pues su entrega y reducción no ha sido voluntaria, sino en fuerza de las armas, que la sojuzgaron, queriendo aún en medio de ellas, como consta //de el capítulo tercero de los propuestos por la ciudad, universidad y reyno de Mallorca capitular la confirmación, guarda y observancia de todos sus privilegios, leyes municipales, ordinaçiones, derechos, fueros, franquezas, ussos y costumbres, que no se concedió por el cavallero Dasfeldt, aunque se ofreció reiterar por su parte sus buenos oficios con Vuestra Magestad de cuya real benignidad podían esperar qualquiera particular distinción, y suponiendo assí mismo el fiscal que el real ánimo de Vuestra Magestad es de que se forme Audiencia en la yslla de Mallorca, que ha de presidir el commandante y capitán general, ...” GAY ESCODA., *El Corregidor...* cit. pág. 130.

11 - “Le parece que devajo de la regla de que todo lo que se executase y hiciere, que fuere conforme a los fueros que tenían aquellas islas, se entienda, no en fuerza de ellos, pues éstos deverán quedar totalmente abolidos, sino de nueva concession y gracia especial de V.Mgd. sugeta a revocación... por quedar reservado a su regalía...el alterar, revocar, mudar, añadir y dar las nuevas leyes y providencias que fueren de su real voluntad y parecieren convenientes”. GAY ESCODA., *El Corregidor...* cit. pág. 130.

12 - GAY ESCODA, Josep M. *El Corregidor...* cit. pág. 131. y en pág. 780 reproduce el texto “Que en todo lo civil, en quanto lo ordinatorio judicial, observe la nueva Audiencia lo mismo que se practicaba en os tribunales de Castilla; y en lo criminal se arregle a lo que antes se practicaba en aquella yslla y reino. Que en lo decisorio, en todo lo que no se oponga y perjudique a la regalía, soberanía y suprema real potestad, se observen las leyes por que se gobernaban asta aquí en Mallorca sin alterar la coartación de los términos prevenida por aquellas leyes// por ser la más conforme al mejor curso de las dependencias: Con advertencia de que lo que no estubiere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla. Que se actúe y los instrumentos se escrivan en lengua castellana y que, de oy en adelante, no se permita imprimir libro alguno en otro idioma que castellano”.

13 - Por su parte Pascual de Villacampa consideraba que los ministros de la nueva Audiencia habrían de informar extensamente y opinar sobre cual sería el mejor derecho a aplicar en Mallorca, utilizando interinamente el derecho mallorquín en todo lo que no fuera contra la regalía. Efectuado este informe, el Consejo procedería a una nueva consulta sobre lo que se aconsejaba. El conde de Gerena propuso que no se dictaminara como vigente, ni el derecho castellano, ni el derecho mallorquín hasta que el regente y los ministros, una vez llegados a la isla, lo consultasen, ya que les faltaban elementos de juicio para dar un dictamen preciso. GAY ESCODA, Josep M., *El Corregidor...* cit. pág. 131 y ss.

La aplicación del derecho propio era de nueva concesión y sujeta al arbitrio del Monarca y su real voluntad. Esta respuesta al punto tercero de la Consulta al Consejo fue la más conflictiva; determinó la aplicación del derecho civil mallorquín, como concesión real, en todo lo que no fuera contrario a las regalías, “todo lo que se executase y hiciere que fuere conforme a los Fueros que tuvieren aquellas Islas, se entienda no en fuerza de ellos pues estos deveran quedar totalmente abolidos sino de nueva concesión y gracia especial de V. Mgd. sujeta a revocación”¹⁴, añadiendo que el derecho supletorio estaría conformado por el Derecho de Castilla¹⁵.

Se iniciaba la fórmula de extender la vigencia de un Derecho extraño, en un territorio donde no era vigente, mediante el mecanismo de la supletoriedad, que, posteriormente, consagrará el art. 5 de la Ley de Bases de 1888 y así pasará al art.12 originario del Código civil.

El otro punto importante en la Consulta al Consejo de Castilla fue sobre la formación de la Audiencia que debía implantarse en Mallorca¹⁶. El Rey decidió que estuviera compuesta por un regente, cinco ministros y un fiscal¹⁷.

14 - Lo reproduce, CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., “*Ilustración y derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*”. Instituto Nacional de la Administración Pública. 1990.

15 - “Con advertencia de que lo que no estuviere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla”.

16 - “...me consulte las providencias qué juzgare que se devan dar para la formación de la Audiencia y demás tribunales y ministros que se hayan de establecer en aquella islas, en inteligencia de que el Comandante general, que es o fuere de la de Mallorca, ha de presidir la Audiencia. Y. a este fin, remito al Consejo las tres copias adjuntas, una de los artículos de la evaquación de aquellas islas, convenidos entre el cavallero D’Asfeldt y el marqués de Rubí, otra de lo que pidieron la Ciudad, Universidad y Reino de Mallorca, y otra de lo que pidieron los eclesiásticos de Palma y Reino de Mallorca, y de que a unos y a otros se les conzedió por el cavallero D’asfeldt y le he aprobado, para que, en inteligencia de todo y sin faltar a lo capitulado y convenido, pueda el Consejo con más conocimiento consultarme su parecer en todo lo que le encargo y mando con tanta precisión como conviene”.

17 - El Consejo propuso el nombramiento de un regente, cinco ministros y un fiscal con competencia en materia civil y criminal, así como un ministro togado en Ibiza. Consideró conveniente que ni regente ni fiscal fuesen nativos de Mallorca, pero sí lo fuera alguno de los ministros. GAY ESCODA, J. reproduce la Consulta del Consejo de Castilla de 18 de agosto de 1715 sobre la Planta de Gobierno a establecer en Mallorca e Ibiza, y en el punto uno y el sexto, trata este tema, concretamente el punto sexto dice: “En cuanto a la elección de ministros para la Audiencia, dice el fiscal que, respecto que éstos han de ser nombrados por Vuestra Magestad, no enqentra reparo en que se nombren indistintamente de los reynos de Castilla o los de Aragón según su mérito. Sobre este punto y que los ministros sean uno o más mallorquines, deja tocadas el Consejo muchas razones de congruencia, que lo persuaden de útil y ventajoso en esta primera institución y formación; como no // sea asignándoles determinadamente a mallorquines plaza alguna precisa para ellos, porque dirigiéndose esta idea a la necesaria conveniencia de que pendan únicamente los empleos, premios y ascensos de aquellos naturales de la liversal mano de Vuestra Magestad, aporporción de lo que supieren adquirir y merecer su real satisfacción y gratitud, sería empezar, desde luego, a vincularles exempciones nocivas y contrarias al fin con que se camina...”, *El corregidor...*, cit. pág. 784.

Finalizada la Consulta, el Rey Felipe V dictó el Decreto de Nueva Planta de Gobierno para el Reino de Mallorca el 28 de noviembre de 1715¹⁸, que se publicó el 2 de diciembre y se trasladó a la Real Cédula de 16 de marzo de 1716. La motivación de este Decreto es, formalmente, la más respetuosa de los Decretos de Nueva Planta¹⁹ en cuanto que rompía con el sistema anterior que era más radical²⁰. El Decreto, aún permitiendo mantener la aplicación del derecho propio en todo lo que no le sea contrario, modifica el sistema de fuentes que serán, en primer lugar el Decreto de 28 de noviembre de 1715 y la legislación general posterior emanada del Monarca; subsidiariamente, el derecho propio mallorquín, con su orden de prelación de fuentes. Este sistema de fuentes se verá confirmado en la Real Cédula de 31 de agosto de 1736.

El problema se planteó respecto de la aplicación del derecho supletorio²¹; los términos decían: “con advertencia de que lo que no estuviere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla”. El *ius*

18 - En el punto 13 y último decía “En todo lo demás que no está comprehendido en este decreto es mi voluntad y mando se observen todas las reales pragmáticas y privilegios con que se governava antiguamente la ysla y reino de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa magestad. Y en las cosas de guerra quedará por ahora todo libre a la disposición de mi comandante general. Tendráse entendido assí en el Consejo y se expedirán las órdenes convenientes para execución y cumplimiento”.

En el punto 4: “en el modo de prozeder en las causas civiles y criminales, número de escrivanos y ministros inferiores, aranzel de derechos y lo demás se observarán las pragmáticas y estilos antiguos, teniendo entendido que las apelaciones que antes se interponían al Consejo de Aragón se interpondrán y admitirán en adelante para el Consejo de Castilla, y si sobre estas cosas antiguas haviere alguna que necesite de reformazion, me la consultará y propondrá la Audiencia”.

19 - En opinión de GAY ESCODA, Josep M., *El Corregidos...* cit. pág. 137

20 - Como advierte GAY ESCODA, por los términos utilizados, ya que proclamaba que, “aunque por diferentes Pragmáticas los Reyes mis predecesores, se halla reglado el gobierno de la Isla y Reino de Mallorca, he considerado que las turbaciones de la última guerra le han dexado en estado que necessita de sus naturales, por lo qual he resuelto...”.

21 - La vía legislativa se abrió con una Real Cédula de 27 de noviembre de 1768 que mandaba que en defecto de leyes municipales no revocadas se gobernase con las leyes generales del Reino, que de momento no se aplicó, por otros factores que fueron comunes en los territorios forales tanto por el desconocimiento del derecho propio del territorio por los jueces, como, ante la confusión reinante, por la actitud de los propios abogados que, para favorecer a sus clientes, argumentaban la aplicación del derecho más beneficioso. Para Cataluña, POZO CARRASCOSA, Pedro del, fundamenta la situación de indeterminación del derecho supletorio en el desconocimiento de los jueces del derecho catalán, en la estrategia de los abogados, que van a alegar el derecho que es más favorable a sus clientes, ya que están más interesados en ello que en la salvaguarda del derecho catalán, además de otros factores. *El Dret civil a Catalunya i la Codificació: alguns aspectes judicials i doctrinals*. V Jornades de Dret Català a Tossa. Barcelona 1990, pág. 7 y ss. ROCA TRIAS, Encarna *El mecanisme del dret supletori i la intenció política a Catalunya*. (Discurs de recepció d'Encarna Roca Trías com a membre numerari de la Secció de Filosofia i Ciències Socials, llegit el dia 19 d'octubre de 1995) Barcelona 1996.

commune quedaba sustituido por el Derecho de Castilla. Para salvar este punto, se ingenió la práctica de utilizar el Derecho Romano y Canónico como derecho propio, dándole el tratamiento de costumbre; por lo que el Derecho de Castilla tuvo una aplicación de excepción²². Este mecanismo se utilizará, ya entrado el período codificador, para mantener la vigencia del *ius commune* como derecho supletorio²³.

b) El sistema de fuentes en la Nueva Planta, como forma de extender la vigencia de un derecho territorialmente no vigente.

Los territorios de la Corona de Aragón, con el nuevo sistema de Fuentes²⁴ que proclama la Nueva Planta, da primacía, sobre el derecho propio, al Decreto y a la legislación posterior a éste dictada por el Monarca; también extendió la vigencia del Derecho de Castilla como derecho supletorio.

La supletoriedad del Derecho de Castilla era la argucia para implantar la vigencia territorial de un derecho que no era vigente.

La legislación posterior emanada del Monarca, que antecede a la aplicación del Derecho civil propio, presenta la misma pretensión unificadora que las “*Ordonnances royales*” promulgadas por los Reyes de Francia, antes de publicar el *Code civil*, y la influencia que tuvieron en éste²⁵. Recordemos la Ley de 16 de mayo de 1835, llamada de Mostrencos, que será origen de un gran debate en Baleares²⁶, como en otros territorios forales²⁷, incluso publicado el Código civil, en relación a su aplicación a la sucesión intestada.

22 - Posteriormente se siguieron suscitando dudas sobre la R Cédula de 1768 que establecía el derecho castellano como supletorio del derecho catalán; esta cuestión, después de un largo debate se zanjó “visto por el consejo el dictamen del fiscal, acordó por auto de 29 de abril de 1784 que se expidiera la cédula correspondiente...por la cual mandaba a la Real Audiencia de Cataluña que guardara la expedida en 27 de noviembre de 1768” (GAY ESCODA, J. “Notas sobre el Derecho supletorio de Cataluña desde el decreto de Nueva Planta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal supremo”, en CLAVERO, B. y otros (dir.). *Hispania* (10), pág. 833).

23 - BADOSA COLL, Ferran, *Compendi de Dret Civil català.*, Marcial Pons. Barcelona 1999, pág. 26 y ss.

24 - PLANAS ROSSELLÓ, A. “La pervivencia del Derecho mallorquín tras los decretos de Nueva Planta. *Ius Fugit*, 13-14, 2004-2006, pp. 409-437.

25 - BADOSA COLL, Ferran, “El “Code Civil” com a legislació post-revolucionaria”. Inauguració del Curs acadèmic 1989-90, en *La raó i la revolució Commemoració* del bicentenari de la Revolució Francesa Discursos del Professors Dr. Ferran Badosa Coll i Dr. José Manuel Bermudo Ávila Universitat de Barcelona Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1989.

26 - LLODRÁ GRIMALT, F. *Sobre la sucesión intestada en Mallorca*. Materials 4, Edicions UIB. Palma 1999. FERRER VANRELL, M.P. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía*. Materials 6, Edicions UIB. Palma 2001, pp. 120 y ss.

27 - Más adelante trataremos las STS sobre la aplicación del Código civil a la sucesión intestada en Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra.

Reinando Fernando VI, en 1751, Simón de Somodevilla, al que le otorgó el título de Marqués de la Ensenada, propuso al Rey que emprendiera la reforma de los estudios universitarios y un Código que modificara la Nueva Recopilación. Para esta labor se pensó en el valenciano D. Gregorio Mayans y Siscar. En su correspondencia, puede leerse una carta de 12 de enero de 1754, dirigida a D. Agustín de Ordeñana,²⁸ donde argumenta la necesidad de un “Código legal español”, explicando su denominación y estructura en estos términos: “que podremos llamar *fernandino* para inmortal gloria de nuestro rei i señor, el código deve ser mui dilatado en la dotrina i mui breve en el modo de exprimirla, mui justo en todo, mui acomodado a la nación española, en su formación deve tenerse presente que, si algo se establece, debe ser útil no solamente al rei, sino también a sus vasallos, para cuyo bien es rei”. Explica su idea sobre la reforma de los estudios universitarios que fundamenta en el conocimiento del Derecho Romano, quejándose de la enseñanza incompleta de este derecho que “es la fuente de los muchos i varios derechos de todas las naciones de Europa”. Se está refiriendo a la universalidad del *ius commune*.

La opinión de Mayans iba contracorriente, porque el siglo XVIII fue el de la exaltación de los derechos nacionales. Se consideró que los planes de estudio de 1667 dedicaban excesiva atención al Derecho Romano, olvidando el Derecho Patrio²⁹; por esta razón se encarga a los juristas D. Ignacio Jordán de Asso y del Río junto a D. Miguel de Manuel y Rodríguez, el estudio del derecho patrio, que concluirá en la obra “Instituciones del Derecho civil de Castilla”, publicada en 1771 en Madrid y que fue el texto de estudio en las Universidades españolas.

El Auto del Consejo en pleno, dictado el 4 de diciembre de 1713 (*Novísima Recopilación*, 8,4,7) prohibió aplicar Derecho Romano a las Audiencias; como también obligó a enseñar el Derecho real en las Universidades, incluso las de territorio foral.

En Mallorca, el *ius commune* se seguía aplicando, no ya como derecho supletorio sino como derecho propio, dándole el tratamiento de costumbre, por lo que esta sustitución de la enseñanza del Derecho Romano por el de Castilla constituiría un duro golpe a la diversidad legislativa.

28 - Ver Biblioteca Valencia Virtual. *Volumen XV: Mayans y los altos cuadros de la Magistratura y Administración borbónica, 2. (1751-1781)*. Carta de Gregorio Mayans y Siscar a Agustín de Ordeñana, 12 de enero de 1754.

29 - Silvela, Francisco, se lamentaba de esta situación y añadía que “las leyes patrias estaban en verdadero olvido y que constituían la sustancia de la enseñanza y de la propia vida del Derecho en España, las leyes y los principios del Derecho Romano”, en “Discurso sobre el Código Civil” en la Real Academia de Jurisprudencia el 29 de enero de 1889. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 74, p. 106

La vía legislativa se abrió con una Real Cédula de 27 de noviembre de 1768³⁰ que mandaba que en defecto de leyes municipales no revocadas se gobernase con las leyes generales del Reino, que de momento no se aplicó. Tenemos constancia de la argumentación que hará el fiscal del Crimen a propósito de un supuesto que se planteó en Cataluña³¹ y que resolvió salvando, sorprendentemente, la contradicción de considerar “vigente en Cataluña el Derecho romano y no el Derecho castellano en defecto del derecho propio, contrariando lo dispuesto en la Cédula de 1768”³². El fiscal cita una ley romana (C. 10,32,24) y alega que estaba vigente no como derecho supletorio sino como costumbre o práctica y, en consecuencia prevalecía sobre lo dispuesto en la Nueva Recopilación. Este es el mecanismo que se utilizará, ya entrado el período codificador, para mantener la vigencia del *ius commune* como derecho supletorio³³.

Abolida la capacidad legislativa, se han iniciado tiempos de grandes dificultades tanto para el conocimiento de nuestro Derecho como para su desarrollo, aunque se avecinan otros tiempos aún más difíciles, la etapa codificadora. El desconcierto en los territorios forales, durante el período precodificador, por las dificultades que originaba la indeterminación del derecho aplicable, les condujo a una continua investigación, mediante consultas sobre cuál era el derecho supletorio, el propio o el derecho de Castilla.

En Baleares, estas consultas estuvieron propiciadas por el Colegio de

30 - Posteriormente se siguieron suscitando dudas sobre la R Cédula de 1768 que establecía el derecho castellano como supletorio del derecho catalán; esta cuestión, después de un largo debate se zanjó “visto por el consejo el dictamen del fiscal, acordó por auto de 29 de abril de 1784 que se expidiera la cédula correspondiente...por la cual mandaba a la Real Audiencia de Cataluña que guardara la expedida en 27 de noviembre de 1768” (GAY ESCODA, J. *Notas sobre...* cit, pág. 833). Sin embargo, aunque la Audiencia acordó su cumplimiento, se seguía utilizando el propio supletorio a falta de Derecho Municipal. En este sentido es elocuente lo reflejado en la Respuesta a la Consulta al País que da José Solsona diciendo que se aplica el propio supletorio y no las leyes de Castilla, como mandó Felipe V (Ver A.C. legajo 6 núm.29. Lo reproduce ARTOLA en *Los Orígenes Los Orígenes de la España Contemporánea*, Madrid 1976, pág. 571 a 594. Es interesante leer este dictamen).

31 - Lo relata GAY ESCODA, Josep M. *Notas sobre el derecho supletorio...*, cit. pág. 829.

32 - Se salvó con el siguiente argumento: “Que acredita lo antecedente la costumbre e inconcusa práctica observada en Cathaluña conforme a las leyes del derecho común, sin que haya tenido trascendencia ni extensión a aquel Principado la pragmática del año 1623 sin embargo de la orden para que, en defecto de constitución, deban los jueces sentenciar con arreglo a las leyes de Castilla y no a las eclesiásticas y del derecho civil, como disponian las constituciones, porque la práctica y costumbre inmemorial (Se discutía un supuesto de extensión de una ley de exención fiscal a Cataluña)... ..no se entendió derogada por la nueva planta de gobierno...y la constitución manda que se decidan las causas por los usages, constituciones, capítulos de Corte y otros de derechos del Principado. Los usages no tubieron otro origen no son otra cosa que una larga costumbre según las mismas constituciones”.

33 - BADOSA COLL, Ferran, *Compendi...*, cit. pág. 26 y ss.

Abogados que, a efectos de poner en funcionamiento los cursos sobre práctica judicial, de acuerdo con el art.35 de sus Estatutos, encargó un Dictamen sobre el derecho aplicable en Mallorca al abogado D. Joaquín Fiol Estada³⁴ en 1768. El autor llega a unas conclusiones importantes, de las que destacaremos: 1) Aplicación preferente del Derecho Municipal. 2) Aplicación del *ius commune* en su doble condición, a) como derecho propio, al tener tratamiento de costumbre³⁵; b) como derecho supletorio.

Son los prolegómenos a la codificación civil que se inician en Europa, con movimientos que preludian la nueva técnica codificadora. El “*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*” de 1756 fue el primer intento de sistematizar el Derecho civil. El *Codex*, como antecedente, tuvo vigencia territorial en Baviera hasta la entrada en vigor del Código civil alemán en 1900. El *Codex* adopta la sistemática de las Instituciones de Justiniano, ordena el Derecho Romano de la Recepción adaptándolo a las necesidades jurídicas del momento.

2. Los prolegómenos codificadores. La influencia europea.

Llegan los aires codificadores y los principios racionalistas en las postrimerías del siglo XVIII. La novedad de la codificación civil no lo era en cuanto al contenido del derecho a codificar, sino por su estructura, su sistemática. Ahora bien, en España, la codificación afectó, también, al contenido, porque se inició con la sistematización de las instituciones propias del Derecho del Derecho de Castilla, sin tener en cuenta los derechos civiles territoriales.

Esta cuestión y las convulsiones políticas que provocaban continuos cambios del texto constitucional en función de las alternancias del partido gobernante, afectaron, también, a la codificación civil. Todo esto se manifiesta en los tres primeros Proyectos de Código civil, denominados unitarios al prescindir absolutamente de los derechos civiles forales, cuestión que requiere poner de relieve algunos de los aspectos que concurrieron.

Napoleón será el gran impulsor de la codificación civil. Anteriormente, Federico II, gran amigo de Voltaire, promovió el Código de los Estados prusianos; y la Emperatriz María Teresa, el de Austria, que también siguió el sistema romano de las Instituciones. En Francia, la Comisión de juristas

34 - Su estudio detallado puede consultarse en FERRER VANRELL, M. Pilar, *La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía. (Estudio histórico del derecho supletorio en Mallorca)*. Colección Materials, Ed. UIB, Palma 2001.

35 - Dice FIOI, que el Derecho Romano ya no tuvo “fuerza de ley, ni la pudo tener por falta de potestad legislativa de los Emperadores en esos mismos Reynos; de suerte que donde la tiene oy en día la tiene mas por costumbre que por autoridad de legislador”. FERRER VANRELL, M.P. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la Soberanía*. Edicions UIB, Col. Materials, Palma 2001, pp. 69.

nombrada por Napoleón (que unía los dos grandes espacios territoriales, divididos no sólo lingüísticamente, sino por el derecho: la zona norte, donde imperaba el *droit coutumier* y la zona sur de *droit écrit*), elaboraron los principios rectores del Código civil francés de 1804, que unificó la legislación francesa, correspondiente a derecho consuetudinario y derecho de tradición romana.

El *Code* de Napoleón³⁶ tuvo una gran influencia en el español, pero la unificación, que se consiguió en Francia, se erigió en el principal escollo que tuvo que salvar la codificación civil española.

Se intentó ordenar el derecho castellano con la publicación, tardía, en 1805 de la Recopilación de las leyes de España o *Novísima Recopilación*, obra de Juan Reguera de Valdelomar; que debía ser complementada por una Comisión recopiladora en la que se encontraba Lardizábal (que, posteriormente, formará parte de la Comisión nombrada en 1814 para redactar el Código civil), que a pesar de su trabajo durante el período 1775-1785 no llegó a concretarse. La *Novísima Recopilación* no cumplía las expectativas del momento. Francisco Martínez Marina señaló sus defectos en el *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación*. Reguera, en 1815 solicitó al Consejo de Castilla que especificara cuáles eran sus defectos. Martínez Marina redactó una obra, en 1816, con el título, *Juicio Crítico de la novísima Recopilación* que el Colegio de Abogados, en su Censura de 28 de enero de 1819, consideró que debía publicarse al entender que “pueden influir bastante sus trabajos en las mejoras de nuestra legislación, y particularmente por corresponder a las sabias instrucciones y deseos del gobierno que tantos años hace que trabaja con loable celo y constancia en perfeccionar el Código Nacional”³⁷. Se publicó en 1820.

En los territorios de *iura propria*, entre los que se encontraba Baleares, aplicaban su maltrecho derecho, consecuencia de la unificación borbónica en 1707 que se zanjó con los anteriormente citados Decretos de Nueva Planta. El mapa de regímenes de derecho civil quedó en seis, como relata LASSO GAITE³⁸ “el llamado común o de Castilla, que regía con escasas salvedades (para Galicia) en 39 provincias; y el de Aragón, para las tres provincias de esa región; Baleares para este territorio insular; Cataluña, para las cuatro provincias del principado; Navarra; y Vizcaya. O sea diez provincias, cuyo ámbito fue ampliado para Alava y Galicia”.

36 - Ver el *iter* del *Code*, en BADOSA COLL, “El “Code Civil” com a legislació post-revolucionària”. Discurso de inauguración del curso académico 1989-1990. Universidad de Barcelona 1989.

37 - Da cumplida razón GIBERT, Rafael, “La codificación civil en España (1752-1889)”. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*- Atti del terzo Congresso Internazionale Della Società italiana di Storia del Diritto. Firenze 1977, p. 913.

38 - LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española, Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen I, Ministerio de Justicia. Madrid 1970. pág. 17.

La situación europea no era favorable a quienes formaban la resistencia a la unificación civil y en pro de la diversidad legislativa. En España existen serias dificultades a la uniformidad civil³⁹.

2.1. El inicio del constitucionalismo y su influjo en la unificación civil.

Este caos legislativo, tanto en el derecho castellano, como en los territorios llamados forales, se pone de manifiesto en la Consulta al País, previa a las Cortes de Cádiz. La Comisión de Cortes de la Junta Central formuló la Consulta al País⁴⁰, por Circular de 24 de junio de 1809, preparatoria a la convocatoria de las Cortes de Cádiz, que en sus respuestas nos dan muestras del sentir precodificador⁴¹ y la situación de los derechos civiles territoriales.

2.2 La Consulta al País.

Se conoce con el nombre de Informes o Consulta de Cortes “al conjunto de escritos, procedentes de corporaciones o particulares, que fueron enviados a la Junta Central como respuesta a la solicitud de información que hizo la Comisión de Cortes en una Circular⁴² de 24 de junio de 1809”⁴³, cuyo origen se remonta a 15 de abril del mismo año⁴⁴.

39 - “Nacidas todas de las divergencias que hay entre las leyes de Castilla y las de Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya, que se rigen todavía por sus fueros provinciales, estando vigentes en otras sus fueros municipales”, LASSO GAITE, *Crónica de la...*, pág. 18, donde reproduce los términos de Rodríguez Martín.

40 - Se pueden consultar los documentos y las distintas opiniones que dieron las instituciones de Baleares, al ser requeridas por la Comisión de Cortes, en *Los Orígenes de la España Contemporánea*, Madrid 1976 de Miguel ARTOLA GALLEGO, que reproduce tales documentos, si bien no se reproducen todos, sino una selección de los más representativos. En Seminario de Historia Moderna, Estudio Preliminar de FEDERICO SUAREZ, *Cortes de Cádiz*, Pamplona 1967. En JIMENEZ DE GREGORIO, F *La convocatoria a Cortes Constituyentes en 1810. Estado de la opinión española en punto a la reforma constitucional*. Plasencia 1936. Y en Estudios de Historia Moderna, V Barcelona 1955.

41 - Las Respuestas las podemos encontrar en el Archivo de Cortes.

42 - La Circular de 24 de junio de 1809 fue enviada según consta en el Archivo de Cortes y de acuerdo con el Real Decreto de 22 de mayo de 1809 a un conjunto de organismos o corporaciones y a determinadas personas, cuya lista nos la facilita FEDERICO SUAREZ, (AC Leg. 3 n° 5). Lo cita FEDERICO SUAREZ, Estudio Prel. *Cortes de Cádiz*, cit. pág. 20

43 - Seminario de Historia Moderna, Estudio Preliminar de FEDERICO SUAREZ, *Cortes de Cádiz*, Pamplona 1967, pág.13.

44 - Momento en que Don Antonio Valdés proponía siete puntos concretos a los cuales los Informes debían ceñirse y debían evacuarse en el plazo de tres meses. El 22 de Mayo la Junta dio “un Decreto en cuya parte dispositiva, además de crear una Comisión de Cortes para que se ocupara de todas las cuestiones preliminares...disponía que la Junta se ocupara de investigar una serie de puntos para irlos proponiendo sucesivamente a la nación juntada en Cortes; y con el fin de reunir las luces necesarias para ello, determinaba consultar a los Consejos, Juntas Superiores de las provincias, Tribunales, a los sabios y personas ilustradas” (FEDERICO SUAREZ, Estudio Prel. *Cortes de Cádiz*, cit. pág. 17-18).

A las cuestiones planteadas por la Consulta al País, la Junta Superior de Mallorca emite la Respuesta, el 6 de septiembre de 1809, a la pregunta sobre el derecho aplicable en este territorio, en estos términos: “conviene advertir que en algunos puntos tienen las provincias legislaciones distintas fundadas en estatutos, fueros, usos y costumbres, que se mandaron guardar en Mallorca en la Nueva Planta de su Real Audiencia en 1715 y en la Real Cédula de 1736. Cada una de otras provincias creará que le es más beneficiosa su legislación en aquel punto; Castilla y Aragón tienen bastante variación⁴⁵ en esta parte y será imposible arreglar la uniformidad en todo el Reino”⁴⁶.

Ante esta situación y sentados estos principios se proponen dos medios: 1) “que se trabaje en las provincias, por letrados útiles, la reforma, recopilación y volumen nuevo de leyes y que se remita, en un término que se señale, a S.M. y Junta Central para su examen y aprobación”. Se entiende que este método sería largo porque es “mucha la variedad y difícil la combinación” por lo que se descarta esta opción. 2) El segundo medio “y tal vez el único, para mejorar nuestra legislación y elevarla a la perfección posible, es formar en la misma corte una de seis o más sabios ministros o letrados, dando a cada uno dos pasantes o agentes, también letrados, con la dotación competente, para que se ocupen únicamente de esta importante comisión”⁴⁷. Esta solución es igual a la propuesta en la Respuesta por el Ayuntamiento de Palma⁴⁸.

45 - Resulta sorprendente el ejemplo que pone al respecto “Para mayor claridad se ponen por ejemplo, dos solos puntos de esta variación: ser el primero sobre el repartimiento de los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, que en Castilla se reparten entre marido y mujer, y en Mallorca todos ellos pertenecen al marido; y este uso observado desde su conquista, parecerá siempre más justo a estos naturales porque contribuyendo poco o nada la mujer a la subsistencia de la familia y mucho menos a su adelantamiento, no parece conforme a razón que haya de llevar una mitad de lo que adquirió el marido con mucha aplicación y trabajo en su carrera, oficio, giro o industria”. Seminario de Historia Moderna, *Cortes de Cádiz*, cit. pág. 133.

46 - Continúa: “Otras muchas diferencias se hallarán en varias provincias, y todas ellas se tomarán en consideración para adoptar las más convenientes o para dejar a cada una de las leyes más propias y análogas a su clima, educación, fueros y costumbres. Sentados estos principios y reglas generales, vamos a proponer los medios de mejorar nuestra legislación”.

47 - Añade “Deberán los de esta comisión trabajar por partes conforme al método indicado o según el que parezca más a propósito, y concluída cada una de sus partes, convendría que el gobierno no la hiciese circular en todas las provincias oyendo las Juntas Superiores de ellas, sus audiencias, ayuntamientos y universidades, para que las vean y examinen y en el término de dos meses desde el recibo, o en el que se señalase, informen y den su dictamen sobre cada una de las leyes de la parte remitida y digan cuanto se les ofrezca sobre ellas, así por lo que toca al bien general de la nación como al de la provincia, y que devuelto por los informes y dictámenes se dé la última mano a este trabajo y se coordine para proponerlo en las Cortes, y por ellas se eleve a la aprobación del soberano”.

48 - Posteriormente, como se indicará, los diputados Aner y Dou mantendrán esta opinión en las Cortes, al debatir al propuesta de Espiga y Gadea.

El resultado a la Consulta al País, preparatoria de las Cortes de Cádiz, constata la existencia de un caos legislativo.

3. El inicio de la codificación civil española según mandato constitucional.

El principio de uniformidad en legislación civil y las primeras voces sobre la diversidad legislativa.

Es evidente que el reciente movimiento codificador europeo había llegado a España; las Respuestas a la Proposición segunda de la Consulta al País se centran, especialmente, en la problemática que puede plantear la unificación del Derecho civil. La respuesta del Ayuntamiento de Palma de 20 de septiembre de 1809, y la de la Junta Superior de Mallorca de 6 de septiembre del mismo año, responden al Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1808, un año después de entrar en vigor su art. 96 que preceptuaba “las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales”, precepto que se fue repitiendo en las siguientes Constituciones del XIX⁴⁹.

El 19 de mayo de 1808 se convocó la Asamblea de Bayona, después de que Carlos IV abdicara el 19 de marzo en Fernando VII y éste a su vez en Napoleón, el 6 de mayo. El Rey José promulgó el 7 de julio de 1808 la Constitución de Bayona. La redacción de su art.96, que mandaba la unidad legislativa en materia civil y criminal, era producto de la defensa del derecho patrio, que se hizo por los representantes del Consejo de Castilla, en Bayona, frente a los términos del art. 53 del Proyecto, que había sido supervisado por Napoleón y que proponía que el Code de Napoleón formara parte de las leyes del Reino.

Se nombró, por Decreto de 8 de junio de 1809, una Comisión para elaborar los trabajos preparatorios a las Cortes de Cádiz. Jovellanos redactó una “Instrucción” en la que se indicaba el sistema de elección de Diputados en Cortes. Después de un difícil y complejo proceso, la Junta de Regencia convocó Cortes Generales y Extraordinarias mediante Decreto de 1 de enero de 1810, y se reunieron, finalmente, en Cádiz el 24 de septiembre del mismo año, en una sola Cámara.

3.1 La propuesta de Espiga y Gadea.

La voz foralista del diputado Aner de Esteve.

Las primeras Comisiones para redactar el Código civil.

La propuesta que presentó el diputado D. José Espiga y Gadea, en la Sesión

49 - Así el art. 258 Constitución 1812; art. 4 Constitución de 1837; art. 91.3 Constitución de 1869; art. 75 Constitución de 1876.

de Cortes de 9 de diciembre de 1810, decía: “Habiendo sido convocadas las Cortes Generales y Extraordinarias no sólo para formar una Constitución, sino también para reforzar nuestra legislación, y conteniendo ésta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de Hacienda, otra para el comercio y otra para el plan de educación e instrucción pública”⁵⁰. Se debatió esta propuesta en la Sesión de las Cortes Generales y Extraordinarias de 5 de febrero de 1811⁵¹. Una de las Comisiones que debía nombrarse tenía la tarea de redactar la reforma de la legislación civil. En el debate, el diputado Sr. Aner de Esteve, representante por Cataluña (de talante foralista como Dou, que fue vocal de la Junta Superior de Cataluña), dice que la propuesta del Diputado Sr. Espiga tiene dificultades en cuanto a la composición de la Comisión; partiendo de la necesidad de reformar toda la legislación que regía en toda la Monarquía, argumenta: “mas como ésta es tan distinta en cada provincia, según sus usos y costumbres, sería preciso que en cada una de ellas se nombrase una comisión para proponer a V.M. lo que creyeren útil”⁵². Son las primeras voces de atención a la diversidad legislativa.

Las respuestas⁵³ a la Consulta al País ya pusieron de relieve, en sus Dictámenes, la discrepancia entre los territorios de la llamada Corona de Castilla y los territorios de la antigua Corona de Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca (de Zaragoza, parece que se perdió, ya que no se conserva; o bien no se dio respuesta a la Consulta). Los primeros entendieron que era conveniente que rigiera en toda la nación un mismo Código; los segundos manifestaron que debían restablecerse “las peculiaridades de su derecho, que los Decretos de Felipe V habían reducido pero no anulado”⁵⁴.

Las discusiones sobre el texto constitucional y sobre si debían formarse Comisiones con personas ajenas a las Cortes para que redactaran el borrador de Código civil, agotaron el período parlamentario para dar respuesta a la propuesta de Espiga y Gadea.

50 - Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, sesión del día 9 de diciembre de 1810. Puede consultarse en Biblioteca Virtual Cervantes.

51 - Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias; sesión del día 5 de febrero de 1811; n° 132, pp. 499 y ss.

52 - Diario de Sesiones..., n° 132, cit. Pág.502. Hemos hecho referencia en la opinión vertida por Mallorca en respuesta a la consulta al País, en la línea que presentan los diputados Aner y Dou (ver nota 47; 48 y 48).

53 - De los que se han conservado, y según las Consultas que se enviaron, ya que no hay clara constancia de ellos por no saber si se han perdido o no llegaron. Ver *Cortes de Cádiz. Informes 1. Oficiales sobre Cortes Baleares*. Seminario de Historia Moderna. Ediciones Universidad de Navarra 1967., pp. 21, donde dice que no hay acuerdo entre Jiménez de Gregorio; Artola y Arriazu. Señala una lista de las circulares de 24 de junio y de 30 de junio, así como de la recepción de los infomes.

54 - GIBERT, Rafael, “La codificación civil”, cit., p. 910.

En la Sesión del día 23 de septiembre de 1811⁵⁵ de Cortes Generales y Extraordinarias se presentaron los nombres de los miembros de las cinco Comisiones que había propuesto Espiga. Los vocales para redactar el Código Civil eran Soto Posada; Cortavarría; Ruíz del Burgo; Cano Manuel; Pérez Villamil; Madrid Dávila; Montemayor; Domingo Benítez; Vallejo; Santurio; de Ayesa; y de Aguilar.

Poner en práctica esta propuesta, en el ámbito civil, no era tarea fácil. En Cádiz se tenía conocimiento del Derecho castellano, pero se desconocía el Derecho foral; tampoco tenían textos para su consulta.

Los principales artífices de la primera Constitución liberal del país, que se aprobó el 19 de marzo de 1812, fueron Argüelles; Pérez de Castro, y Muñoz Torrero, un sacerdote de marcada tendencia liberal que presidió la Comisión.

Promulgada la Constitución de Cádiz, el 23 de marzo de 1812, su art. 258 decía⁵⁶: “el Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

Se inició la discusión sobre el sistema para convocar nuevas Cortes ya ordinarias y fijar las bases; se barajaban las fechas de 1813 o 1814, por razón de tiempo para reunirlos. Se entendió que las Cortes extraordinarias, aunque estuvieren cerradas las sesiones, no se iban a disolver y se convertían en ordinarias hasta que se reunieran los nuevos Diputados que sustituirían a los anteriores para comenzar la nueva legislatura. El 9 de abril se presentó el proyecto de Decreto de convocatoria, que iría acompañado de dos Instrucciones, una para el territorio peninsular e islas adyacentes, y otra para los territorios de Ultramar. El Decreto de 23 de mayo de 1813, convocaba Cortes ordinarias para el 1 de octubre del mismo año.

Las Cortes extraordinarias se cerraron el 14 de septiembre de 1813, sin haber nombrado las Comisiones para la redacción del Código civil. Por otras razones⁵⁷, la Diputación Permanente, acordó convocar nuevas Cortes Extraordinarias para tratar el traslado del Gobierno y de las Nuevas Cortes

55 - Diario de Sesiones, n.º 356, p. 1901. Biblioteca Virtual Constitución 1812. Fundación Centro de Estudios constitucionales.

56 - Otro de los aspectos de la Constitución fue el papel del Tribunal Supremo de Justicia, que tuvo una importante labor de unificación legislativa a través de la jurisprudencia, alterando los ánimos de los foralistas

57 - SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, p.288. *Historia General de España y América: Del Antiguo al Nuevo Régimen* (libro electrónico):

http://books.google.es/books?id=T6hbEOvZz6AC&pg=PA291&lpg=PA291&dq=legislatura+1813+1814&source=bl&ots=t03i23_Mat&sig=WFMm2LJbAb8WwvOWShhizy4Oc8&hl=es#v=onepage&q=legislatura%201813%201814&f=false

a Puerto de Santa María, por una epidemia de fiebre amarilla que asoló Cádiz. Este Acuerdo se expidió por Orden, firmada a las 9.30 h. de la noche, por el Secretario Sr. Olmedo, del día 16 de septiembre de 1813. A los pocos minutos entraron los Señores Diputados y permanecieron reunidos, del 16 al 20 de septiembre.

Las Cortes Ordinarias estaban convocadas para el 25 de septiembre, día en el que juraron sus cargos los nuevos Diputados. La primera legislatura duró del 1 de octubre, en que se reunieron en acto inaugural, hasta el 19 de febrero de 1814; la segunda desde 25 de febrero de este mismo año, hasta el 10 de mayo de 1814. Por Baleares nombraron Diputados a D. Ramón Despuig y Zaforteza, Conde de Montenegro y de Montoro; D. Miguel Fluxá; y D. Esteban Briones, sólo en la segunda legislatura.

Pendiente el nombramiento de las Comisiones para redactar el Código Civil, en la sesión de Cortes ordinarias de 1 de octubre de 1813 se nombró una Comisión mixta⁵⁸ para que, dando cumplimiento al artículo 258 de la Constitución, redactara un borrador de anteproyecto de Código Civil, compuesta por D. Francisco Javier de Castro; D. Mariano Mendiola; D. Mateo Norzagaray; D. José Antonio López de la Plata y D. Ramón Utgés. Esta Comisión manifestó las dificultades para iniciar su labor, la falta de material de consulta y de tiempo.

En la segunda legislatura, en la Sesión Extraordinaria de la Noche de 30 de marzo de 1814⁵⁹, “el Sr. Presidente mandó se leyese la propuesta de la Comisión de los individuos que deben ayudar a preparar los trabajos del Código civil, y en seguida se procedió al nombramiento. Quedaron elegidos, después de cinco votaciones, los diputados Utgés, Espiga Gadea, Sombiela, Ruíz-Dávila y Marina”⁶⁰.

Estas Comisiones no iniciaron sus trabajos, ya que el 4 mayo de 1814 el Rey Fernando VII disolvió las Cortes.

3.2 La restauración del absolutismo. Los Proyectos unitarios, el menosprecio a los derechos forales.

Fernando VII de 1814 a 1829 restauró el absolutismo, derogando la Constitución de 1812. El 1 de enero de 1820, en Cabezas de San Juan, se produce el pronunciamiento militar encabezado por el Teniente Coronel

58 - Biblioteca Virtual. Fundación Centro de estudios Constitucionales 1812; Actas de las Sesiones ordinarias, Sesión del Día 1 de octubre de 1813, N° 1, p. 9.

59 - Biblioteca Virtual. Fundación Centro de estudios Constitucionales 1812; Sesión de la Noche de 30 de marzo de 1814, n° 39, pág. 197.

60 - LASSO GAITE, añade a esta Comisión los nombres de Tamaró y de Lardizábal; sin embargo he contrastado con el Diario de sesiones de esta fecha y no figuran en él.

Rafael de Riego, que dio lugar al llamado Trienio Liberal. El Rey Fernando VII, después de jurar la Constitución de 1812, de forma obligada, convoca Cortes unicamerales.

Se inicia la codificación civil mediante la redacción de tres Proyectos unitarios, que no van a alcanzar sanción legal; entre otras causas, por la llamada cuestión foral. Para iniciar los trabajos codificadores se tenía que nombrar la Comisión redactora. Se dio cuenta en las Cortes de las dificultades de las anteriores Comisiones y se autorizó a la Comisión de Diputados que nombrara otros miembros para auxiliarse con personas externas a la Comisión.

Las Cortes nombran la Comisión redactora del Código civil en sesión del 22 de agosto de 1820⁶¹. La propuesta del nombramiento de tres comisiones, pudiéndose nombrar otros “individuos de fuera de las Cortes” había partido del Diputado De La Santa, el 16 de julio de 1820. El nombramiento de la Comisión para el Código civil recayó en el catedrático D. Nicolás María de Garely, ilustre jurista que ya había colaborado con Reguera de Valdelomar en la Novísima Recopilación, y que fue Presidente del Tribunal Supremo y Ministro de Justicia (nombrado por el Presidente Martínez de la Rosa, el 14 de octubre de 1834). A este liberal moderado se le nombró Presidente de la Comisión redactora del Proyecto de Código civil, tomando parte activa en la elaboración del primer Proyecto incompleto de 1921. Los otros miembros nombrados vocales de esta Comisión eran los Diputados Antonio Cano Manuel; Pedro de Silves; Martín de Hinojosa; Juan de la Cuesta; Felipe Navarro; y Juan N. Fernández.

a) Los proyectos del Código civil de 1821 y 1836.

El resultado del trabajo de la Comisión se concretó en 476 artículos, correspondientes al Título Preliminar y al libro I y II de la Primera Parte inconclusa. Garely, como Presidente de la Comisión, leyó en la sesión de Cortes de 19 de junio de 1821 el discurso Preliminar y dio cuenta del índice y estructura del proyecto. El 18 de julio el Diputado San Miguel leyó el Título Preliminar y se mandó imprimir. Al empezar la nueva legislatura en la sesión de Cortes extraordinarias el 24 de septiembre de 1821, se constituyeron las Cortes extraordinarias, y se procedió a la elección del Presidente de las Cortes, que del escrutinio recayó en el Obispo de Mallorca, D. Pedro González Vallejo⁶².

61 - Diario de Sesiones de 22 de agosto de 1820, Tomo I, p. 610.

62 - Fue nombrado Obispo de Mallorca el verano de 1819 y tomó posesión de la Mitra episcopal en diciembre de 1820. Su talante liberal le llevó a cerrar el Palacio de la Inquisición de Mallorca, mandando demoler el Edificio. El 13 de julio de 1834, la Reina Isabel II le otorgó la dignidad de Prócer del Reino y el 10 de octubre de 1835 de Presidente del Estamento de Ilustres Próceres.

En la Sesión de 15 de octubre⁶³ y en días sucesivos, el diputado Fernández San Miguel inició la lectura de la primera parte incompleta del proyectado Código civil, la correspondiente a los libros I y II faltando el libro III. Este proyecto se inspiraba, en ciertos aspectos, en el *Code* francés y en los Códigos de Prusia y Austria, aunque tenía más carácter de Código político que estrictamente civil; y, principalmente, olvidaba los derechos civiles forales, como ya apuntaron los Diputados catalanes Sr. Dou y Sr. Aner.

Este trabajo incompleto será el punto de partida para la nueva Comisión que elaboró el llamado Proyecto de 1836.

En abril de 1823, los Cien Mil Hijos de San Luis, bajo el mando del Duque de Angulema, después del acuerdo tomado en el Congreso de Verona en 1822, invadieron España, con el fin de restaurar los poderes absolutos a Fernando VII. Fue el fin del Trienio liberal, y el comienzo de la llamada década ominosa de 1823 a 1833. En 1830, Fernando VII publicó la Pragmática Sanción que abolía la ley Sálica, y en 1833 nombró heredera a su hija Isabel, que a la muerte del Monarca fue proclamada Reina Isabel II, bajo la regencia de su madre la Reina María Cristina.

En 1832 se publicó una importante obra, de carácter privado, de Pablo Gorosabel, “Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los Códigos modernos”. A ésta le siguieron, en 1843, dos estudios más sobre la obra de 1832; Fernández de la Hoz, que era Presidente de la Comisión de Codificación, publica en 1843 “El Código civil redactado con arreglo a la legislación vigente”, sobre el Libro II, dedicado a la propiedad; y otro⁶⁴, también de redacción privada, que introduce la facultad de goce al derecho de propiedad. Publicados en distintos momentos, los tres constituyen uno solo, ya que los que le siguen explican y modifican el de 1832. Aún siendo, Gorosabel, de territorio foral, es partidario de la unificación.

Por Decreto de 9 de mayo de 1833, el Rey Fernando VII nombró al ilustre jurista D. Manuel María Cambronero para redactar el anteproyecto de Código civil. Cambronero se ayudó con los anteriores estudios de las Cortes, pero sus trabajos se vieron truncados por su muerte.

Fallecido Fernando VII el 29 de septiembre de 1833, bajo la Regencia de María Cristina de Borbón, el Presidente del Gobierno Martínez de la Rosa nombra Ministro de Gracia y Justicia, el 14 de enero de 1834, a Nicolás María Garelly; éste, por Decreto de 29 de enero de 1834 nombra, por vez primera a unos juristas extraparlamentarios, D. José Ayuso Navarro y a

63 - Legislatura extraordinaria, Diario de Sesiones Tomo I, N° 2 , p. 255.

64 - “*El Código civil español redactado en vista de los diferentes cuerpos del derecho y demás leyes, decretos y reales órdenes que se han publicado en España hasta el día*”. Barcelona 1943.

D. Eugenio de Tapia, y como auxiliar al Sr. Cobo de la Torre, que fue sustituido por D. Francisco Pacheco, y éste, a su vez, por D. José María Claros, que definitivamente quedó sustituido, el 6 de octubre de 1835, por Tomás María Vizmanos. La situación de inestabilidad de los gobiernos va a incidir en la tramitación del proyecto. Se restablece la Constitución de Cádiz por Decreto de 13 de agosto de 1836; el 21 de agosto de 1836 se convocan Cortes Constituyentes y se promulga la nueva Constitución el 18 de junio de 1837.

Los tres miembros de la Comisión, Ayuso, Tapia y Vizmanos, el 15 de septiembre de 1836, firman el Proyecto de Código civil, que lo elevan al Gobierno. El Proyecto pasa a las Cortes Constituyentes por Real Orden de 16 de noviembre de 1836, para iniciar la tramitación parlamentaria y se nombró la Comisión que no pudo formular el dictamen ya que el proyecto decayó por finalizar la legislatura el 4 de noviembre de 1837.

El proyecto de 1836⁶⁵ ha sido un trabajo que ha tenido poca relevancia a pesar de la rigurosidad del proyecto; atendió al derecho histórico y formuló una estructura propia, distinta al Código francés.

b) El intento unificador del Proyecto de 1851. La primera objeción a la uniformidad.

El Proyecto de 1851 ha sido estigmatizado como el causante del despertar de la “cuestión foral”, por su marcado carácter uniformista. Se ha pretendido trasladar la idea que la codificación exclusiva del derecho castellano fue la causa del rechazo del proyecto, aún frente a la perfección técnica del Proyecto que se presentaba. Las razones no son tan nítidas. Será necesario seguir todo el proceso de redacción del Proyecto para determinar las causas de su fracaso.

El 23 de mayo de 1845 se promulgó la nueva Constitución, que en su artículo 4 decía: “Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía”; los mismos términos que el artículo 4 de la Constitución de 1837 que también ordenaba la uniformidad y añadía la unidad de fuero⁶⁶.

Queda analizar la técnica utilizada para la elaboración del Proyecto y determinar las causas de su fracaso.

1º. La Comisión de Codificación; el desplazamiento de las Cortes a favor del Gobierno para la elaboración del Proyecto del Código civil.

Siendo Presidente, de aquéllos fugaces gobiernos, Joaquín María López, que lo fue por dos veces (de 9 mayo al 19 del mismo mes de 1843 y desde 23

65 - No podemos detenernos en su estudio.

66 - “Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”.

de julio de 1843 hasta el 10 de noviembre del mismo año) de los cuatro gobiernos progresistas que se sucedieron en 1843, se creó mediante Decreto de 19 de agosto de este año⁶⁷ la Comisión General de Codificación, bajo la presidencia de D. Manuel Cortina que, por causas políticas, fue sustituido por D. Juan Bravo Murillo, nombrado por Real Orden de 15 de mayo de 1844; el 20 de junio se nombró Vicepresidente a D. Florencio García Goyena. La Comisión la formaban 18 vocales. Se constituyó el 16 de septiembre y se acordó dividirla en cuatro secciones.

La Comisión fue disuelta por el Ministro de Gracia y Justicia, D. Joaquín Díaz Caneja por Decreto de 31 de julio de 1846.

La creación de la Comisión de Codificación era un giro importante a la técnica utilizada hasta el momento. Los proyectos de Códigos se habían elaborado en el seno de las Cortes, y a partir de la creación de la Comisión se hurta a las Cortes las directrices y elaboración del texto del proyecto, quedando en manos de la Comisión y, en definitiva, del Gobierno.

Este es el sentido en el que se manifiesta la Comisión General cuando el Ministro Mayans consulta si los Códigos deben ser aprobados, “autorizados”, por las Cortes; la respuesta es que “la Comisión entiende que éstos no pueden ser discutidos en las Cortes, ya por su extensión, ya porque peligraría la unidad de pensamiento, de redacción y de orden. Menos puede discutirse uno aisladamente, puesto que todos deben guardar una perfecta unidad, correspondencia y armonía. Y la discusión aislada de las bases generales de los Códigos produciría inmensos, gravísimos inconvenientes”⁶⁸. La propia Real Orden del Ministro de Gracia y Justicia de 12 de junio de 1851, en el Considerando 3º califica como un derecho potestativo la acción de presentar el proyecto a las Cortes “que por lo mismo es conveniente y necesario que antes de tomar resolución definitiva, sin perjuicio de que el Gobierno pueda presentar á las Cortes, desde luego, los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia...”⁶⁹.

2º. Las Bases Generales de la Comisión de Códigos, la Base tercera como regla de respeto a los derechos forales en la elaboración del Proyecto.

La Comisión de Códigos, el 7 de marzo de 1844, elevó a la consideración

67 - LASSO GAITE, transcribe el Decreto en nota 4, pág. 152, de *Crónica...*, cit.. También BARÓ PAZOS, J. explica el Decreto y los trabajos de la Comisión, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992. <http://vlex.com/vid/baro-pazos-codificacion-cantabria-322-326976#ixzz1PoBNuw5x>

68 - Legajo 4 de Comisión, doc.204, firmado por BRAVO MURILLO. Lo cita LASSO GAITE, *Crónica...cit.*, p. 157.

69 - GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*. Reimp., de la Ed. Madrid 1852. Zaragoza 1974, pág. XIII, reproduce la Real Orden.

del Gobierno, seis Bases Generales para su aprobación, de las cuales aprobó cuatro. De las cuatro haremos referencia a la tercera, específica para la elaboración del Código civil, decía que “el Código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni las esperanzas creadas por las mismas legislaciones”. El mismo 1844, la Sección del Código civil propuso, y fueron aprobadas por el pleno de la Comisión, las 53 Bases. Sobre ellas la Sección redactó el Proyecto de Código civil.

3º. La nueva técnica de elaboración del Proyecto. La Base General segunda, distinción entre “unidad” y “uniformidad”.

Sobre las seis Bases hubo discusión y en el discurso que pronunció Domingo María Vila, el 20 de septiembre de 1843⁷⁰, mantenía que, en la Base General segunda, debía distinguirse el término constitucional “unidad”, del término “uniformidad” del Código civil. El texto de la Base decía que no se reconocerá en los Códigos fuero alguno especial, sino por razón de las cosas o materias, estableciéndose uno sólo para todos los españoles en los juicios civiles y criminales. Se cuestiona que, si la uniformidad es más cómoda para jueces y gobernantes lo es también para los pueblos. Refiriéndose a los derechos civiles forales entiende que no debe superponerse la comodidad al bienestar de las provincias, por todo ello presenta una enmienda a esta Base General segunda en la que propone que se añada: “respetando en lo posible las leyes y costumbres existentes”. Es una primera objeción a la uniformidad del Código civil, recordando la diversidad legislativa de algunas regiones, que plantea el Catedrático de la Universidad de Barcelona Domingo Vila, influenciado, ya, por la Escuela Histórica a raíz del discurso de D. Pedro José Pidal que será el primero en hacerse eco de la doctrina de Savigny.

La Base sexta se redactó en referencia a los territorios de Ultramar, que implicaba la extensión de la vigencia de los Códigos a aquellos territorios. Los términos de la Base sexta son: “los Códigos deben por regla general ser aplicables a las provincias de Ultramar, estableciendo una ley las excepciones que debieran hacerse de este principio”.

El 23 de noviembre de 1844 García Goyena, como Presidente de la Sección, entregó para su discusión a la Comisión General la redacción del Libro I del Código civil; y el 2 de marzo de 1845 presentó el Libro II. Cuando la Comisión discutía el Libro III, que se presentó a debate el 20 de mayo, quedó abolida por Real Decreto de 31 de julio de 1846.

Pasados unos meses desde la disolución de la anterior Comisión, por Real Decreto de 11 de septiembre de 1846, se designó una nueva presidida

70 - Lo relata LASSO GAITE, que también transcribe parte de las bases que interesan a nuestra materia en nota 10; *Crónica...*, cit. p. 155.

por D. Juan Bravo Murillo. Fueron nombrados vocales, D. Florencio García Goyena; D. Claudio Antón de Luzuriaga; D. Manuel Seijas Lozano; D. Pedro Jiménez Navarro; D. Manuel Pérez Hernández. Posteriormente se nombró vocal a D. Manuel García Gallardo y a D. Manuel Ortiz de Zúñiga, para la redacción del Código civil y otra para la del Procedimiento civil y criminal. A la Sección de Derecho civil quedaron asignados Bravo Murillo, como Presidente; vocales García Goyena y Luzuriaga; y como Secretario Sánchez Puy.

Las dos Comisiones redactaron el anteproyecto de Código civil; la primera el Libro I y II, iniciando el Libro III; la segunda Comisión terminó el Libro III y la revisión unitaria final a cargo de García Goyena y de Luzuriaga. Finalizado, lo firmaron el 30 de abril de 1850 Bravo Murillo; García Goyena; Luzuriaga y Sánchez Puy, aunque García Goyena tuvo una actuación destacada, como lo prueba la posterior publicación de su obra "*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*"; y, en menor medida, el proyecto es obra de Luzuriaga y los otros miembros de la Comisión⁷¹.

La Comisión procedió a la revisión definitiva, leyendo todo el Código y haciendo las modificaciones pertinentes. El 21 de diciembre de 1850 se había completado toda la revisión y así lo comunicó García Goyena al Ministro. Finalmente lo presentaron al Ministro de Gracia y Justicia, D. Ventura González Romero el 5 de mayo de 1851, que lo sometió a información pública.

La Real Orden de 12 de junio de 1851, en su considerando 3º, manda: 1º, "que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual, titulado *El Derecho Moderno*⁷², *Revista de Jurisprudencia y Administración* (...), para facilitar su examen y estudio"⁷³. La medida fue tomada con la finalidad, según el considerando 3º, 2º "que esciten todos los Tribunales del fuero común para que espongan lo que estimen conveniente..." y 3º "(...) los demás tribunales especiales; de las autoridades (...) los Colegios de Abogados del Reino, de las facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar (...)". En el mandato 4º del considerando 3º de la Real Orden, determina "que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de mi cargo antes del 1º de enero próximo". Se presentaron las objeciones pertinentes⁷⁴.

71 - BARÓ PAZOS, Juan, entiende que la aportación de García Goyena no es tan exclusiva como se ha mantenido, *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander 1992, p. 106 y ss.

72 - Esta Revista, creada en 1848, dirigida por D. Francisco Cárdenas tuvo corta vida, ya que el Tomo XI fue el último, y quedó sustituida por la Revista de Legislación y Jurisprudencia, creada por José Reus e Ignacio Miquel.

73 - GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* cit., p. XIII.

74 - Se puede consultar las objeciones que se presentaron, LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pp. 241 a 285, que hace un exhaustivo análisis de cada una de ellas.

García Goyena, en el Prólogo de su obra *Concordancias*, también remarca este aspecto⁷⁵. El temor a la publicación del Proyecto lo podemos encontrar en los términos de la Real Orden, que impulsa el previo debate a una obra de esta trascendencia “(...) por la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la Monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias que por lo general se observan los Códigos de Castilla (...) .Por ello, antes de tomar resolución definitiva (...), se discuta previamente y se ilustre y prepare la opinión”.

4º Las observaciones al Proyecto y la buena acogida en los territorios forales, excepto en Mallorca.

Las observaciones que se formularon al Proyecto fueron muchas. Llama la atención la buena acogida del Proyecto en territorios de derecho civil propio. Así se manifiesta la Audiencia de Zaragoza⁷⁶; posteriormente, en el debate de la Ley de Bases del Código civil, el diputado Gil Bergés presentará la redacción del art. 7 en aras de la concordia, que seguirá Mallorca. Las Audiencias de Barcelona y de Valencia también se congratulan de la unidad legislativa manifestando que se ha sabido aunar las leyes antiguas con los adelantos del siglo.

La Audiencia de Mallorca fue más beligerante con el Proyecto de 1851 formulando las pertinentes observaciones; planteó la dificultad de su aprobación a causa de la regulación del régimen de gananciales como régimen económico matrimonial legal supletorio. En sus observaciones inicia el comentario diciendo “Grandioso y laudable es por cierto el pensamiento que informan nuestras leyes, porque una nación que guarda unidad en el orden político y religioso, debe guardarla también en el orden civil. Desde luego se comprende que es más difícil variar éste que cambiar el sistema político, porque el civil afecta a intereses más inmediatos a las partes, sin que el poder público intervenga en ellos, y en el orden político la autoridad lo dispone todo (...), ciertas materias del Derecho civil se rigen por usos particulares profundamente arraigados en sus habitantes, que naturalmente han de oponer una resistencia de opinión a pasar al régimen civil general que se va a establecer”. Dicho lo cual, y después de alabar el Libro III, sobre la

75 - “La publicación de esta obra contribuirá (...) para que los tribunales, colegios de abogados y demás corporaciones (...) hagan con mayor conocimiento y acierto sus observaciones sobre el proyecto del código civil, á fin de que se mejore y perfeccione en lo posible”.

76 - Dice la Audiencia que se congratula de ver próxima a satisfacerse la necesidad, pedida ya en las cortes de D. Juan II, de un Código único, claro, metódico y acomodado al estado social del país. Tampoco la Audiencia de Barcelona es beligerante.

propiedad y los modos de adquirirla, presenta su disconformidad con algunos de los preceptos del Proyecto, entre ellos, el sistema legitimario y mejoras y se adhiere al sistema que rige en su territorio. También manifiesta que el régimen legal supletorio regulado en los arts. 1308 y siguientes, sobre los bienes gananciales, no es conocido en Mallorca ni lo es cualquier clase de sociedad conyugal. Sobre este punto ninguna otra Audiencia hace observación alguna. La redacción del art. 1237 dificultaba el mantenimiento del régimen económico matrimonial balear, que históricamente fue el régimen dotal⁷⁷.

5º El respeto del Proyecto de 1851 a los territorios de derecho propio.

No se puede dudar que el Proyecto de 1851 fue una obra maestra, respetuoso con la Constitución. El antes citado art. 1237 pone de manifiesto que el art. 4 de la Constitución no permite otra alternativa, por esto, con el fin de cohonestar Constitución y derecho foral, se añade una transitoriedad recogida en el art. 1263 y 1264. Ha sido tildado de antiforalista, y se ha atribuído la falta de sanción legal a este aspecto. Bien es cierto que existió este temor, por lo que se planteó la previa discusión mediante las observaciones formuladas por las Audiencias.

El estudio detenido de su articulado demuestra que, sus autores (García Goyena y Luzuriaga), tenían presente los anhelos de los territorios forales. Los comentarios que añade García Goyena en sus *Concordancias* revelan esta inquietud. A modo de ejemplo son ilustrativas las palabras que comentan algunos artículos del Título VI del Libro III, en la Sección II, del Capítulo II que titula “De las Donaciones Matrimoniales, hechas para después de la muerte del donador, y de las mejoras por contrato entre vivos”; recuerda en el art. 1253 la importancia de las donaciones universales para algunos territorios forales: “donaciones universales de bienes presentes y futuros por causa de matrimonio eran muy usadas en las provincias de Fueros, donde la legítima de los hijos no pasaba de ser por derecho meramente nominal y formularia, aunque los padres donadores proveían al mismo tiempo á la carrera ó colocación de los otros hijos é hijas, bien reservándose una cantidad alzada de que podían disponer para este efecto, bien señalándola desde luego á cada uno de ellos, bien imponiendo al donatario la obligación de darles carrera y mantenerlos hasta que tuvieran cierta renta, o de colocarlos según el estado de la casa...”. En la Sección III “de las Donaciones Matrimoniales de un esposo a otro”, el comentario al art. 1263 refleja, magníficamente, el valor que tenían las capitulaciones matrimoniales en Baleares, al decir “la importancia de estas capitulaciones en las provincias de Fueros: eran como un tratado de alianza ofensiva y defensiva entre dos familias; participan de

77 - Como en Cataluña, los regímenes dotales quedaron convertidos en régimen de separación de bienes cuando la dote cayó en desuso.

contratos y de últimas voluntades: formaba el Código *convencional* de las familias, y regulaban sus derechos, estado y porvenir: las capitulaciones eran la familia”; es un espléndido reflejo del vigente art. 66 de la CDCIB. Incluso, el art. 1264 regula una etapa transitoria de 10 años de mantenimiento del derecho foral en la materia que nos ocupa.

Se ha querido hallar el carácter antiforalista en la Disposición Final del proyecto condensada en el artículo 1992, derogatorio de todos los derechos forales; los términos: “Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores á la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias á las disposiciones del presente Código”, era, efectivamente, un torpedo en la línea de flotación de los derechos de los territorios forales; ahora bien, la redacción es la propia de una Disposición Derogatoria del derecho anterior, que debía incluir. Seguramente faltó aunar los derechos civiles territoriales con el derecho de Castilla. Hallar la causa del fracaso del Proyecto de 1851 no es tarea simple. Los autores más implicados en su redacción eran de territorio foral; García Goyena, navarro; Luzuriaga, como hijo de un país de fueros, ya defendió ante las Cortes en 1839 los fueros de Guipúzcoa y Vascongadas diciendo que “forman como ley doméstica, con la cual están sus habitantes connaturalizados; ¿y es prudente, es político querer romper bruscamente, con violencia, los hábitos de un pueblo cuya tenacidad era ya proverbial en España y de la cual acaban de dar un ejemplo tan enérgico como lamentable?. No, señores...”⁷⁸.

Las causas del fracaso van unidas a otros matices, como han puesto de relieve notables juristas⁷⁹, aportando como ejemplo de sensibilidad foral la regulación de una institución tan catalana como la de la *rabassa morta*. Esta opinión que merece ser compartida parece adecuarse mejor a la labor codificadora de tan insignes juristas, que, como se ha indicado, en el comentario de García Goyena de *Concordancias*, se puede apreciar el profundo conocimiento del derecho foral y la inquietud por justificar la redacción unificadora de las instituciones.

No es aventurado mantener que el problema no fue sólo la uniformidad, incluso afirmar que no se planteaba una cuestión de antiforalismo, si tenemos en cuenta las observaciones formuladas al Proyecto por las

78 - Diario de Sesiones, Tomo I, nº 35, Sesión de 5 de octubre de 1839, pp. 630 y ss.

79 - SALVADOR CODERCH, P, “El Proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán”. *Revista Jurídica de Cataluña* 1980/81, p. 49 y ss. También, el recientemente fallecido profesor Carlos MALUQUER DE MOTES, en “El Código civil o la Codificación del derecho castellano”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, pp. 1221 y ss.

Audiencias de territorio foral, donde se manifiestan, incluso, elogios a la unidad.

Todavía no había hecho suficiente mella los postulados de la Escuela Histórica y su posición frente a la codificación. El momento político no fue el idóneo, faltaba la transformación real del Antiguo Régimen⁸⁰ como fundamento para la codificación.

6º La influencia del Proyecto de 1851 en la codificación iberoamericana.

Se había dado el primer paso. La obra de García Goyena, comentando la justificación de cada artículo tuvo un impacto⁸¹ importante en el avance del derecho. Era el primer paso hacia un derecho moderno, sistematizado. La repercusión de este Proyecto y en particular, el estudio de García Goyena, en las *Concordancias*, trascendió a los países iberoamericanos, influyendo en aquellas codificaciones⁸², así en el Código civil de México, de Argentina y, principalmente el Código civil Chile (1857), de Andrés Bello, por la calidad e influjo que tuvo este código, que fue adoptado por otros países, como los de El Salvador 1859; Ecuador de 1860; Venezuela de 1862; Nicaragua de 1871; Colombia de 1873; Honduras de 1880; también tuvo influencia en el Código de Guatemala, 1877; en el de Costa Rica 1886; en el Código de Uruguay de 1868; e, indirectamente en el de Paraguay 1876.

La obra de García Goyena fue, incluso, el punto de partida de numerosos estudios de juristas españoles.

El proyecto de Código civil isabelino fue una obra maestra aunque no se llegara a promulgar.

Por la Real Orden de 14 de octubre de 1853, el Ministro D. José de Castro Orozco distribuyó el plan de trabajo, ordenando, en la materia que nos ocupa, que se procediera a la exposición de las reformas que debían introducirse en el Código civil a la luz de los informes evacuados por las Audiencias y los Colegios de Abogados. Posteriormente por Real Decreto de 18 de noviembre de 1853 se faculta al Ministro de Gracia y Justicia para “que presente a la deliberación de las Cortes el Proyecto de Ley sobre que se

80 - Es opinión de MALUQUER DE MOTES que fue “inoportunidad del propio proceso, por cuanto este no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal”. “La codificación civil en España (síntesis de un proceso)” *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 1084 y ss.

81 - Ver LACRUZ BERDEJO, L. “Las “concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 501, 1974.

82 - Ver, entre otros, un estudio sobre esta influencia en BARÓ PAZOS, *La codificación del ...*, cit, pp. 151 a 161. LASSO GAITE, *Crónica...*, p. 292 y ss. DE LOS MOZOS, J.L. “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el código civil de Andrés Bello”. *RGLJ* 1978-I, pp. 458 y ss.

le autorice publicar como tal el Código civil discutido y aprobado por la comisión, con las reformas que oyendo a la misma, juzgue conveniente introducir”⁸³.

Las Cortes fueron disueltas en julio de 1854 y el 18 de agosto del mismo año quedó disuelta la Comisión. El nuevo Ministro D. Joaquín de Aguirre la reorganizó por Decreto de 21 de febrero de 1855, nombrando un mayor número de vocales para la pronta terminación del Código. El Ministro D. Cirilo Álvarez Martínez por Decreto de 1 de octubre de 1856 traza un nuevo plan de trabajo a la reorganizada Comisión de Codificación, pero el Proyecto de 1851 no llegó nunca a las Cortes para su tramitación. Aún así, la impronta de este non nato texto legal la encontramos en la Base 1ª de la Ley de Bases de 1888, al constituirse en modelo para la redacción del Código civil de 1889, en estos términos “El código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho patrio...”.

Hasta este momento no se logró promulgar el Código civil; las razones no sólo fueron debidas al carácter unitario de los Proyectos, tomando como base el Derecho de Castilla y olvidando los Derechos Civiles Territoriales. El problema del olvido fue por otras razones, que ya se han apuntado, el desconocimiento y la dificultad de estudio de unos derechos conocidos tan sólo en su ámbito territorial, como posteriormente se pondrá de manifiesto en el Congreso de Zaragoza de 1946.

El punto de batalla de la codificación civil fundamentado en relegación de los derechos civiles territoriales se iniciará como consecuencia del movimiento de la Escuela Histórica.

3.3. La influencia de la Escuela Histórica en el impulso del sentimiento de la diversidad legislativa.

El punto de partida de la Escuela histórica lo situaremos a raíz de la polémica, entre los juristas Antón Friedrich Justus Thibaut y Friedrich Karl von Savigny, suscitada por la publicación en 1814 del estudio de Thibaut, que pertenecía a la llamada Escuela Filosófica, donde preconizaba la necesidad de elaborar un solo Código para toda Alemania, con el título “*Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*”, ensalzando las ventajas de la uniformidad. Esta obra desató una polémica con Savigny, de la Escuela Histórica, que le respondió con otra reflexión titulada “*De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*” donde argumentaba que el desarrollo del Derecho quedaría paralizado por la codificación, porque el Derecho es una manifestación de los pueblos, de sus

83 - Lo cita LASSO GAITE *Crónic...* cit., p. 291.

costumbres; y la diversidad de derechos territoriales es un avance en la formación del derecho.

Savigny no era partidario de aplicar un mismo Código para toda Alemania, porque apenas existía tradición jurídica nacional; por esto preconizaba la investigación y recuperación de los orígenes del Derecho alemán. A su entender, esta pretendida unidad no respondía a la realidad y el resultado sería que quedaría unida una mitad de Alemania y dejaría la otra mitad muchísimo más separada.

Los ecos de la Escuela Histórica llegaron a España a raíz del discurso inaugural, en 1843, en la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación de Madrid de su Presidente D. Pedro José Pidal⁸⁴, que fue nombrado, por tres veces, Ministro de la Gobernación y de Estado en los gabinetes de Narváez y de Istúriz.

A partir de este momento, la línea de tensión alemana va a penetrar en España a raíz del conocimiento de la Escuela Histórica, que tuvo una importante difusión al introducir dos asignaturas de Historia del Derecho en el Proyecto de Ley General de Instrucción de 1855, para el Plan de estudios de las Facultades de Derecho, propiciado por Alonso Martínez en el Gobierno de Espartero.

Cataluña se decantó por seguir los postulados de la Escuela Histórica, y fue donde esta corriente tuvo los principales seguidores⁸⁵ de los que, uno de los más destacados fue el jurista D. Manuel Durán y Bas, que fue Presidente de la Comisión española de la Fundación Savigny. Durán y Bas, como docente, explica el Derecho a la luz de la historia, siguiendo a Savigny, expresando, más adelante, que “hi ha gran afinitat entre l’esperit de las institucions civils y l’esperit de aquelles institucions literàries dels pobles que ab ell s’han connaturalisat per a ser una de tantas manifestacions de llur vida històrica”⁸⁶.

Las aspiraciones de los territorios forales engranaban mejor con la Escuela Histórica que con la Escuela de la Exégesis que preconizaba la ley como la fuente exclusiva de la creación del derecho, no admitiendo la

84 - También trató este tema en el curso 1841-42, en el Ateneo, lo recuerda LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. p. 298.

85 - Estos juristas dedicados también a la tarea docente, en la que Durán y Bas, que fue el sucesor de Martí de Eixalá que seguía las enseñanzas y método de Pothier, fue el principal exponente en la aplicación de los principios de la doctrina de la Escuela Histórica a la particularidad y mantenimiento del derecho catalán. También formarán parte de este grupo, Permanyer y el romanista Reynals y Rabassa. GIL CREMADES, Juan José *El reformismo español Krausismo. Escuela Histórica, Neotomismo*. Ediciones Ariel. Barcelona 1969.

86 - “Relació entre l’esperit de las vellas institucions dels pobles y el de las institucions literarias populares”. *Estudios Morales, Sociales y Económicos*. Barcelona 1895, p. 216.

jurisprudencia y la doctrina como fuente creadora de normas.

En Cataluña van a conjugarse dos fenómenos que determinarán un instrumento de enaltecimiento del derecho propio frente a la codificación civil y su tendencia uniformista. Este ensamblaje se conformará mediante la penetración de la doctrina de la Escuela Histórica y con el espíritu de la “Renaixença”.

El deseo de conservar las instituciones jurídicas propias fue el germen de las posteriores dificultades para conseguir el consenso en la aprobación de un Código civil general.

3.4. El Congreso de Jurisconsultos de 1863. Conclusiones.

Finalmente, entre otras razones, esta situación y la dificultad de la codificación, condujo a que D. Joaquín Francisco Pacheco, por invitación de D. Francisco de Paula Canalejas Casas⁸⁷ convocara y presidiera en Madrid el primer Congreso Nacional de Jurisconsultos⁸⁸ los días 27 a 31 de octubre de 1863. Los dos primeros puntos de la convocatoria iban referidos a la codificación civil.

Se planteó un debate entre los seguidores de la Escuela Histórica y los de la Escuela Filosófica. La Serna⁸⁹ dice “ni el principio histórico, ni el filosófico son absolutos, ni suficiente cada uno por si solo para la codificación, pues debe hermanarse la filosofía con la historia”. Precisamente este fue el sentido de la conclusión tercera del Congreso⁹⁰ que aconsejaba al legislador esta conjunción.

Se aspiraba a redactar un Código civil, pero se constataba la dificultad de unificación por el fortalecimiento del espíritu regional de las Provincias Vascongadas, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares como consecuencia de los influjos de la Escuela histórica. Se determina en la Conclusión quinta del Congreso que en la codificación civil no debe prevalecer una legislación sobre otra de las que rigen en España, sino que debe adoptarse un criterio racional de selección de lo más aceptable de cada una⁹¹; en la discusión ya se

87 - (1834-1883), era catedrático de Literatura de la Universidad de Madrid.

88 - Da noticia del Congreso, TORRES MENA, J. “*Memorial en el pleito de la codificación*”. RGLJ, T. 46, 1875, pp. 107 y ss. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pp. 308 y ss. PALMA Y LUJÁN, Aniceto de, “*Crónica del Congreso de jurisconsultos*”. RGLJ, 1863, pp. 273-308.

89 - Lo cita LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., p. 309. GIL CREMADES, *El reformismo ...*, p. 41.

90 - Conclusión Tercera: “(...) deben hermanarse en la obra del legislador, no sacrificando éste el derecho tradicional, que es la representación viva de la manera de ser de un pueblo, a teorías abstractas ni exigencias de escuela”. PALMA Y LUJÁN, J.J. *Crónica...*, cit. p. 306.

91 - Ver GIBERT, Rafael, “La codificación civil en España ...”, cit. pp. 928. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. pp. 310.

rechazaron algunas instituciones forales como la primogenitura, la libertad de testar y la legítima simbólica.

En la conclusión sexta del Congreso se acuerda iniciar los trabajos de codificar mediante leyes especiales para todo el territorio nacional, sobre las principales materias que no admitían demora, que prepararían el camino a la codificación civil. El Diputado D. Manuel Danvila, después de proponer que el sistema a seguir era el de la legislación sectorial para todo el territorio nacional, añadió “si no se respetan las legislaciones forales, si queremos hacerlo todo de una vez, es muy posible que no tengamos nunca un Código civil”⁹².

3.5. El intento de reanudar la redacción del Proyecto del Código civil. El cuarto Proyecto incompleto.

El Sr. Sánchez de Molina Blanco, diputado en Cortes, en 1867 formuló una interpelación al Ministro de Gracia y Justicia sobre el estado de la codificación civil, manifestando que era de suma importancia que se reanudaran las tareas de redacción del Código civil. El Ministro manifestó la dificultad existente en tal empresa. Sin embargo, el primer gobierno de la revolución de 1868, “con fecha de 19 de mayo de 1869 presentó (el cuarto proyecto de Código civil) el Ministro de Gracia y Justicia, Antonio Romero Ortiz a las Cortes Constituyentes”⁹³. Este Proyecto⁹⁴ del Libro I, que contiene 429 artículos divididos en 16 títulos, no fue discutido en las Cortes. Contenía tres “innovaciones (...) obligatoriedad del matrimonio civil (art. 61), la mayoría de edad a los veintiún años (art. 208) y el establecimiento de un Registro Civil (arts.380 y ss.)”⁹⁵. El nuevo Ministro, Cristóbal Martín Herrera, lo retiró ya que regulaba el matrimonio civil obligatorio, manifestando que se redactaría una ley de Matrimonio civil⁹⁶, que se promulgó el 18 de junio de 1870 como Ley provisional, un día después de la promulgación de la Ley del Registro civil, el 17 de junio de 1870. El Proyecto de Libro I del Código civil tuvo gran influencia en estas leyes especiales.

92 - LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., p. 314.

93 - BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho Civil*, Marcial Pons, Barcelona 2010, p. 53; cita el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 21 de mayo de 1869, Apéndice 5º al núm. 79.

94 - Se discute su autoría, mientras LASSO GAITE, apuesta por el Ministro Romero Ortiz, *Crónica...*,cit, pp. 352 y ss. BARÓ PAZOS, J. también expone la opinión de Salvador Carrión, que se decanta por Felipe Mas Monzó, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1999, pp. 169 y ss.

95 - BADOSA COLL, Ferran, *Memoria...*, cit. p. 53.

96 - Ver CASANOVAS MUSSONS, ANNA, “La cuestión de matrimonio civil en el período 1869-1888. Su incidencia en el proceso de Codificación civil” *Centenario del código civil (1889-1989)*. Asociación de Profesores de Derecho civil.Tomo I, PP. 433-494. Por Decreto de febrero de 1875 se otorga eficacia civil a los matrimonios canónicos.

Las dificultades codificadoras eran evidentes; GROIZARD⁹⁷ lo pone de manifiesto en estos términos “en España la unidad del derecho es generalmente deseada (...), pero sería engañarnos y tratar de engañar á nuestros lectores si intentáramos ocultarnos y ocultarles los obstáculos que se oponen á que tan patriótica idea se realice. Entre la legislación de Castilla y Aragón hay más discordancia que entre aquella y la de la mayor parte de las naciones de Europa”.

3.6. La etapa de las leyes especiales; la técnica de unificación legislativa encubierta.

Ante la imposibilidad de conseguir la promulgación del Código civil, se inicia la etapa de la publicación de las leyes especiales generales en materia de Ley Hipotecaria; Propiedades Especiales; las citadas de Matrimonio Civil y del Registro Civil, entre otras. Esta forma de legislar era una forma de unificación legislativa encubierta que los foralistas admitieron sin presentar cuestión; incluso, Durán y Bas lo admitió con agrado⁹⁸

La codificación requería además un sustrato idóneo para plasmar unos conceptos liberales, como podían ser los de la propiedad; el matrimonio civil; porque el fracaso radica “en la inoportunidad del propio proceso, por cuanto este no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal, a saber: el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona”⁹⁹.

A este tránsito del antiguo régimen a la consolidación de las nuevas ideas liberales va a coadyuvar el llamado sexenio revolucionario, que se inicia con la Gloriosa de 1868, que destronó a Isabel II, y se constituye un Gobierno Provisional hasta que en 1870 las Cortes Constituyentes nombraron Rey de España a Amadeo de Saboya, que fue proclamado el 22 de noviembre, y con su abdicación se declara la Primera República el 11 de febrero de 1873 y se constituye el 15 de febrero.

Tras la Revolución de 1868, por Decreto de 2 de octubre de 1869 se procedió a sustituir a los vocales de la Comisión de Codificación, que habían presentado en bloque su dimisión por estar en desacuerdo con el encargo recibido de redactar una Ley de Matrimonio civil¹⁰⁰. La nueva Comisión Legislativa la formaban diez y seis vocales, divididos en una sección civil y otra penal. Esta Comisión legislativa quedó disuelta por Decreto de 11 de julio de 1872, y se procedió a nombrar una nueva.

97 - “De la codificación en España” RGLJ, T. XXI, 1862, p. 21.

98 - Así se desprende de la *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*.

99 - MALUQUER DE MOTES “La codificación civil en España (Síntesis de un proceso)”. RDP, 1981, p. 1085.

100 - Para un estudio de la cuestión CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888...”, cit. pp. 433-494.

3.7. La restauración de los Borbones y el restablecimiento de la Comisión de codificación.

Finaliza la Primera República en 1874, que duró once meses y con cuatro Presidentes. El golpe de Estado, el 4 de enero de 1874 protagonizado por el general Pavía ocupando las Cortes, determina la transición entregando el Gobierno al General Serrano que, tras la descomposición de Unión Liberal, encabezará una corriente conservadora y propicia a la Restauración de los Borbones en 1875 con la proclamación del Rey Alfonso XII. Durante su reinado, de 1875 a 1895, se pondrán las bases para la posterior promulgación del Código civil en la etapa de la Regencia de María Cristina de Habsburgo (1885-1902).

En esta etapa de la Restauración (1875-1902) existe un bipartidismo oficial del Partido Liberal conservador de Cánovas del Castillo y del Partido Liberal fusionista de Práxedes Mateo Sagasta, mediante la práctica de falsear los comicios.

Antes de la promulgación de la Constitución el 30 de junio de 1876, cuyo Presidente de la Comisión redactora fue Alonso Martínez, el Ministro D. Francisco Cárdenas restablece la Comisión General de Codificación por Real Decreto de 10 de mayo de 1875, con dos secciones: la civil, presidida primero por Rodríguez Vaamonde y después, el 30 de septiembre de 1878, por Alonso Martínez; como vocales Juan Manuel González Acevedo; Benito Gutiérrez; José M^a Manresa, Valeriano Casanueva y Domingo Rivera. La otra sección, de lo criminal, presidida por Álvarez Martínez.

La Comisión civil se enfrenta entonces con la difícil tarea de promover definitivamente el Código civil¹⁰¹, como máximo exponente del ideal codificador.

II.- La llamada “cuestión foral”. Las divergencias entre las leyes de Castilla y la legislación foral.

El momento de virulencia por mor de la llamada “cuestión foral” se había iniciado con los ecos de la Escuela Histórica; aunque no llegará a su punto álgido hasta el momento de la redacción de los Apéndices; bien es cierto que el debate en las Cortes sobre el Proyecto de la Ley de Bases del

101 - Su conclusión fue una ardua tarea. Como refleja Cárdenas, vocal de la Comisión, en su Memoria Histórica, “creen unos que el Código civil es fácil empresa (...) cuando el Código civil se ha considerado posible, se establecía una Sección Especial que se ocupara exclusivamente de redactarlo; cuando se ha estimado obra menos hacedera, se encargaba a los Magistrados y jurisperitos informar sobre el proyecto de Código presentado y no se autorizaba a la Comisión para revisarlo sino después que hubiera concluido todas sus largas tareas”.

Código civil tuvo sus momentos de tensión. Los Colegios de Abogados de los territorios forales no se mantuvieron ajenos a la polémica.

1. La reorganización de la Comisión de codificación.

Con el fin de llevar a buen término la tarea codificadora, emprendida más de sesenta años atrás, sin haber conseguido promulgar el Código civil, Saturnino Álvarez de Bugallal, Ministro de Gracia y Justicia del Gobierno de Cánovas del Partido Liberal-Conservador, inicia, para limar asperezas, un sistema transaccional con los representantes de los territorios forales. Por Decreto de 2 de febrero de 1880, reorganiza la Comisión General de Codificación, incorporando, con voz y voto a “un Letrado de reputación por su ciencia y práctica por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, Galicia y las Islas Baleares (...)”, para que, en el plazo de seis meses, redacten una Memoria sobre las Instituciones civiles que, por su vital importancia, fuera conveniente conservar y sea indispensable incorporar al Código General “como excepción para las respectiva provincias y aquellos fueros que por innecesarios o desusados, deban prescindirse”; así como se redacte una propuesta de articulado sobre tales instituciones.

2. El artículo 4 del Decreto de 2 de Febrero de 1880.

El art.4 del Decreto manda a la Comisión de Códigos que proceda a redactar el Proyecto de Código civil sobre la base del Proyecto de 1851.

El mismo 2 de noviembre de 1880 toman posesión los vocales¹⁰² de la Comisión de Códigos que habían sido nombrados por Decreto de 15 de julio del mismo año, en sustitución de los fallecidos. Presidía la Comisión Alonso Martínez, que fue Ministro de Gracia y Justicia en dos de los gobiernos de Sagasta¹⁰³, del Partido Liberal –Fusionista; y ejercía de Secretario de la misma, José María Antequera.

El sistema transaccional, con el fin de lograr la codificación civil, que presenta el Ministro de Gracia y Justicia Álvarez Bugallal, del Gobierno de

102 - Antonio Romero Ortiz; Salvador Albacete y Albert; Hilario Ugón y del Roist; y Joaquín Ruíz Cañabate, a la vez sustituido por fallecimiento por Francisco Silvela nombrado el 3 de junio de 1881, y Germán Gamazo. En la Real Orden de agradecimientos por los servicios prestados, de 8 de diciembre de 1888, después de distintas sustituciones, aparecen como vocales, además del Presidente, Cárdenas; Igón; Albacete; Gamazo; Isasa; Manresa y García Goyena, que fue nombrado como vocal auxiliar, el 24 de febrero de 1881, que era hijo de D. Florencio; también figuran, y tuvieron un lugar destacado, Silvela, y el insigne catedrático Benito Gutiérrez, que fue sustituido, al fallecer por Cirilo Amorós; y Romero Ortiz, que tuvo escasa participación.

103 - Desde 8 de febrero de 1881 hasta el 9 de enero de 1883; y posteriormente, desde el 27 de noviembre de 1885 al 15 de diciembre de 1888.

Cánovas, será recordado y elogiado en el Senado en 1889¹⁰⁴. Casi 10 años después, Silvela haciendo una semblanza de Álvarez Bugallal, en una conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, dirá “comprendió que (...) era llegado el momento de que los intereses conservadores se pusieran al lado de las instituciones forales”¹⁰⁵.

La resistencia a la unificación civil, en pro la diversidad legislativa, va a resultar de difícil solución porque la situación europea tiende a la unificación. En palabras de MAZEAUD¹⁰⁶, “la historia demuestra claramente la importancia de la unificación legislativa para la unificación política. El código de Napoleón soldó las provincias francesas; el Código italiano de 1866 consolidó la unidad política de Italia; el Código rumano de 1865 integró a Rumanía en Europa”.

¿Qué ocurre en España con la codificación civil?; la razón de la tardanza en llegar al consenso la podemos encontrar en las serias dificultades a la uniformidad civil por las divergencias entre las leyes de Castilla y las de los territorios forales.¹⁰⁷

En Cataluña, Permanyer elabora un dictamen sobre la propuesta de Álvarez Bugallal para la codificación, que es aprobado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación¹⁰⁸, donde cuestiona la llamada generosa transacción presentada por el Ministro; se pregunta “¿qué ventajas reportarán a Cataluña y Aragón y a los demás Antiguos Estados si para llegar a esa unidad sacrifica Castilla cualquiera de sus instituciones?... , absolutamente ninguna”. La Academia propone que se tome como base del Proyecto de Código general, el Derecho Romano en vez del Proyecto de 1851.

Las *Memorias* que presentaron los vocales foralistas no eran la panacea para lograr la transacción en pro de la unidad civil, porque lo distinto no puede unificarse. Alonso Martínez, decepcionado, comentará en el Congreso de los Diputados en la sesión de 17 de abril de 1889, que lo que se intuía de aquellas Memorias era “que los catalanes querían regirse por la legislación catalana, los navarros por la legislación navarra, los aragoneses por la

104 - Senado, 1889, núm. 44, 689 y núm. 50, 812. Lo cita LASSO GAITE, *Crónica...*, cit, p. 375.

105 - “El Código civil” conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 29 de enero de 1889, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, T. 74, 1889, pp. 112.

106 - *Informe sobre el Código civil francés y su influencia en Europa*, Información jurídica, 1951, pág. 447.

107 - Lo relata LASSO GAITE, *Crónica de la...*, cit, pág. 18, donde reproduce los términos de Rodríguez Martín. “nacidas todas de las divergencias que hay entre las leyes de Castilla y las de Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya, que se rigen todavía por sus fueros provinciales, estando vigentes en otras sus fueros municipales”.

108 - Cfr. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit, pá 377. Más adelante lo comentaremos.

legislación aragonesa y que por lo menos tenía que haber cuatro Códigos en España”¹⁰⁹.

3. La postura de los territorios forales ante la codificación civil.

La postura de Baleares frente a la codificación civil, tiene su tratamiento específico, porque en buena medida estuvo canalizada por D. Antonio Maura. La llamada “cuestión foral” tendrá mayor presencia una vez promulgado el Código civil, cuando se inicia la redacción de los Apéndices al Código. Cataluña, siempre abanderada en la defensa de su Derecho, también siguió una línea más defensiva de su Derecho una vez publicado el Código civil, como se desprende de los argumentos que, D. Francisco de Paula Maspons y Anglasesell, expuso en una conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, el 23 de marzo de 1920¹¹⁰; donde explica que Cataluña no se posicionó contra la codificación civil con la fuerza que ahora manifestaba y lo explicaba en estos términos: “no obstante, para formaros una idea de cuál sería la protesta de Cataluña, recordad cuál fue la suya al discutirse el Proyecto de Código civil, teniendo en cuenta que en aquellos días no estaba despierto y pujante como ahora en el pueblo catalán el sentimiento de su propia personalidad”.

III.- La “cuestión foral” en Baleares.

La oposición al Código civil por la llamada “cuestión foral” no fue tan virulenta como se ha pretendido, y más en Baleares, hasta tal punto que, con el fin de posibilitar su promulgación, Baleares se decantó por la opción propuesta por Aragón y no por la seguida en Cataluña que, además, fue ofrecida por Durán y Bas a los representantes Baleares. No resulta fácil de entender esta postura, sólo podemos alcanzar a comprenderla si tenemos en cuenta la gran influencia que ejerció, D. Antonio Maura, sobre algunos miembros del Colegio de Abogados por intermediación, principalmente, de D. Manuel Guasp y Pujol.

La reacción, en Mallorca, se planteó de forma más efervescente, como en los otros territorios forales, cuando se redactó el Apéndice al Código civil.

1. La incorporación de Ripoll y Palou a la Comisión de Codificación.

Por Real Decreto de 16 de febrero de 1880 fueron nombrados¹¹¹ los vocales

109 - *El Código civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*. Senado 1989, p. 2613.

110 - “La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña or la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Privado*, T. VII, p. 100.

111 - Por Cataluña, Durán y Bas; Aragón: Franco López; Navarra, Morales Gómez; Vascongadas, Lecanda Mendieta; por las Islas Baleares, Ripoll y Palou; por Galicia, López de Lago.

foralistas para que se incorporaran a la Comisión de Codificación en los términos previstos en el anterior Real Decreto de 2 de febrero, siendo nombrado por Baleares D. Pedro Ripoll y Palou, para cumplir el encargo de redactar una *Memoria* sobre las Instituciones que debían conservarse, aunque fuera “como excepción”.

El Colegio de Abogados de Palma estuvo al margen del nombramiento de D. Pedro; incluso se vislumbran algunas tensiones. No consta o no hemos sabido encontrar la razón de este nombramiento; es posible que D. Antonio Maura tuviera alguna intervención en esta elección porque Ripoll formó parte, posteriormente, del grupo político que lideraba Maura. Por otro lado sorprende que no influyera para que el nombramiento recayera en quien sería, posteriormente, su *alter ego* en Baleares, D. Manuel Guasp y Pujol, como jefe de su Partido político en Mallorca. Bien es cierto que Antonio Maura no obtuvo el acta de diputado en Cortes por Mallorca, del Partido Liberal-Fusionista de Sagasta, hasta 1881 y la conservó hasta 1923.

Del nombramiento de Ripoll, como vocal de la Comisión de Códigos, no se da cuenta a la Junta General del Colegio de Abogados hasta la sesión celebrada el 10 de Mayo de 1880, bajo la presidencia de su Decano D. Antonio M^a Sbert, que advierte, y así consta en Acta, que D. Pedro ya lo había comunicado a la Junta de Gobierno en sesión del pasado 22 de marzo¹¹². El Sr. Decano explica que “el Sr. Ripoll dio cuenta a la Junta de Gobierno de su nombramiento y se limitó a decir que oirá con gusto todas las observaciones que quisieran hacerle todos sus compañeros pero que no había pedido el concurso de la Junta, siendo prueba de ello que no se había tomado acuerdo referente a concedérselo o negárselo...”. El Decano expresó su satisfacción por tal nombramiento¹¹³.

1.1 La actitud del Colegio de Abogados ante la reanudación de los trabajos de redacción del Código civil.

En la Junta General del Colegio de Abogados el Decano da cuenta a los Sres. Colegiales de la reanudación de los trabajos codificadores; informa¹¹⁴ que

112 - También consta en el Acta de la Junta, de esta sesión.

113 - Acta de la Junta General del Colegio de Abogados de 10 de mayo de 1880.

114 - “el Ministro de Gracia y Justicia lleva el propósito de codificar el Derecho civil y según se desprende del Real decreto publicado en febrero último, abriga la idea de respetar hasta donde crea posible las legislaciones forales; que guiado el Gobierno por esta idea ha nombrado un Vocal correspondiente a la Comisión General de Códigos en todas las provincias forales, con encargo de que redacten una Memoria sobre los fueros especiales de la misma, con las observaciones que respecto de ella sea conveniente; que el Sr. Ripoll había sido elegido por el Gobierno de S.M. miembro correspondiente de aquella Comisión y en representación de estas islas (...)” Acta de la Junta General del colegio de abogados de Palma, de 10 de mayo de 1880.

Ministro de Gracia y Justicia tenía intención de reanudar la redacción del Proyecto del Código civil.

a) Los trabajos paralelos del Colegio de Abogados a la redacción de la Memoria del Sr. Ripoll.

La situación que se produjo en el seno del Colegio entre el Sr. Ripoll y la Junta General demuestra una cierta tensión. Por una parte el Sr. Ripoll debe cumplir con el encargo de redactar la *Memoria* de las Instituciones que se debía conservar de nuestro derecho propio; por otra, la Junta del Colegio de Abogados emprende un estudio semejante al que realiza Ripoll, emulando la actuación de Cataluña, con la finalidad de elevarlo a la consideración del Ministro de Gracia y Justicia.

El Decano, en la Junta General citada¹¹⁵, puso en conocimiento de los Sres. Colegiales la reacción de Cataluña explicando que “había sabido que en Barcelona además de una Comisión de Abogados del Colegio unidas al Vocal correspondiente de la General de Códigos en dicha capital Sr. Durán y Bas se había convocado un Congreso de Jurisconsultos de las provincias catalanas para ocuparse de sus fueros en interés de aquel territorio y que habiendo hecho lo propio Aragón y Navarra, pensó que sería conveniente seguir su ejemplo en esta provincia y creyó que el Colegio, corporación la mas competente, debía hacer algo para apartar de sí la responsabilidad que contraería si se sacrificase alguna institución que por el criterio general debiera subsistir, sin olvidar la indiscutible competencia del Sr. Ripoll, creyendo conveniente que el Colegio se ocupara de esta cuestión, había propuesto a la Junta de gobierno y ésta acordado por unanimidad someter a la General la proposición de considerar que el Colegio debe estudiar las instituciones forales para resolver la que convenga conservar, abolir o restablecer”.

La situación parece distinta a la de las otras regiones forales. En Baleares, como veremos, se plantea a modo de dos actuaciones diferenciadas; y así fue, ya que el resultado fueron dos estudios distintos.

El Sr. Ripoll, cuando el Decano le dio la palabra, informó a la Junta General sobre su nombramiento y su satisfacción por el encargo de tal cometido; explicó a los Sres. Colegiales su *modus operandi*, que no suponía declinar su responsabilidad, “se complacía en consignar que había pedido el consenso de la Junta de Gobierno dando prueba del acatamiento y respeto que tiene al Colegio de Abogados; así como lo había pedido también á los dos Menorca é Ibiza, al Colegio Notarial y á la Sociedad Económica de Mallorca de Amigos del País¹¹⁶.”

115 - Junta General de 10 de mayo de 1880.

116 - La de Palma de Mallorca se había creado en 1778. Las Sociedades Económicas son Instituciones creadas durante la segunda mitad del s. XVIII en España e Hispanoamérica, las cuales se fijaron como objetivo el progreso de la economía y la introducción de los adelantos científicos y técnicos en el ámbito de la Ilustración europea.

Puso de manifiesto que, procediendo el Colegio á realizar un trabajo análogo al que le estaba encargado, resultaría un dualismo que no podría verse con buen efecto y que no podría prejuzgar el modo y manera como la Junta General le prestaría el consenso: pero quería que constara que solicitaba todo el apoyo de todos en beneficio del país”. Se estaba refiriendo al Informe que el Colegio elevó al Ministro de Gracia y Justicia en 1881 sobre las Instituciones que se debían conservar.

La opinión de los Colegiales no fue la de paralizar el nombramiento de la Comisión del Colegio para estudio de la legislación foral; el Decano añadió “que el modo más eficaz de prestar todo el apoyo al Sr. Ripoll era que asistiese á las reuniones de la Comisión que se nombrara y tomara de ellas cuanto creyera conveniente”. Después de varias intervenciones de los allí presentes se acordó, a propuesta del Sr. Pou, que la Junta de Gobierno nombrara una Comisión de estudio y se dividiera por materias “con la facultad de asociarse los demás Señores Colegiales que creyere conveniente”.

b) El Informe del Colegio de Abogados de 1881. Las Conclusiones.

Terminado el trabajo de la Comisión, el Decano del Colegio de Abogados convocó Junta General extraordinaria para analizar las Conclusiones a las que había llegado la Comisión nombrada por el Colegio. En sesión de 5 de enero de 1881 y bajo la Presidencia del Decano Sr. Sbert se procedió a debatir cada una de las 13 Conclusiones. Los ponentes fueron el Sr. Guasp y el Sr. Canals.

El Informe se aprobó en la sesión de trabajo de la Comisión de 28 de diciembre de 1880.

Esta importante sesión nos confirma varias cuestiones:

1°. En primer lugar, la distancia entre el Colegio de Abogados y el Sr. Ripoll y Palou. Aquella invitación de la Junta del Colegio al Sr. Ripoll para que participara en la Comisión del Colegio no prosperó.

Antes de comenzar el debate en la sesión de la Junta General, el Decano notifica que el Sr. Ripoll le había comunicado que informara a la Junta “que los miembros correspondientes de la Comisión de Códigos reunidos en Zaragoza habían acordado no asistir a las sesiones de las Comisiones Especiales que para el estudio del derecho foral se reunieran en las provincias”. Ripoll se refería a la reunión del Congreso de Jurisconsultos que se celebró en Zaragoza del 4 de noviembre de 1880 al 7 de abril de 1881. Además, Ripoll tampoco asistió a las sesiones de la Comisión de Codificación. Sólo Durán y Bas por Cataluña; Franco López por Aragón, y Morales Gómez por Navarra, asistieron a dichas sesiones. El Ministro Alonso Martínez se lamenta de la ausencia de los representantes de Baleares, Vizcaya, y

Galicia a estas sesiones, alegando que por “motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates”¹¹⁷.

Se discuten y aprueban las Conclusiones del Colegio; posteriormente, el Sr. Canals preguntó¹¹⁸ si se tenía noticias de los trabajos del Sr. Ripoll, porque no había tomado parte en los de la Comisión del Colegio; en este momento, el “Sr. Fiol pidió que las palabras del Sr. Canals constaran en acta”¹¹⁹.

2º. En segundo lugar, podemos destacar dos argumentos que se extraen del debate que se produjo en esta sesión de la Junta General de 5 de enero de 1881 que, posteriormente, serán importantes:

1) Por una parte la actitud del Sr. Guasp y Pujol, que será opuesta a la manifestada en 1916 al presentar, junto al Sr. Socías y Gradolí, el Voto Particular al Proyecto de Apéndice en pro de la unificación civil.

En la sesión que nos ocupa, el Sr. Guasp, como miembro de la Comisión y ponente, junto al Sr. Canals, dan cuenta a la Junta del trabajo realizado que quedó resumido en 13 Conclusiones, diciendo que “se ha procedido fijando el hecho y el concepto, ó sea el fuero existente y la conveniencia de conservarlo ó abolirlo”. Mantienen las 12 Conclusiones que se aprueban por unanimidad salvo la séptima, que fue la más ampliamente debatida, sobre el rechazo de la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio, que se aprobó por mayoría con el voto en contra de los Sres. Estades, Ribot y Sancho. La Conclusión 13 enumera las instituciones que entienden renunciables “en obsequio á la unidad legislativa, el Colegio estima renunciables otros muchos fueros...”.

La Comisión acordó que D. Mariano Canals y D. Manuel Guasp redactaran la Exposición de Motivos, sin necesidad de proceder a una nueva discusión. Una vez terminada, el Colegio de Abogados elevó el Informe, el 30 de abril de 1881, al Señor Ministro de Gracia y Justicia y a la Comisión General de Codificación.

117 - LASSO GAITE, relata «reuní privadamente a los señores Durán y Bas, Franco y Morales y les invité a que formulara [...] pues el cuestionario de los representantes de las provincias de Navarra, Aragón y Cataluña [...] Pero es el caso que a mi llamamiento como Ministro no pudieron acudir los Vocales de Baleares, Vizcaya, Asturias y Galicia [...] Motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates, pero han dicho por escrito y bajo su firma qué instituciones jurídicas especiales deben conservarse en sus respectiva provincias». *Crónica...*, cit. p. 484.

Crónica..., cit., p. 484.

118 - con el sentimiento de que no ha tomado parte en las del Colegio no obstante formar parte de la Comisión”.

119 - Acta de la Junta General de 5 de Enero de 1881.

2) El otro aspecto a destacar es la situación de respeto por las instituciones de las otras Islas del Archipiélago balear. Esta cuestión tendrá una especial importancia cuando se redacte la Compilación de 1961, que determinará, incluso, el cambio de estructura del texto legal adoptando la actual, que divide la Compilación en tres libros correspondientes a las Islas del ámbito territorial.

Resulta evidente el respeto que demuestra el Colegio de Abogados de Mallorca en relación al derecho propio de Menorca y de Ibiza. El Sr. Guasp manifiesta que se convino, para la elaboración de las Conclusiones “limitarse al Derecho especial de Mallorca, porque el Colegio de Palma no lo es de Menorca, ni de Ibiza, ni tenía tan pleno conocimiento del Derecho foral de esas Islas”.

Ripoll finalizó la redacción de la *Memoria* sobre las Instituciones que se debían conservar el 28 de diciembre de 1880; y la *Exposición*¹²⁰ e *Informe*, que incluye las 13 Conclusiones en las que se condensan el Derecho de Mallorca redactado por el Colegio de Abogados, se aprobó por la Junta el 26 de abril de 1881 y se elevó al Ministro de Gracia y Justicia el siguiente 30 de abril.

La *Memoria* de Ripoll es breve, especialmente si se compara con la redactada por el Ilustre jurista catalán D. Manuel Durán y Bas¹²¹ sobre el Derecho de Cataluña, y con la de Aragón redactada por D. Luis Franco y López. Ahora bien, fundamenta el arraigo de las instituciones que rigen en Mallorca y la necesidad de mantenerlas.

2. Reanudación de los trabajos codificadores.

La codificación civil había quedado desbloqueada por el Decreto de 2 de febrero de 1880, con la incorporación de un vocal por cada territorio de derecho propio a la Comisión de Códigos. El sistema de elaboración del

120 - *Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Ilmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la Propietada Codificación del Derecho Civil Común y Foral*. Palma. Imprenta Casas Misericordia, 1881. En su p. 3 dice: «el Colegio de abogados fijándose tan sólo en los fueros de esta isla de Mallorca, pues no le es lícito extender su acción a Menorca e Ibiza, ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige y, haciéndose cargo de las tendencias unificadoras que han de presidir en la redacción del Código civil, ha consignado también cuales son las instituciones que sin grave perturbación podrá ajustarse esta Isla a la legislación general que se acuerde en definitiva». Finaliza la Exposición «la tendencia conciliadora que resplandece en el preámbulo del Real Decreto de 1880, inclina al Colegio a permitirse estas breves observaciones en la seguridad de que serán atendidas».

121 - Es una Memoria bien construída y fundamentada, con importantes referencias a la Escuela Histórica y a la Tratadística Catalana.

Código seguiría el de Ley de Bases, cuyo anteproyecto se envió al Senado el 22 de octubre de 1881, con una Exposición de Alonso Martínez, para que se presentara como Proyecto de Ley.

2.1 El sistema de Ley de Bases; sus dificultades.

El sistema de Ley de Bases lo justifica Alonso Martínez porque al tratarse de la elaboración de un texto legal “éste era el método más breve y expedito para realizar pronto y bien, reforma tan codiciada(...)”¹²²

Se inicia la discusión de las Bases. La Primera Base¹²³, que mandaba tomar como fundamento el Proyecto de 1851, constituyó el primer elemento de discusión. Manresa y Benito Gutiérrez no eran partidarios de esta opción, entre otros, porque entendían que debían incluir modificaciones e influencias de otros Códigos europeos. Para Benito Gutiérrez el Código debía seguir el método de las *Instituta*.

Junto a esta dificultad, se presentaba otra, derivada del rechazo de los territorios forales a una codificación que olvidaba los *iura propria* que coexistían con el Derecho de Castilla. Con el fin de allanar el camino, Alonso Martínez, presentó una transacción en la Base 17¹²⁴ del Proyecto por la que permitía la inclusión de las instituciones forales que se debían conservar en el Código civil. El párrafo cuarto de dicha Base 17 decía: “con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos Romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio”¹²⁵. Transigía en el mantenimiento de instituciones de Derecho estatutario a cambio del

122 - ALONSO MARTÍNEZ *El Código civil...*, cit , p. 14.

123 - Cfr. el debate en LASSO GAITE, *Crónica...*,cit., p. 381 y ss.

124 - Base 17 “Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se transportarán al Código Civil en su esencia las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir con ventaja común el derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto en las provincias aforadas se conservarán por ahora y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad y al estado de la familia.

El Gobierno procurará sin embargo, al redactar el Código general, establecer entre éste y aquellas instituciones especiales la posible asimilación, para que las diferencias que resulten subsistan tan sólo como excepciones de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre las instituciones similares, y acercándose cuanto sea dable a la unidad legislativa.

En todo caso los naturales de las provincias aforadas y los que en ellas poseen bienes inmuebles o derechos reales podrán optar a su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino”. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pág. 388.

125 - Esta idea aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto, condicionando el mantenimiento de las instituciones que se debían conservar a cambio de suprimir el derecho supletorio.

“grueso” del cuerpo legal, el *“ius commune”*. Silvela, en la Ley de Bases de 1885 modifica la transacción presentada por Alonso Martínez en la Base 17. Precisamente Silvela al contestar a Gamazo, en el Congreso de los Diputados, defendió la importancia del *ius commune* como derecho supletorio en algunas regiones forales en estos términos: “legislación supletoria no merece verdaderamente este nombre, es porque la mayor parte del derecho canónico y del Derecho romano forman un todo completo, un todo armónico y el desmembrarlo constituye una verdadera mutilación en aquellas leyes”, en definitiva entendió y así lo manifestó que estas provincias lo que mantenían era “la integridad de su vida jurídica”¹²⁶.

La formación de las Bases resultó en aquel momento inviable; posteriormente, tendrán que llegar a otra transacción con los representantes de los territorios forales, con Durán y Bas, con Franco y con Morales, que eran los que asistieron a algunas Comisiones, especialmente, cuando se trató la materia sucesoria y de familia.

El 24 de abril de 1882 Alonso Martínez, al ver la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la redacción de las Bases, presentó al Senado un Proyecto de Ley sobre los Libro 1º y 2º del Código civil, pidiendo autorización para publicar como Ley estos 2 primeros Libros¹²⁷.

En enero de 1883, consecuencia de una crisis de gobierno que provoca la salida de Alonso Martínez del Ministerio de Gracia y Justicia, Sagasta lo sustituye por Vicente Romero Girón y en octubre por Linares Rivas. Los trabajos codificadores no se reanudan hasta que, con la vuelta del Gobierno conservador de Cánovas el 18 de enero de 1884, nombra a Silvela Ministro de Gracia y Justicia. Por Decreto de 7 de enero de 1885 se le autoriza para redactar unas Bases para el Código civil. Nombrada la Comisión presidida por Alonso Martínez y emitido el dictamen el 14 de febrero de 1885 se publicó el 6 de junio del mismo año.

126 - Congreso de los Diputados. Sesión de 16 de junio de 1885; Diario núm. 174, pág. 5.085.

127 - Comenta ALONSO MARTÍNEZ, que en los Libros I y II del Proyecto de Código civil, no había ni una sola disposición que choque con el régimen foral. Por esto, entendía que no cabía por parte de los jurisconsultos catalanes, mallorquines, aragoneses y navarros, que manifestaran oposición fundada en “razones locales, nacidas de la legislación excepcional de esas provincias, sino en consideraciones generales idénticas a las que pueden invocar, e invocarán seguro, muchos jurisconsultos de las demás provincias del reino”. Más adelante añade “ya es mucho adelantar en la vía de la uniformidad legislativa proscribir para siempre las Decretales y los Códigos romanos, escritos en una lengua muerta e ininteligible ppra la casi unanimidad de los ciudadanos españoles, reemplazándolos con una ley única, aplicable a todas las provincias indistintamente en las múltiples y transcendentales materias que comprenden dos de los tres libros del Código civil”. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Ed. Plus Ultra, Madrid (sin fecha), pág. 33 y 34.

Esta Ley de Bases ya no tomará literalmente el Proyecto de 1851, sino que con fórmula más abierta se remite a su estructura. La Base 1ª determina que “se ajustará en el tratado de su plan general al Proyecto de 1851...”, que supondrá la división, en dos Libros, del Tercero del citado Proyecto. Además, presentará una nueva transacción para los territorios forales¹²⁸.

Esta propuesta conciliadora será la que formará los verdaderos cimientos que permitirán la aprobación del Código civil. La nueva fórmula transaccional que presentó Silvela¹²⁹, en la Ley de Bases de 1885, fue el mantenimiento del “régimen jurídico actual” a cambio de incorporar en el art. 5 el mecanismo de la supletoriedad del Código civil a los territorios forales, en defecto de su propio derecho supletorio¹³⁰.

Esta transacción presenta dos caracteres bien distintos; 1) por una parte un importante avance para el Derecho de Castilla que va a extender su vigencia a todo el territorio español¹³¹ mediante la supletoriedad del Código civil. 2) El otro factor es de peor condición ya que el mantenimiento “por ahora” del “régimen jurídico actual”, el derecho estatuario y *ius commune* como supletorio, está condicionado a que una vez transcurrido el período de transitoriedad, redactados los Apéndices, los *iura propria* dejarían de ser “régimen jurídico” para convertirse en un conjunto de instituciones que se conservarían, como excepción, junto al Código Civil General¹³².

Tras el fallecimiento de Alfonso XII, el 25 de noviembre de 1885, entra el Gobierno liberal de Sagasta, nombrando Ministro de Gracia y Justicia a Alonso Martínez.

128 - LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la...*, cit., pág. 419.

129 - Como dice BADOSA COLL “el resultat de la codificació civil sería, doncs, ben minso: el Codi civil no tan sols sería castellà pel seu contingut sino també pel seu àmbit de vigència. Per evitar aquesta segona restricció ...vigència limitada..., en Silvela s'empescà una solució: declarar el Codi civil segon supletori dels “derechos forales” (art.5 del Proyecto...)”. *L'àmbit del dret civil català*. Materials de les II Jornades a Tossa. 1982, pág. 10.

130 - “En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico”. Además, en la Exposición de Motivos, alentando la admisión de la fórmula transaccional, comenta que la aplicación del Código civil será muy ocasional, ya que rara vez no se encontrará solución en el supletorio propio.

131 - BADOSA COLL, Ferran, dice: “aquest importantíssim article fá que el Codi civil sigui una normativa de vigència territorial a tota Espanya”. *L'àmbit del dret...* cit. Pág. 10.

132 - En este sentido BADOSA, que dice que el mantenimiento de la vigencia de los derechos territoriales se hará a costa de una importante reducción cualitativa “deixar d'esser un “regim jurídic” per a quedar reduïts a un recull d'institucions”. *L'àmbit del dret...* cit., pág. 13.

La Comisión nombrada en el Senado, presidida por Alonso Martínez, emitió dictamen favorable de la Ley de Bases y aprueba sin discusión el art. 5. Recibido el Proyecto en el Congreso, la Comisión¹³³ aceptó las Bases en su conjunto; sin embargo introduce, en su dictamen, unas modificaciones en este art. 5, añadiendo al final el siguiente texto: “en defecto del que lo sea –derecho supletorio– en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino”¹³⁴. Esta innovación pasó a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888¹³⁵, y al originario art. 12 del Código civil; “y todavía al redactarse la edición revisada se hubo de añadir para acallar recelos y quejas de los parlamentarios foralistas las palabras “escrito o consuetudinario”, que califican de modo inequívoco la conservación inalterada de su actual régimen jurídico”¹³⁶.

2.2. El mantenimiento del “actual régimen jurídico” en los territorios forales.

Silvela permitirá dar el último paso para posibilitar la promulgación del Código civil mediante la modificación de la Ley de Bases de 1881, principalmente en dos materias, en el matrimonio y en el derecho foral. En la Exposición de Motivos de la Ley de Bases que presenta el Ministro Silvela el 7 de enero de 1885 (publicada en el Diario de sesiones el día 12), dice que el Código civil sólo será derecho supletorio para los territorios forales “no para excluir al Derecho romano, ni al canónico, ni a las costumbres y doctrina

133 - El Presidente era Alonso Martínez.

134 - Alonso Martínez, junto con Gamazo y Canalejas suscribieron un voto particular al art. 5 para la supresión del Derecho romano y las Decretales como derecho supletorio, que reforzaba la tendencia unificadora del proyecto, “reduciendo la subsistencia del Derecho foral a las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios. Vid. LASSO GAITE, *Crónica...* cit., pág. 471 y ss.

135 - ALONSO MARTÍNEZ replicó a SILVELA en el Congreso de los Diputados: “La única diferencia importante entre esas bases de S.S. y las que yo presenté al Senado en 1881, consiste en que yo consignaba que el nuevo Código sería supletorio de todas las provincias de régimen foral, y S.S., dando en eso gusto a Durán y Bas, y enmendando lo que yo había propuesto, dijo que este Código no sería supletorio, sino a falta de Derecho supletorio de cada una de las regiones forales; es decir, que por ejemplo en Cataluña, donde forman lo principal de su legislación los usatges, las constituciones y el Derecho consuetudinario y donde el Derecho supletorio es el romano y el canónico, se acudirá al Código vigente en Castilla y en las demás provincias de Derecho común. Yo no establecía esto, y lo que yo establecía había sido votado con mucho gusto por hombres muy conservadores, por conservadores de pura raza”. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de...*, cit., pág. 425.

136 - DE CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, T.I, Valladolid 1942 pág. 182. (La cita es de Lasso Gaite, *Crónica...*cit., pág. 645.

cuando vienen a completar instituciones forales, sino para suplir únicamente a lo que hoy falte para resolver dudas que en ninguno de esos elementos tengan solución”.

Estas modificaciones, que se harán visibles en el art. 5 de la nueva Ley de Bases permitiendo el mantenimiento de su “actual régimen jurídico”, fueron aceptadas por los foralistas¹³⁷. Alonso Martínez, Gamazo y Canalejas, presentaron un voto particular inclinándose por la redacción de la Ley de Bases de 1881, que excepcionaba la vigencia del derecho propio sólo para las instituciones que se entendiera que era necesario su mantenimiento¹³⁸. Gamazo hizo la defensa alegando que este mantenimiento del *statu quo* está inspirado por la Escuela Histórica, creando una situación de perturbación. Silvela responde que esta cuestión se reduce a “dividir la codificación en dos períodos, y a respetar en su integridad la situación de las provincias forales hasta que llegue el momento de publicar los Apéndices”.

Esta transacción presentada por Silvela no va a ser de aplicación a Baleares. La situación en nuestro territorio va a ser distinta y buena parte de la opción seguida fue por la influencia de Antonio Maura en un relevante sector de miembros del Colegio de Abogados de Palma. Maura, posteriormente, en una carta a Manuel Guasp de 4 de mayo de 1889 le dirá “me he negado en redondo a secundar los nuevos disparos de foralismo histérico y enfermizo, que yo reputo mas imputable a los Abogados que á la opinión general de las personas interesadas”¹³⁹.

Gil Bergés¹⁴⁰ presentó el 17 de junio de 1885, a deliberación del Congreso, una enmienda al artículo 7¹⁴¹ del Dictamen de la Comisión referente al Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las bases que en el mismo se establecen, del siguiente tenor: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a

137 - Cataluña; Aragón y Navarra (cuyos representantes eran lo que asistían) no estuvieron de acuerdo en en tres puntos “las legítimas, derecho de viudedad y contrato de donaciones *propter nupcias*...” LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. p. 433.

138 - La enmienda daba otra redacción al art. 5 más unificadora, manteniendo sólo “las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios”. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. p. 471.

139 - Archivo de la Fundación Maura, caja 47, carpeta 25.

140 - Ya dijo: “ved Sres Diputados, si Aragón da muestras de querer llegar a la unificación del derecho civil”. Añadía que Don Luis Franco y López fue un defensor de los intereses jurídicos de Aragón y “como demostración del deseo que le anima a aquel insigne jurisconsulto de que con el futuro Código se facilite en plazo no remoto la verdadera unificación del derecho”. *El Código civil. Debates Parlamentarios*. cit. pág. 718-719.

141 - Pasando el art. 7 del dictamen a ser el art. 8.

regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas”¹⁴².

No extraña esta enmienda si tenemos en cuenta la postura de Gil Bergés y de la mayoría de los juristas aragoneses del siglo XIX¹⁴³ que no eran seguidores de la Escuela Histórica de Savigny; los “juristas aragoneses rechazan el Derecho Romano. No muestran resistencia a la ideología codificadora, antes al contrario, exigencia explícita de un nuevo Código y de su carácter supletorio inmediato respecto del Código civil aragonés, una vez que ven fracasada la pretensión de un Código único integrador, no exclusivamente castellano”¹⁴⁴. Produce gran satisfacción a Alonso Martínez expresando que “la unidad del derecho es uno de los fundamentos más sólidos de la unidad nacional”.

Se produjo un debate en el seno de la Comisión, interviniendo el Sr. Durán y Bas y el Sr. Alonso Martínez y se aprobó la redacción del artículo 7¹⁴⁵, que quedó aceptada y aprobada sin oposición por el Congreso. Este artículo 7 pasó a la Ley de Bases de 1888 y al originario art. 13 del Código civil, con una adición, por la que, junto a Aragón, se unía las Islas Baleares. ¿Cuál fue el motivo de esta adición?.

142 - El segundo párrafo de la enmienda dice: “El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales y Colegios de abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar”.

Palacio del Congreso 17 de Junio de 1885.- Joaquín Gil Bergés.- Francisco Fernández de Navarrete.- José Pérez Garchitorena.- Manuel Lasierra.- Manuel Gavin.- El Marqués de Goicoerrotea.- Manuel Sastrón. *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.* pág. 821.

143 - Tenemos que recordar que la elaboración de la *Memoria de las Instituciones que se debían conservar* corrió a cargo del jurista FRANCO Y LOPEZ, que era miembro de la Comisión General de Codificación, que aceptó gustoso “la generosa transacción” que contiene el Decreto de 2 de febrero de 1880 y presenta “un elenco de las instituciones civiles aragonesas que deben conservarse como una excepción del Código general de la Nación, advirtiendo que pueden muy bien sin experimentar notable perjuicio los habitantes del este antiguo Reino, antes bien obteniendo quizás no despreciables ventajas, prescindir de varias de ellas (instituciones civiles aragonesas vigentes), rigiéndose por la legislación general de la Nación”. DELGADO, *La actitud aragonesa...*, cit. pág. 434.

BAYOD LOPEZ, María del Carmen, dice: “La asunción por parte de Aragón del Derecho castellano como Derecho supletorio, cuando antes no había tenido un sistema de heterointegración a través de textos legales pertenecientes a otro ordenamiento, determinará una diferente postura frente a la codificación civil española, así como también una diferente visión de la supletoriedad”. *El art.149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (En particular el Derecho civil aragonés)*”. Revista de Derecho Civil Aragonés 1999, V, n° 2, pág. 84.

144 - Por todos ver sobre este punto DELGADO ECHEVERRIA, Jesús. *La actitud Aragonesa ante la codificación y el origen...* cit. pág. 431 y ss.

3. El motivo de la opción de Baleares a secundar la redacción del art. 7 de la Ley de Bases de 1885. La influencia de D. Antonio Maura.

La inclusión de Baleares junto a Aragón, en el art. 7 de la Ley de Bases de 1888 y en la redacción del originario artículo 13 del Cc, no surge de ninguna enmienda parlamentaria. Aparece por vez primera esta inclusión en el artículo 7¹⁴⁶ en el Diario de Sesiones de Cortes (Senado) de 30 de Abril de 1888¹⁴⁷; ¿cuál fue la razón?

La propuesta que incluía a Baleares junto a Aragón no se gestó en el seno de la Comisión; ni fue fruto de una previa propuesta parlamentaria sino de un acuerdo del Colegio de Abogados de Baleares de 27 de junio de 1885.

Esta opción tomada por el Colegio de Abogados de Palma tiene una doble connotación:

1) Por una parte la respuesta negativa a la oferta de Durán y Bas de unirse Baleares a la acción emprendida para salvaguardar los derechos forales; esta situación se repetirá, de forma más contundente, en el momento

145 - En los siguientes términos “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opongan a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el Proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar.

Iguales informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.* pág. 735 y Apéndice 94 al n° 2, p. 908 y Ap. 1, al n° 75, p. 914 y Ap. 9 al n° 90, p. 929.

146 - Apéndice 2 al n° 99, dice el art. 7: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes. El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los Colegios de abogados de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e islas Baleares que convenga conservar.

Iguales informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral.”

147 - Diario de Sesiones n° 99, Apéndice n° 2, de 30 de Abril de 1888. *El Código civil. Debates...*, cit, pág. 987.

Si vemos la redacción del art. 7 de los Diarios de Sesiones de 14 de Junio de 1887, (Apéndice 94 al n° 2, pág. 907), de 19 de marzo de 1888 (Apéndice n° 1 al n° 75, pág. 913); y de 11 de abril de 1888 (Apéndice 9 al n° 90, pág. 929), no incluyen en dicha redacción a Baleares. *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.*, págs. 907; 913 y 929.

de la redacción de los Apéndices. 2) Por otra, la influencia de D. Antonio Maura.

3.1. La propuesta de Durán y Bas sobre el mantenimiento del Derecho propio.

Cuando en 1880 se reanuda la codificación civil, la transacción que presentó Alonso Martínez a los territorios forales consistía en derogar el *ius commune* como derecho supletorio a cambio de mantener las instituciones de derecho estatutario, que debían compendiarse en las Memorias. Esta transacción provocó que se convocaran diversos Congresos de jurisconsultos. Se inició en Aragón el 4 de noviembre de 1880, y clausurado el 7 de abril de 1881, presidido por Gil Bergés que era Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza y había impulsado el Congreso para redactar un Código civil de Aragón, porque se lamentaba que “el estado actual es totalmente insostenible”, sin que significara, por su parte, dejación de un Código civil unitario derivado del mandato constitucional, “unas solas leyes” para toda la Monarquía. En este Congreso que se inició con la finalidad de redactar un Código civil de Aragón, se trataron cuestiones tales como su derecho supletorio. Se acordó que como derecho supletorio del derecho aragonés se mantuviera el Derecho de Castilla.

En Cataluña, en 1881, la Academia de Jurisprudencia y Legislación emitió un dictamen redactado por Juan J. Permanyer que pone en duda la bondad de la transacción que se ofrece a los territorios forales. Se convoca, también, un Congreso de juristas para debatir sobre el mantenimiento del derecho catalán¹⁴⁸.

En Baleares, el Decano del Colegio de Abogados Sr. Sbert dio cuenta en la Junta General de 10 de mayo de 1880, de la preparación de estos Congresos. Durán y Bas había invitado a los representantes en Cortes de las Islas Baleares, con la finalidad de que secundaran la campaña a favor de la integridad de las legislaciones forales. Antonio Maura¹⁴⁹ explica esta

148 - Se celebró en Barcelona un importante Congreso, en 1888, del que da cuenta, entre otros VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *En el centenario del Congreso jurídico de Barcelona (correspondencia de Costa con Manuel Durán y Bas y Juan Homs y Homs)*.

149 - BIBLIOTECA JUDICIAL, *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*. Prólogo de Don Antonio Maura. Madrid 1888, pág. 9. En el mismo sentido GUASP Y PUJOL, Manuel y SOCÍAS Y GRADOLÍ, José. *Derecho Foral de Mallorca Voto Particular de (D. Manuel Guasp y D. José Socías) vocales de la comisión foral de Mallorca encargada de redactar las instituciones jurídicas especiales de este territorio*. Palma, Esc. Tip. Prov. 1916, pág. 7, donde reproduce los mismos términos que cita MAURA, “al discutirse las Bases del Código Civil en el Congreso, un insigne Jurisconsulto catalán invitó a los representantes de las islas Baleares para que secundaran la compañía en pro de la integridad de las legislaciones forales; pero entre nuestros representantes fué unánime la opinión de que no convenía a esta provincia el *statu quo*”.

invitación, advirtiendo que “fue entre nosotros unánime parecer que no convenía a nuestra provincia el *statu quo* si bien estábamos resueltos a procurar con toda energía el respeto de algunas instituciones sobre las cuales descansan allí felizmente”.

Esta oferta de Durán y Bas de secundar la campaña por la integridad del derecho foral, se vuelve a debatir en el Colegio de Abogados en la sesión de 27 de junio de 1885 donde D. Pedro Ripoll lee la carta recibida de D. Antonio Maura que aconseja seguir la opción aragonesa en su propuesta del art. 7 de la Ley de Bases. Maura comenta, en esta carta a Ripoll, lo sucedido a raíz de las propuestas de Durán y Bas, en estos términos “El Sr. Durán y Bas y todos los representantes a Cortes de las Baleares, se habían reunido porque el primero deseaba su consenso para mantener las instituciones forales, pero que le habían hecho comprender que no estaban en la tendencia extrema que los catalanes muestran á propósito de la codificación: Que entendían que la base o artículo tal como venía del Senado al Congreso era suficientemente respetuosa con nuestro derecho particular ínterin llega la codificación del mismo. Que después el Congreso había acentuado en sentido mas particularista la base votada en la otra Cámara; y que en el momento de discutirse en el Congreso, los Aragoneses, marcando una tendencia distinta de los Catalanes habían presentado la siguiente proposición...” (y sigue la trascripción del texto propuesto para el art. 7 de la Ley de Bases de Silvela).

Era lógica la postura de Cataluña y lógica también la de Aragón. La que no resultaba tan lógica era la de Baleares.

Cataluña defendía la integridad de su derecho foral que lo formaba su derecho estatutario y su derecho supletorio, el *ius commune*; compartía, por consiguiente, la misma estructura jurídica que Baleares. Aragón, por el contrario, desde 1707, como consecuencia de haber perdido la competencia legislativa, aceptó y aplicó como derecho supletorio el Derecho de Castilla, porque históricamente se había nutrido de su propio derecho y nunca había recurrido al Derecho Romano, ni a ningún otro derecho foráneo como supletorio. Esto significaba que Aragón prefería suplir sus lagunas con el Código civil, porque venía aplicando el Derecho de Castilla, que suplir con el Derecho Romano que le resultaba extraño. Por esto Gil Bergés presentó la enmienda a la Ley de Bases de introducir el art. 7, atendiendo al sentir del Colegio de Abogados y de los Diputados de Aragón.

¿Por qué se decantó Baleares por renunciar al *ius commune* como derecho supletorio y seguir la propuesta de Aragón?. En Baleares, a diferencia de Aragón, nunca se aplicó el Derecho de Castilla; incluso, tras el Decreto de Nueva Planta, siguió, como Cataluña, aplicando el *ius commune* como derecho propio, dándole el valor de costumbre.

3.2 La directriz de D. Antonio Maura a favor de la opción del art. 7 de la Ley de Bases.

D. Pedro Ripoll, ante la propuesta de Durán y Bas, que abogaba por el mantenimiento de la integridad del derecho propio, por una parte, y la opción del art. 7 de la Ley de Bases presentada por Gil Bergés, antes de tomar una decisión, se decanta por conocer la opinión de los Diputados por Mallorca y la del Colegio de Abogados. Como miembro de la Comisión General de Códigos y con el fin de evitar que “se atentara contra nuestra legislación foral, había escrito en este sentido á los Diputados por esta provincia, y con especialidad al distinguido letrado D. Antonio Maura”.

Maura, como Diputado por Mallorca en las Cortes, formaba parte de algunas comisiones parlamentarias; y entre sus preocupaciones estaban los debates sobre la Ley de Bases del Código civil.

Contesta a la carta de Ripoll que éste traslada a la Junta del Colegio de Abogados de Palma, para que manifiesten su opinión. El Decano, Sr. Pou, convoca la Junta en sesión de 27 de junio de 1885, explicando que el motivo es poner en conocimiento de los Sres Colegiales la opinión de D. Antonio Maura sobre la tramitación de la Ley de Bases. D. Pedro Ripoll, en uso de la palabra, explica que acababa de recibir la carta en respuesta a la suya, que leyó, y quería comunicar al Colegio con el fin de tomar una decisión. La cuestión que propone Maura es dar a conocer a los miembros de la Junta la regulación propuesta por y para Aragón, de adicionar un artículo a la Ley de Bases, que será el 7, para que, mientras durara el debate parlamentario, se pueda ir formando la opinión preponderante en el Foro balear. Maura manifiesta que si bien “como Diputado debía regir sus actos por sus convicciones, en asunto tan trascendental hubiera querido consultar la opinión del país y por no serle posible se dirigía al Colegio de Abogados de Palma como expresión la más autorizada del común sentir”.

El debate que se abrió lo zanjó Guasp, porque entendía que el tiempo apremiaba y debía tomarse un acuerdo, por lo que propuso la siguiente redacción: “El Colegio comprendiendo las ventajas de la unificación del Derecho civil y vista la transacción que las Bases contienen, entiende aceptable para Mallorca la 7^a, tal como ha sido aprobado por el Congreso y significa su tendencia, una vez conocido el Código, de hacer en beneficio de la unidad todas las dimisiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de esta Isla”¹⁵⁰.

150 - Términos del Acta de la Junta, de 27 de junio de 1885. Reproduce en los mismos términos *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*. cit. Prólogo de Don Antonio Maura, pág. 10. También se reproducen los términos de este Acuerdo en *Voto Particular*, cit, de Manuel GUASP Y PUJOL y SOCÍAS Y GRADOLÍ , pág. 7.

Durante el debate¹⁵¹ se apuntaron tres tendencias; una favorable a la unidad legislativa, que manifestó el Sr. Canals; otra, más mayoritaria, que era partidaria de la transacción, siempre que se procediera a la mayor brevedad a redactar el Apéndice, representada por los Sres. Ripoll; Guasp; Planas y Binimelis; y una tercera, particularista, seguida por el Sr. Palou y el Sr. Vallespir que pedían seguir como están, mantenimiento del *statu quo* pero apostaban por no seguir con “el derecho romano antiguo y el canónico” como supletorio.

Es evidente que los presupuestos de Aragón no se daban en Baleares; renunciar al *ius commune*, al Derecho Romano y canónico, como supletorio era renunciar a nuestra tradición jurídica.

La situación que llevó al Colegio de Abogados a tomar este Acuerdo lo relata D. Antonio Maura al comentar las bondades del citado art.7 de la Ley de Bases porque entendió¹⁵² que era, también, de sumo interés para Baleares. El Acuerdo¹⁵³ de la Junta del Colegio de Abogados se tomó diez días después de la presentación, por parte de Aragón¹⁵⁴, de la enmienda al art. 7 del Dictamen de la Comisión.

151 - Cfr. el debate en el Acta de la Junta de Gobierno de 27 de junio de 1885.

152 - “Hubiérala yo secundado (se refiere a la enmienda), en lo tocante a Baleares, de muy buen grado, desde el primer instante; pero me pareció que, en asunto tan grave, pecaría acaso de ligereza si no consultaba siquiera al órgano más auténtico de la opinión pública de mi país, en esta materia: el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca. Hice, pues, esta consulta, con intervención del dignísimo Vocal correspondiente de la Comisión general de Codificación del Reino, D. Pedro Ripoll, seguro de que la respuesta, aunque llegaría después de aprobado el artículo por el Congreso, vendría en sazón oportuna para que pudiera ser atendida en el dictamen de la Comisión mixta de ambas Cámaras, como aconteció en realidad”. *La Legislación Foral de...* cit. Prólogo de Don Antonio Maura, pág. 10.

153 - GUASP comentó, posteriormente, “clara intuición y presentimiento de ello debió de tener el legislador y del daño irreparable que para Aragón y Mallorca representa simultanear la legislación común y la aforada, cuando en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 previno (art. 7º) (...). En nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla”. *Voto Particular*. cit. pág. 7. No hay que olvidar la postura que mantuvieron estos juristas respecto de la pervivencia de nuestro derecho civil propio. Vid. *Voto Particular*. cit. Por otra parte PASCUAL GONZALEZ, Luis, se manifiesta en otros términos y admite que los representantes de Aragón y Mallorca admitieron de “buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del art. 13 de acuerdo con unos antecedentes, de clarísima significación, y no es justo suponer que el poder legislativo quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca”. *El Derecho civil de Mallorca*. Imprenta Mossen Alcover. Mallorca 1951, pág. 54.

154 - La enmienda se presentó el 17 de junio de 1885 y el Acuerdo del Colegio de Abogados es de 27 de junio de 1885.

3.3. La influencia de D. Antonio Maura. Su posición política y jurídica.

Antonio Maura tuvo una notable influencia en las decisiones que se irán tomando en el momento de la codificación y redacción del Apéndice al Código civil. Su inteligencia, dedicación y su posición política en Madrid (por 5 veces Presidente del Consejo de Ministros), así como su Presidencia en la Comisión de Códigos, convertirá a Maura en el jurista de referencia a quien pedir consejo. Esta influencia de Maura no fue sólo con Baleares, que era su tierra natal, sino con otros territorios forales al tiempo de la redacción de los Apéndices. Las Ponencias a los Apéndices, de la Comisión de Codificación, como preceptuaba el art. 6 de la Ley de Bases, las realizó personalmente y se conservan con sus notas a mano¹⁵⁵. Si nos ceñimos a los territorios de la Corona de Aragón, su influencia llegó, de forma muy potente, a Aragón de donde no era natural¹⁵⁶. Como Presidente de la Comisión de Códigos, con la colaboración del gran foralista Isábal¹⁵⁷ (fallecido Gil Bergés), Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, vocal de la Comisión, redactó, casi personalmente, el Apéndice de Aragón y se encargó de la Nota de Ponencia al Apéndice¹⁵⁸, que trabajó individualmente y con toda minuciosidad. D. Marcelino Isábal, en una carta al Director de Heraldo de Aragón¹⁵⁹, con ocasión de la aprobación del Apéndice por Real Decreto 7 de diciembre de 1925 y entró en vigor el 2/I/1926, después de reconocer que ha colaborado para que el Apéndice fuera una realidad, reconoce: “eso he hecho; pero nada más que eso. El Apéndice dista mucho de ser obra mía. Su primera redacción fue de D.Joaquín Bergés; la reciente es de D. Antonio Maura. Esos han sido los maestros y directores de la obra (...)”.

155 - Cfr. sig. 395/17 “Ponencia que se redacta para iniciar las deliberaciones de la Comisión Permanente de codificación acerca del Apéndice del Código civil...”.

156 - GIL Y GIL, Gil dice: “La especie de sugestión que sobre sus compañeros ejercía la poderosa inteligencia, así como el especial carácter de D. Antonio Maura, dio por resultado que la obra resulte producto de personas extrañas a nuestro territorio, casi personal del Presidente de la Comisión, por haberse encargado este señor, dando pruebas de una laboriosidad que debemos enaltecer en justicia, de redactar definitivamente el Apéndice. Resultando así para Aragón, lo que, según frase atribuida a D. Francisco Cambó, repugnaba a Cataluña; o sea tener un Código regional redactado por persona extraña a la región”. *Precedentes inmediatos y ligera crítica al Apéndice del Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*. (Discurso de apertura del curso 1928-1929 en la Universidad de Zaragoza). Tip. “La Academia”, Zaragoza 1928, pág. 19. Hay que advertir que Maura estudió la carrera de Derecho en Zaragoza. Por su parte, Gil, catedrático y foralista, era sobrino y ahijado de Gil Bergés.

157 - Con quien mantiene una fluida correspondencia que se conserva en la Fundación Antonio Maura (FAM) (sig. 373/5; 373/13; 283/1; 283/3; 283/9).

158 - Se conservan en FAM las Notas de Ponencia al Apéndice de Aragón, que demuestran el trabajo personal de Maura (signatura, 389/26).

159 - FAM sig. 373/4.

En el ABC de Madrid, el 7 de febrero de 1926¹⁶⁰, se da noticia del acto solemne en la Diputación de Zaragoza, con motivo de la aprobación del Apéndice de Aragón, donde se reconoció la labor de los artífices, Maura, Isábal y Piniés. El decano del Colegio de Abogados, D. José García Berenguer, reconoce la valiosa intervención de Maura en su elaboración, a quien dedica un cariñoso recuerdo (había fallecido hacía unos meses), poniendo de manifiesto que se licenció en Derecho por Zaragoza; el Sr. Piniés dijo que sin la figura de Maura “no se hubiera publicado el Apéndice, cuya labor en pro del Apéndice es verdadera, por ser de corazón”. Su hijo D. Gabriel Maura Gamazo¹⁶¹ que, también tomó la palabra, dijo que su padre dedicó los últimos años de su vida, hasta en sus últimos momentos, al estudio del Apéndice. Finalmente, el Ministro, Sr. Ponte, añadió que “si los hermanos Argensola habían ido a Castilla a enseñar el castellano, D. Antonio Maura, que era mallorquín, nos enseñó, desde Madrid, el Derecho foral aragonés a muchos que no lo habíamos aprendido”.

Como también se puede consultar la correspondencia¹⁶² para calibrar la intervención, aunque menor, en Cataluña.

Maura fue buen concedor de los derechos forales y pretendía su mantenimiento. No se quiera ver en Maura a un centralista aniquilador de los derechos propios, muy al contrario; si tenemos en cuenta la correspondencia y trabajos¹⁶³ de los que personalmente se ocupó en la redacción de los Apéndices al Código civil. Maura era partidario de codificar el derecho civil; de ordenar los derechos propios que en aquél momento su conocimiento era muy difícil; es común la afirmación de los distintos territorios que no se podía continuar con el *statu quo*. Sin embargo Maura se colocó en una postura intermedia; una conjunción de la preeminencia del Código civil, siguiendo el mandato constitucional, y mantenimiento de las instituciones de derecho propio; opción que no contentaba a todos los foralistas.

Maura fue un prestigioso abogado; inició su andadura política en 1881, a los 26 años de edad, como Diputado del Partido Liberal de la facción de Gamazo, que la encabeza a la muerte de su cuñado en 1901; había sido

160 - <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1926/02/07/031.html>.

161 - Dijo “El alma de D. Antonio Maura vibra entre nosotros –exclamó- con satisfacción, al ver terminada la obra patriótica del Apéndice, ya que toda su vida la consagró para enaltecer la obra patriótica de España”.

162 - Cfr. sig. 373/1 y 373/2. Hay otra documentación con Cataluña en sig. 355/21 (unos oficios de García Goyena de 21 y 24 de marzo de 1924, dirigidos al Presidente de la Comisión Foral de Cataluña para “excitar el celo” en la finalización de la redacción del Apéndice), entre otros. La correspondencia con Brocá, FAM, sig. 373/1 y 2.

163 - Se conservan en la FAM, catalogados en los Fondos de la Comisión de Codificación sig. (Caja nº 47).

avalado no sólo desde Madrid, sino con un amplio apoyo en Mallorca. Dedicó su esfuerzo al Regeneracionismo político, organizando incluso un Gabinete de *Regeneración Nacional*.

En el Partido Liberal-Fusionista luchaban distintos grupos, y uno de ellos eran los gamacistas, que giraban en torno a Antonio Maura, y en Mallorca estaba formado por un grupo de profesionales del derecho como Mariano Canals; Pascual Ribot; Miquel Socías Caimari; Gabriel Maura y el fiel Manuel Guasp, que será su cabeza visible en Mallorca hasta el final de su vida política. Posteriormente se unirá, también, José Socías y Gradolí.

En mayo de 1881, se celebraron elecciones municipales, y resultaron electos algunos de los representantes del maurismo mallorquín, Mariano Canals y Pascual Ribot como concejales del Ayuntamiento de Palma; y Manuel Guasp y Miguel Socías por la Diputación.

Es un momento en que Maura ejerce una gran influencia en determinados núcleos de poder de Mallorca. Ante las elecciones generales de agosto de 1881, Maura intentó ganar su escaño. Maura no pudo pactar una candidatura entre constitucionalistas y la facción maurista, por lo que se acercó a los posibilistas que lideraba Joaquín Fiol, que iba avalado por el apoyo de los grandes empresarios como Salas, Alzamora y Garcías; y a la vez conseguir el fracaso electoral, que consiguió, de los constitucionalistas liderados por Jeroni Rosselló; para ello trabajó desde Madrid, asegurando su escaño con Sagasta, en tanto que Guasp y Canals lo hacían desde Palma. Se formaron las Cortes con predominio de diputados del Partido Liberal-fusionista

En 1902, llega a un acuerdo con Silvela, con el que compartía ideales, integrándose los gamacistas en el Partido Conservador. Fue nombrado Presidente del Consejo de Ministros por cinco veces; la última desde 1921 a 1922, pocos años antes de su fallecimiento el 13 de diciembre de 1925. El Colegio de Abogados de Palma, que tantas veces pidió consejo a D. Antonio Maura, no homenajeará su figura hasta 1959. En la sesión de 14 de marzo de 1959 de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio, su Decano, D. Félix Pons Marqués, después de ilustrar sobre la personalidad de D. Antonio Maura, propuso: “1º Que, en homenaje póstumo al insigne jurista mallorquín D. Antonio Maura Montaner se le nombre Colegiado de Honor de esta Corporación. 2º Que el próximo día dos de Mayo, víspera de la fiesta patronal del Colegio, celebre solemne sesión académica en memoria de Maura y se incorpore su retrato en sitio destacado. 3ª Que, dada su vinculación familiar con el homenajeadado y las relevantes dotes que en él concurren, se invite al colegiado con residencia en Madrid D. Eugenio Lledonet Maura para que en dicha sesión haga uso de la palabra y evoque la figura y obra de su ilustre antepasado”. La propuesta se aprobó por unanimidad.

Con la llegada de Dato al poder en octubre de 1913 se produjo una

escisión en el seno del Partido conservador. Maura no pudo asumir, por inaceptables, las condiciones que le imponía el Rey Alfonso XIII y éste formó gobierno con Dato.

En Mallorca esta fractura en el Partido Conservador¹⁶⁴ entre datistas y mauristas tendrá una connotación añadida que dejará al Partido maurista mallorquín en horas bajas. La crisis interna se produjo a raíz de la Primera Guerra Mundial causante de una crisis económica e ideológica en Mallorca. El detonante fue el asunto de La Isleña Marítima, provocado por Joan March, que enfrentó a dos grandes sectores de la burguesía local. La vieja burguesía que abanderaba D. Manuel Salas y la nueva por Joan March. La compañía naviera era un símbolo isleño, fundada y controlada por republicanos y liberales, como Ramón Obrador, Jerónimo Pou, y en parte por un sector conservador vinculado al Crédito Balear, con Joan Aguiló. El Consejo de Administración estaba controlado por mauristas, Manuel Guasp era su Presidente. El grupo de D. Manuel Salas intentaba mantener el control de la naviera y oponía resistencia a perder el poder socioeconómico que pretendía arrebatarle el grupo liderado por Joan March.

A comienzos de 1915, antes de la escisión que conformó dos grupos, los datistas o idóneos, seguidores de Dato¹⁶⁵ cuyo jefe era José Socías y los mauristas encabezados por Manuel Guasp, el Comité ejecutivo del grupo de Maura en Mallorca estaba formado por los más avanzados del Partido conservador como Mariano Canals; José Socías; Joan Alcover; Juan Massanet; Antonio Barceló; Miquel Salom; Mariano Aguiló; Bartolomé Gayá; Rafael Moll; el Marqués de la Torre; Antonio Planas; Miquel Rosselló y Manuel Guasp.

Al poco tiempo dejaron la ejecutiva José Socías, que aún así intentó mantener contacto directo con Maura y Juan Massanet, que quedaron junto a Dato; abandonaron también las filas mauristas, Barceló; Sampol; Antoni Rosselló y Cazador, Jaume Suau; Aleix Corbella, entre otros. Se escinden del Casino La Peña y crean el Casino Centro Conservador con el Conde de Sallent, el Marqués de la Cenia, y José Socías. Esta fuerte escisión llevó a Maura a no presentar candidatos a las elecciones provinciales.

Se reorganiza el maurismo mallorquín sustituyeron las bajas y se nombró nueva Junta de La Peña¹⁶⁶ formada por Guasp, (Mariano) Canals; Salas, (Luis) Canals, Estades, (Joan) Alcover, (José) Alcover, Cladera, Vidal,

164 - Cfr. FULLANA I PUIGSERVER, Pere, *Antoni Maura i el maurisme a Mallorca (1853-1925)*. Lleonard Muntaner, Editor. Palma 1998, pp. 197 y ss.

165 - Ver más extensamente FULLANA I PUIGSERVER, Pere, *Antoni Maura...*, cit. pp. 193 y ss.

166 - El Casino de La Peña de Palma estaba formado por socios pertenecientes al sector dirigente del Partido Conservador.

Salom, Ribot, Mas, Muntaner, Socías, Gayá, Piña, Cortés, Morales, Rosselló, Fons, y Oliver entre otros. Se nombró Presidente del Partido Maurista en Mallorca a Manuel Guasp y Secretario a Miquel Rosselló. Muchos de ellos eran abogados de prestigio del Colegio de Abogados de Palma, algunos de los cuales habían invocado la intercesión de Maura consultando su parecer con motivo de seguir la propuesta de Gil Bergés sobre el art. 7 de la Ley de Bases; y posteriormente acudirán, nuevamente, como consecuencia de una Circular de la Fiscalía, de la que daremos cuenta. También, en el ámbito nacional, muchos juristas eran seguidores de Maura, recordemos a modo de ejemplo el ilustre jurista Juan Moneva y Puyol que presidía la Acción Regionalista Aragonesa, del grupo maurista. Recordemos, también, como se ha apuntado al inicio, la gran intervención que tuvo en las redacciones de los Apéndices.

4. La aprobación de la Ley de Bases del Código civil.

La inclusión de Baleares junto a Aragón en la Ley de Bases apareció por vez primera en el Diario de Sesiones nº 99, Apéndice nº 2, de 30 de Abril de 1888¹⁶⁷. Finalizada la Legislatura el 24 de diciembre de 1886, en sesión de 21 de junio de 1887¹⁶⁸ de la nueva Legislatura se leyó el Dictamen de la Comisión, que estaba presidida por Germán Gamazo. Se fueron sucediendo diversas vicisitudes, en especial respecto de la Base 3ª que regulaba el matrimonio; finalmente se debatió esta Base, que había quedado pendiente de discusión en la sesión de 19 de junio de 1885, en la sesión de 22 de marzo de 1888 y siguientes hasta la sesión del día 27 del mismo mes. Después que se elaborara un Dictamen por una Comisión Mixta Congreso-Senado, sobre las modificaciones introducidas, se aprobó en sesión de 1 de mayo de 1888 y fue sancionada por la regente Reina María Cristina como *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las Condiciones y Bases establecidas en la misma* y publicada en la Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888.

4.1 La publicación del Código civil.

Por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 se manda publicar el Código civil, de acuerdo con el art. 2 de la Ley de Bases de 1888, que se hará en dos ediciones por Ley de 26 de mayo de 1889 y el Real Decreto de 24 de julio de 1889. Publicado el Código civil, su vigencia alcanza a todos los territorios forales como supletorio en segundo grado (art.12.2 “como supletorio en defecto del que lo sea”), en defecto de su propio derecho supletorio, excepto en Aragón y Baleares, tal como el originario art. 13 Cc. disponía. El Código civil se convertía en Derecho general, al ser derecho vigente en todo el territorio español; en tanto que los derechos forales sólo mantienen vigencia

167 - *El Código civil. Debates Parlamentarios*, cit, pág. 987.

168 - *El Código civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 3792.

en sus respectivos ámbitos territoriales, por ello eran considerados derechos especiales¹⁶⁹.

4.2 La extensión del Código civil a Baleares.

Con la entrada en vigor del Código civil, la estructura territorial del ordenamiento civil español, respecto a la coexistencia de los derechos civiles propios, quedaba desigual por la redacción del art. 12.2 y del art. 13 Cc. que reproducían los artículos 5 y 7 de la Ley de Bases de 1888. La vigencia y el mantenimiento del derecho propio de los territorios forales convergen en dos vías. La vía general, de los territorios que siguen la del originario art. 12.2 que conservaban su actual régimen jurídico “por ahora en toda su integridad”; y la vía excepcional, del hoy derogado art. 13, donde el Código civil “empezará a regir...al mismo tiempo que en las provincias no aforadas” en Aragón e Islas Baleares; consecuencia de la transacción a la que se había llegado que justificaba el texto del art. 13 en aras de la pronta redacción y entrada en vigor de sus Apéndices¹⁷⁰.

Aún habiendo otorgado esta primacía a Aragón y Baleares, los territorios que seguían la vía del art. 12.2 Cc, también iniciarán la elaboración de los Apéndices al Código, como sistema de conservar sus instituciones propias, en un marco de excepción ya que alcanzaba tan sólo a “las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios”¹⁷¹.

IV.- El brote de la efervescencia por la “cuestión foral” al tiempo de la redacción de los Apéndices al Código civil.

“(…) La inquietud por el Derecho foral forma parte del ambiente de nuestro mundo jurídico desde hace muchos años. Nunca ha perdido (...)”

169 - BADOSA COLL, Ferran, *L'àmbit del dret...*, cit. Pág. 10.

170 - PASCUAL GONZÁLEZ *Derecho Civil de...*cit., pág. 55. respecto al art. 13 dice: “Este artículo, plasmación de la tendencia conciliadora de las regiones aragonesa y mallorquina, fue redactado con la firme creencia de que en brevísimo plazo aparecerían los anunciados Apéndices. Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y particularmente por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo. Al prolongarse esta solución provisional más allá de uno o dos años, y alcanzar la avanzada edad de doce lustros, ha producido unos resultados muy en disonancia con la satisfacción que motivó: problemas insolubles, incertidumbre en el derecho aplicable, confusionismo en importantes y delicadas áreas de nuestro derecho. Éstas son las secuelas que la Magistratura y el Foro Mallorquín han padecido –y padecen aún– a consecuencia de la redacción del artículo que examinamos y de su antecedente y complemento el art. 12”.

171 - LASSO GAITE *Crónica...* cit. Pág. 471.

actualidad”, en palabras de Hernández Gil¹⁷². Si dilatado y dificultoso fue el tiempo dedicado a la redacción del Código civil, no menos dilatada ni belicosa fue la elaboración de los Apéndices, hasta tal punto que sólo el de Aragón llegó a tener sanción legal en 1925, derogando, con su aprobación todo su cuerpo legal *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*. El sistema de Apéndices fracasó.

Para Aragón y Baleares, el art.7 de la Ley de Bases (que se incorporó al Código civil como originario art.13 Cc), abre la vía a los Apéndices. Su párrafo segundo dispone que en “el plazo más breve posible” se presentará el Proyecto de Ley en que “han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar”. Estos términos entrañaban, una vez en vigor el Apéndice, la derogación de todo el Derecho civil de Baleares, principal y supletorio; comenzando a regir el Código civil con la excepción de lo que estrictamente quedara incluido en el Apéndice.

El Ministro Canalejas, por Real Orden de 15 de octubre de 1889, recuerda a los Colegios de Abogados y a las Diputaciones de las provincias forales lo prevenido en el art. 5 de la Ley de Bases. Fue un recordatorio inútil; tan sólo Huesca envió su informe.

Durán y Bas, tras ocupar el cargo de Ministro de Gracia y Justicia el 4 de marzo de 1899, en el gabinete de Silvela, por Real Decreto de 17 de abril del mismo año, organiza la Comisión de Codificación nombrando Comisiones especiales, cuya composición se publica por Real Decreto de 24 de abril, indicando que la integraran Letrados representantes de Colegios de Abogados; de las Diputaciones provinciales y de la Universidad. La presidencia recaería en los Vocales correspondientes de la sección primera con sede en cada territorio. El mismo Real Decreto organiza la metodología de trabajo, que debía finalizar en seis meses y debía constar de tres trámites; 1) en primer lugar dar redacción a los Anteproyectos de Apéndice indicando las instituciones que querían conservar; 2) en segundo lugar, finalizada la redacción, deberían emitir su Informe los respectivos Colegios de Abogados y las Diputaciones Provinciales; y, finalmente, como último trámite, los Proyectos se presentarían a las Cortes oyendo, previamente, a la Comisión General de Codificación.

1. La redacción del Apéndice al Código civil de Baleares.

El art. 7 de la Ley de Bases decía que “presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar”.

172 - “Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del derecho”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1951, pág. 8.

Se constituyó en Baleares la Comisión, nombrada según directrices del Real Decreto de 24 de Abril de 1899, la presidía D. Pedro Ripoll y Palou, que era miembro de la sección primera de la Comisión de Codificación y redactor en 1880 de la *Memoria de las Instituciones* que se debían conservar junto a los 35 artículos que incluye como epílogo dicha Memoria. Dicha Comisión, que debía iniciar la redacción del Anteproyecto de Apéndice del Derecho Civil, quedó formada, además de su Presidente, por los vocales, D. Pedro Sampol, D. Manuel Guasp y Pujol, D. José Socías y Gradolí, que fueron nombrados en representación de la Diputación Provincial; por el Colegio de Abogados se nombró a D. Miguel Ignacio Font y Muntaner y a D. Enrique Sureda y Morera.

Iniciada ya la redacción, el Colegio de Abogados, en sesión de 22 de enero de 1902, presidida por su Decano D. Mariano Canals, “acordó unánimemente consignar en acta la satisfacción con que la Junta ha visto la meritoria labor de la Comisión codificadora del Derecho foral”

Se finalizó la redacción del Proyecto de Apéndice el 20 de febrero de 1903. El Proyecto constaba de 82 artículos; y se divide en 7 Títulos dedicados a: Título I: Del Estatje. Título II: De las Donaciones. Título III: De la Sucesión Testada. Título IV. De la Sucesión Intestada. Título V: Del Derecho de Acrecer. Título VI: De los Bienes de los Casados. Título VII: De los Censos.

Este Proyecto no se aprobó por unanimidad¹⁷³, sino por mayoría de los miembros de la Comisión; en el propio documento ya se anuncia el voto particular de dos de sus vocales, el Sr. Guasp y el Sr. Socías. Para cumplir con la exigencia del Real Decreto de 1899 faltaban dos Informes que eran preceptivos, el del Colegio de Abogados y el de la Diputación Provincial. Pasarán años hasta que se redacten estos Informes, porque se iniciará un período de relativa convulsión frente al Proyecto de Apéndice.

2. El nuevo “brote” de la “cuestión foral”.

La “cuestión foral” estaba madurando en los territorios vecinos. Cataluña iniciará una ofensiva contra la unificación civil que preveía que iba a producirse en el caso de aprobarse los Apéndices al Código civil. Incluso Aragón¹⁷⁴, que fue el impulsor del sistema del art. 7 Ley de Bases, también reabrirá la “cuestión” de la foralidad.

173 - Termina el documento del Proyecto: “Este es el articulado que ha redactado la Comisión por mayoría compuesta de los Excelentísimos Sres. D. Pedro Ripoll y D. Pedro Sampol y los Sres. D. Miguel Ignacio Font y D. Enrique Sureda, discrepando radicalmente los otros dos miembros de aquélla D. Manuel Guasp y D. José Socías, quienes formularán su parecer en voto particular.”

174 - ISABAL “Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea el estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas”, *Revista de derecho Privado*. 1920, T. VII.

Baleares participó, también, de esta conciencia sobre el mantenimiento del derecho propio, apelando, de nuevo, al consejo de D. Antonio Maura.

Ciertamente, el sistema de Apéndices no agradó porque suponía la derogación del derecho propio en aras del mantenimiento de unas pocas instituciones que se mantendrían vigentes.

Sin embargo, el elemento detonante que avivó la contestación de los territorios de *iura propria*, frente a la aplicación del derecho castellano, fue la doctrina jurisprudencial que mandaba aplicar el Código civil en materia sucesoria. Ahora bien, el foco importante lo encontramos en Mallorca.

2.1 La “Circular” de la Fiscalía de la Audiencia de Baleares.

La cuestión tuvo su inicio a raíz de una “Circular dirigida por la Fiscalía de la Audiencia de Mallorca a los funcionarios del Ministerio Fiscal”¹⁷⁵, que mandaba aplicar en Baleares el Código civil a la sucesión intestada.

El Tribunal Supremo iba manteniendo un criterio desigual. A partir de la Sentencia de 20 de marzo de 1893 aplicó a Cataluña el Código civil, ya que, como consecuencia del nuevo sistema de fuentes impuesto desde los Decretos de Nueva Planta dictados por Felipe V, entendió aplicable a los territorios forales la llamada Ley de Mostrencos de 1835; le seguirán, entre otras, la Sentencia de 10 de junio de 1914 que aplica a Aragón el Código civil, prescindiendo de los Fueros *De rebus vinculatis* y *De successionibus abintestato* así como de las Observancias 6^a y 7^a *De Testamentis*. Posteriormente el TS en Sentencias de 13 junio de 1914, de 7 de julio de 1915 y de 10 de diciembre de 1919, aplica, también, a Cataluña¹⁷⁶ el Código civil a las sucesiones intestadas. Pocos días después de la citada Sentencia de 10 de diciembre para Cataluña; el 13 de diciembre de 1919, el Tribunal Supremo aplicó, por vez primera a Mallorca, la misma doctrina.

El Fiscal del Tribunal Supremo, en Circular de 28 de abril de 1893¹⁷⁷ para la Audiencia de Barcelona, advierte que la legislación posterior al Decreto de Nueva Planta es legislación catalana, en estos términos “sobre esto no se ofrece dificultad. Esta surge, no enfrente de la legislación especial, sino en relación con la que, siendo general del Reino, por ser posterior al

175 - La referencia de la Circular la hemos encontrado en las Actas de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Palma, que más adelante comentaré. Quiero manifestar mi agradecimiento por la inestimable ayuda que me ha prestado D. Antonio Terrasa, Presidente del Tribunal Superior de Justicia Illes Balears, en la búsqueda de la Circular en los Archivos.

176 - Ver el comentario sobre esta aplicación en Cataluña, Guillem M. de BROCA, *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho Civil del mismo territorio en relación al Código Civil de España y la Jurisprudencia*. Generalitat de Catalunya. Departament de justícia 1985, pp. 495 y ss.

177 - *Memorias de la Fiscalía General* Instrucciones especiales dadas a Fiscales de Audiencias, Apéndice Segundo, p. 120. Mi agradecimiento al Fiscal Superior de las Illes Balears, D. Bartolomé Barceló que me facilitó la consulta de tales circulares. La circular para Barcelona hacía referencia a la Ley de enjuiciamiento civil sobre Tutela y Curatela.

Real Decreto llamado de Nueva Planta, constituye derecho de aquellas provincias forales, á la vez que las de derecho común”. Esta Circular establece un criterio común para las provincias forales; toda la legislación posterior al Decreto de Nueva Planta, emanada del Monarca, era de aplicación a los territorios forales, con preferencia a su derecho propio.

Sin negar la importancia de la repercusión¹⁷⁸ de las Sentencias del Tribunal Supremo que aplicaban el Código civil a Cataluña, Aragón y por último Baleares, por ceñirnos a la Corona de Aragón, en cuyos territorios hasta aquel momento se había aplicado el derecho romano en materia sucesoria; la situación de alarma que se creó fue motivada por una Circular del Fiscal de la Audiencia Territorial de Baleares de 1916, que mandaba aplicar el Código civil a las sucesiones intestadas y que no se dio en los otros territorios. ¿Cuál fue la razón?.

En primer lugar el Voto Particular al Proyecto de Apéndice de 1903.

En Baleares el caldo de cultivo era el apropiado. El 15 de septiembre de 1916, dos meses escasos antes de la Circular de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, D. Manuel Guasp y Pujol junto a D. José Socías y Gradolí, encabezando una restringida corriente de opinión del estamento jurídico que era más proclive a la unificación, emitieron un Voto Particular¹⁷⁹, contrario al Proyecto de Apéndice de 1903 que aprobó la mayoría de la Comisión y que estaba pendiente de los Informes del Colegio de Abogados y de la Diputación Provincial. Justificaban su deseo de unificación¹⁸⁰, de una parte, por la escasa defensa por el Derecho civil propio

178 - ISABAL en 1920, en el citado artículo *Los mostrencos en el Tribunal Supremo...*, cit., en el que dice que el TS en siete sentencias ha aplicado el Código y que las regiones de fuera mantenían viva su protesta contra esa absorbente tendencia uniformista. Nos da noticia de un opúsculo del Sr. Gil Bergés en defensa del derecho foral aragonés, amenazado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que plantea “si han de subsistir los sistemas de sucesión intestada foral o han de quedar definitivamente sacrificados, en el campo de la jurisprudencia, ante el Código, no obstante sus artículos 12 y 13 que obliga a respetarlos” RDP 1920, T. VII, pág. 354.

179 - *Voto Particular*, Escuela Tipográfica-Provincial 1916.

180 - Son elocuentes las palabras que podemos leer en el *Voto particular*, cit... pág. 6 “por el empeño de no haberse aceptado hace veintisiete años el Código civil, sobrevienen constantes engastes de diversas piezas exóticas y no siempre congruentes con nuestro sistema foral, que se reciben con sorpresa, se toleran con indiferencia y se incorporan definitivamente a nuestro derecho con el aumento de la deformidad que sufre el arlequinado fuero balear. Así van acampando clandestinamente las leyes pátrias en nuestro solar”.y concluyendo que “en definitiva, nuestro voto particular sintetiza y sus razonamientos se satisfacen declarándose vigente el Código civil sin más excepción foral que la de sustituir el apartado segundo del artículo 1315 por el siguiente: “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 la 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” pág. 25.

que hacían nuestros juristas; por otra, porque la publicación del Apéndice al Código civil supondría el freno al desarrollo del derecho consuetudinario. Entendían que “en nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla”¹⁸¹, por lo que se decantaban por declarar la vigencia del Código civil en Baleares sin más excepción foral que la de sustituir el apartado segundo del artículo 1315 por el siguiente: “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá, en las Islas Baleares, contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes...”.

Esta actitud uniformista¹⁸² de una minoría, ante el Proyecto de Apéndice, colocó a Mallorca como el lugar idóneo para iniciar un nuevo avance hacia la unificación civil; y no tanto por la posterior doctrina jurisprudencial¹⁸³ que aplicará, también a Baleares como a otras provincias de derecho propio¹⁸⁴, el Código civil para regular la sucesión intestada; sino por la Circular del Fiscal de 1916¹⁸⁵, que precedió a dicha Sentencia, que fue el detonante de esta avanzadilla unificadora.

2.2 El debate sobre la Circular de la Fiscalía en la Junta General extraordinaria de 21 de noviembre de 1916 del Colegio de Abogados. La contestación al avance de la unificación civil.

La reacción del Colegio de Abogados a la Circular, a la que posteriormente aludió Maspons en 1920, no se hizo esperar; se convocó Junta General, en sesión extraordinaria, para tomar un acuerdo¹⁸⁶ sobre la cuestión, y tiene

181 - *Voto Particular*, cit. pág. 7.

182 - Fue duramente criticada por la prensa local y catalana. En un artículo de Joan Estelrich, que escribía bajo el seudónimo de Joan Delilla, titulado “el dret foral”, dice “amdós (se refiere a Guasp y a Socías) vénen a donar una lliço de centrelisme al mateix Felip V qui respectà les nostres pragmàtiques i privilegis i el mateix Tribunal Suprem”. Se conserva en FAM sig. 355/20.

183 - En la ya citada Sentencia de 1919.

184 - Aragón, Navarra y Cataluña.

185 - En efecto, el resultando 3º dice que la demandada aportó como prueba documental “en la aportación a los autos de dos certificaciones libradas por los secretarios del Juzgado de primera instancia de Inca, en las que hacen constar que desde que tomaron posesión de sus cargos han visto aplicar en todos los asuntos en que han intervenido sobre declaración de herederos abintestato la Novela 118 de Justiniano, hasta que, con fecha 15 de noviembre de 1916, se aplicó por primera vez (...) el derecho común español”. Debemos entender, como consecuencia del mandato expedido en la Circular.

186 - “Se acordó por unanimidad, no adoptar en esta ocasión acuerdo alguno acerca de la repetida circular de la Fiscalía de esta Audiencia y esperar a que se celebre la próxima Junta general extraordinaria que habrá de ser convocada con motivo del Informe que ha de emitirse respecto del indicado Proyecto de Apéndice al Código civil”.

su reflejo en el Acta que relata con todo detalle el debate que se produjo en la sesión extraordinaria de 21 de noviembre de 1916, presidida por el Sr. Sureda, en sustitución del Decano Sr. Sbert, que explica la razón de la convocatoria¹⁸⁷, que no era otra que los términos de la preocupante¹⁸⁸ Circular que mandaba aplicar como único derecho, a la sucesión intestada, el Código civil. Los Sres. Colegiales, en su mayoría, se decantaron por la aplicación en Mallorca del Derecho Romano en materia sucesoria, pero se temió emitir y comunicar un acuerdo en defensa de la aplicación de las normas romanas, a causa de las recientes disensiones en el seno de la Junta, en referencia al voto particular que habían emitido los Sres. Guasp y Socías. Se aconsejó trasladar la posición del Colegio al Informe, que estaba pendiente, sobre el Proyecto de Apéndice redactado en 1903.

También se elevó una propuesta con el fin de comunicar a D. Antonio Maura y a los representantes por Mallorca en Cortes la situación, con la finalidad que gestionaran alguna medida que diera solución a tan grave perturbación. Se puso de manifiesto la conveniencia de recabar el apoyo de otras regiones forales, como Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya.

1) Los argumentos del debate de la Circular de 1916.

El Sr. Sureda, como Decano accidental, planteó el debate sobre la Circular, diciendo que, aún dictada la Ley de 1835, ésta no modificaba, en Mallorca, el orden sucesorio en la sucesión intestada “sino para los grados ulteriores al quinto”. En las numerosas intervenciones de los Sres Colegiales, la

187 - El acta dice que la convocatoria es debida a la “Circular dirigida por la Fiscalía de esta Audiencia a los funcionarios del Ministerio Fiscal correspondientes al territorio de Baleares y dictada en el sentido de que, en esta provincia, el Código civil es el único derecho aplicable a todas las sucesiones abintestato”.

188 - Dijo al iniciar la sesión: “determinar y resolver la actitud que debía adoptar el Colegio, si se creía deber adoptar alguna, en vista de la Circular...”, y añadió que “se había preocupado de lo que en ella se resuelve. Que estimando que muy pronto el Colegio habría de ocuparse en redactar el informe prevenido en el artículo 7º de la Ley de Bases del Código Civil acerca del Proyecto de Apéndice al mismo, formado por la Comisión especial de Derecho foral, entendía que por de pronto no debía tomarse resolución de ninguna clase, como no fuera insistir y afirmarse en cuanto mantuvo el Colegio en la exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en 1880 y en el convencimiento de que la jurisprudencia invocada en la Circular de que se trata, pronunciada toda ella, en contemplación a las disposiciones de la ley de 16 de mayo de 1835, no resultaba invocada con absoluta exactitud toda vez que esta ley no estableció orden sucesorio alguno sino para grados ulteriores al quinto con lo cual vino a respetar la legislación romana aplicada siempre en este territorio en orden a la sucesión intestada, en todo aquello que la ley de 1835 no había modificado, pero que si bien era éste el criterio de la Junta de Gobierno, había considerado por la gravedad que encerraban los términos de la Circular del Sr. Fiscal que debía llevar el asunto a la Junta General a fin de que ésta fuese la que en definitiva resolviese”.

mayoría defendieron la aplicación de la Novela 118 de Justiniano a la sucesión intestada, que se venía aplicando por costumbre. Acudir a la costumbre, como fuente del derecho, fue el mecanismo que se articuló para mantener la aplicación del Derecho Romano tras el Decreto de Nueva Planta y así lo aplicó el Tribunal Supremo, incluso hasta en la STS de 24 de octubre de 1964¹⁸⁹, en su Considerando Cuarto.

Tras la presentación del tema, el Sr. Sureda dio la palabra a los Sres Colegiales. La mayoría de las intervenciones corresponden al grupo de los mauristas.

D. Jerónimo Massanet, que era también periodista y dirigía el “Fomento del Civismo” a la vez que publicaba en su Revista “La Vanguardia balear”, inició el debate y, tras poner de manifiesto la lamentable doctrina que aplicaba el TS a los otros territorios forales (en Mallorca aún no se había aplicado, hasta la Sentencia de 1919), puso el énfasis en la Circular del Sr. Fiscal porque “encerraba a su juicio una extraordinaria gravedad, por cuanto, mediante ella, trata de imponerse a los fiscales municipales una norma de interpretación que discrepa de la que hasta hoy había seguido y (...) que está contra sus convicciones y que merma la independencia de criterio que deben tener estos funcionarios”.

En el debate¹⁹⁰ se pone de manifiesto que las sentencias anteriores a 1835 aplicaban el Derecho Romano “sin una sola excepción ni discrepancia de criterio en todos y cada uno de los casos”. Sin embargo añade que la Ley de Mostrencos “introdujo una novedad en aquella sucesión la de llamar al cónyuge viudo y al hijo natural reconocido”, pero como “esto no variaba en lo mas mínimo las sucesiones de descendientes, de ascendientes y de colaterales hasta el cuarto grado (que son en la práctica casi las únicas que se efectúan); y como éstas a la vez eran idénticas por la legislación común de entonces y por la romana, pudo entenderse y se entendió por todos, que subsistía vigente en Mallorca la Novela 118, con el aditamento, perfectamente compatible con ella, de la ley de Mostrencos. El Tribunal Supremo ahora, y ya en su fallo de 1893, lo interpreta de modo distinto” (se refiere a la Sentencia que aplicó el Código civil a Cataluña) y dice: “A tenor del Decreto de Nueva Planta, la ley de Mostrencos fue de general aplicación”(...); deduce el Supremo Tribunal que, desde aquella fecha, el sistema sucesorio toma el carácter de derecho común. Explica el Sr. Massanet que la ley de Mostrencos “no cambió el encasillado del derecho común ni del foral tratándose de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto

189 - Repertorio Aranzadi núm. 4494/1964.

190 - Consultar el Acta de la Junta General extraordinaria del Colegio de abogados de 21 de noviembre de 1916.

grado”; recordó que el Código civil había dejado subsistente el derecho foral escrito y consuetudinario¹⁹¹.

Le siguió en el uso de la palabra el Sr. Obrador que, después de exponer que según su parecer se aplicaba en Mallorca la Novela 118 que era completamente compatible con la Ley de Mostrencos, concluye diciendo que lo deseable sería que “se dirija el Colegio a nuestro ilustre paisano D. Antonio Maura, como presidente que es de la Comisión de Códigos, y también a nuestros representantes en Cortes, para que, por medio de una ley o del Apéndice al Código (pero pronto puesto que los casos apremian) se obtenga lo que deseamos”. Interviene, también, el Sr. Socías y Gradolí¹⁹² justificando, en coherencia con su actuación anterior, que no puede sumar su voto al de la Junta “pues la rotunda afirmación que en Mallorca rige el Derecho romano, en materia sucesoria, pugna con la opinión del dicente, modesta siempre pero siempre mantenida y proclamada, en unión de la autorizadísima de D. Manuel Guasp, al formular ambos el voto particular al Proyecto de Ley, formado por la Comisión foral de esta región”. Añadió que “celebra que un derecho más humano y modernizado sustituya al fin las arcaicas reglas del derecho justiniano, tan mutiladas por el derecho consuetudinario, para amoldarlas a nuevas aspiraciones y estructuras sociales...”¹⁹³.

D. Mariano Canals¹⁹⁴ apoyó a los dos Vocales de la Comisión que redactó el Apéndice. A su parecer¹⁹⁵ era conveniente aplazar el acuerdo sobre la

191 - Alega el Sr. Massanet, que incluso desde la Ley de Mostrencos, dado que no se propuso derogar los fueros, se ha continuado con la misma aplicación, por lo que “hubiera revivido en esta materia nuestro derecho foral, por virtud de la costumbre uniforme que interpretando aquella ley se ha venido siguiéndose; porque el Código civil ha dejado subsistente no sólo el derecho foral escrito, sino también el consuetudinario, ya suponiendo que existió la derogación del derecho escrito la costumbre seguida desde el año 1835 hasta nuestros días hubiera adquirido fuerza de ley”. Finaliza diciendo que resulta extraño que durante 80 años se hayan equivocado constantemente en la interpretación de las leyes “todos los letrados, los jurisconsultos, los funcionarios judiciales y el pueblo en masa, por lo que hay que admitir que existe y rige el derecho foral en las sucesiones intestadas, y que por lo mismo para aplicar el Código ...es conveniente con las disposiciones adecuadas para evitar el grave trastorno que originaría el retrotraer la derogación a ochenta años atrás”.

192 - Era uno de los dos vocales de la Comisión que hizo su voto particular al Proyecto de Apéndice, y tan sólo hacía dos meses lo había firmado (el 15 de septiembre de 1916).

193 - Parecidas afirmaciones utiliza en el voto particular. También intervino el Sr. Obrador diciendo que en todo caso se atemperara esta cuestión adoptando el Código en esta materia de sucesión intestada sin efecto retroactivo.

194 - Recordemos que sustituyó al Sr. Ripoll en la Comisión de Codificación.

195 - Extraído del Acta antes citada: “constituya una afirmación relativa a la vigencia del Derecho romano en esta isla, en materia sucesoria intestada, si dicho acuerdo ha de ir acompañado de salvedades respetables, que hagan dignísimos compañeros... toda vez que el Colegio ha de informarse en breve acerca del Proyecto de Apéndice al Código civil redactado por la Comisión designada al efecto, y del voto particular que lo acompaña, entonces será llegado el momento de que cada uno de los colegiales, examinando con detención las consideraciones que uno y otro trabajo contienen, fije su criterio”. Más adelante asume el criterio del Sr. Obrador y se muestra favorable a la aplicación no retroactiva del Código civil a las sucesiones intestadas.

Circular al momento de informar el Proyecto de Apéndice porque existían voces discrepantes. Precisamente por esta razón, el preceptivo Informe del Colegio de Abogados, estaba pendiente desde que finalizó la redacción del Proyecto en 1903; como lo estaba el de la Diputación. D. Mariano se adhiere, también, a la opinión del Sr. Obrador de recabar solución de nuestros representantes en Cortes con el fin de evitar las “perturbaciones que podría causar la aplicación del criterio del Supremo si se intentara dar efectos retroactivos”; y entiende conveniente “recabar el apoyo de las regiones forales de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya”. La misma opinión la formuló D. Luis Canals.

El Sr. Sureda contestó a los Sres. Socías y Obrador argumentando que a su entender eran perfectamente compatibles la Ley de 1835 que inspiraba la doctrina del Tribunal Supremo, citada en la Circular, con la sucesión intestada romana, “mientras ésta no traspase el sexto grado”. Opinión compartida por D. Francisco Massanet.

2) Los Acuerdos. El impulso a la aprobación del Proyecto de Apéndice.

Se acordó por unanimidad no adoptar acuerdo alguno sobre la Circular de la Fiscalía y esperar a la Junta General extraordinaria que se tendrá que convocar para emitir el Informe sobre el Proyecto de Apéndice al Código civil; y ante la gravedad de la Circular solicitan celeridad en la aprobación del Proyecto de Apéndice, aún con el temor a la reacción entre los Colegiales que presentaron el voto particular.

Se propone, también, solicitar la intercesión del Sr. Maura para que agilice la aprobación del Proyecto de Apéndice, con el fin de evitar que se aplique a Mallorca esta doctrina jurisprudencial como estaba ocurriendo en otros territorios forales.

Posteriormente, el Diputado Primero, Sr. Sureda, da cuenta a los Sres Colegiales, reunidos en Junta ordinaria, en la sesión de 28 de junio de 1917, que hallándose en Madrid y respondiendo al encargo que los Sres. Colegiales formularon en la Junta de Gobierno que lograra “alguna medida que evitase la retroactividad de la aplicación de los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sucesiones intestadas, a declaraciones de herederos legales pronunciadas con arreglo al Derecho romano aplicado constantemente en la materia en nuestro territorio, había solicitado y obtenido del Sr. Ministro de Gracia y Justicia una conferencia en la cual le expuso los antecedentes del asunto y la necesidad y justicia de cerrar la puerta a la revisión de aquellas declaraciones”; comentó que el Sr. Ministro¹⁹⁶ “se había hecho cargo de la justicia del deseo expuesto y estimado la conveniencia de

196 - Posiblemente el Ministro era D. Manuel de Burgos y Mazo, que fue nombrado el 11 de junio de 1917, y cesó el 3 de noviembre de 1917; el tiempo no debió ser suficiente para presentar la propuesta. O también pudiera ser, porque no indica la fecha de su estancia en Madrid, que se tratara del Ministro Ruíz Valarino, que cesó el 11 de junio de 1917, por lo que también le resultó imposible atender la petición.

acudir a su satisfacción por medio de una medida de carácter legislativo ; y que se había ofrecido a presentar a las Cortes el conveniente proyecto de ley en el sentido interesado”.

Tardará aun algunos años hasta que el Colegio de Abogados proceda a la aprobación del Informe.

2.3 El “clamoreo”¹⁹⁷ mediático y la posición de Maspons y Anglasell, como reacción a la Circular del Fiscal de Baleares y a la doctrina del Tribunal Supremo.

La reacción a la Circular de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Baleares sobre la aplicación del Código civil en Mallorca a las sucesiones intestadas no sólo se manifestó en el seno del Colegio de Abogados, sino que fue motivo de una fuerte repercusión en los periódicos de la época¹⁹⁸. Esta situación también tuvo una importante repercusión en Cataluña donde, D. Francisco de Paula Maspons y Anglasell, se erigió en el “embajador” de la causa foral, iniciando una dura contestación a la doctrina del Tribunal Supremo.

Maspons y Anglasell, hombre polifacético y uno de los principales abanderados de la causa foral, reivindicó para Cataluña su realidad política, cultural y jurídica; en ésta última centra su atención en los elementos diferenciadores del derecho catalán al que definía como un derecho emanado del pueblo, hecho a la medida de las personas; al contrario de lo que significaba el derecho castellano que estaba basado en la imposición, que inició Felipe V y siguió en la Codificación. Maspons viajó a Mallorca para recabar apoyo a favor de la causa foral; incluso la prensa, tanto mallorquina como catalana, da noticia de sus viajes y de la cuestión foral que se había reavivado con la doctrina del Tribunal Supremo y en Baleares, principalmente, por la Circular de la Fiscalía.

Si el prestigioso jurista catalán Durán y Bas fue quien lideró la “cuestión foral” al momento de la codificación civil, otro eminente jurista de Cataluña,

197 - Término utilizado por MASPONS Y ANGLASELL, “La perturbación del régimen...” cit., p. 104.

198 - En un artículo de DELILLA (Joan Estelrich) titulado “Dret Foral”, dice “Si les autoritats judicials persisteixen en llur criteri, la disposició del fiscal de l’Audiència desorganitzarà d’una vital faisó la nostre vida jurídica que seran innombrables els plets i litigis que s’en esdevindran”. FAM, sig. 355/20. En una Editorial de “La Direcció” donde firma Joan Estelrich (no DELILLA) Barcelona 3 de abril de 1917, FAM sig. 355/20 se manifiesta duramente contra la Circular. Estelrich fue el fundador del periódico regionalista *La Veu de Mallorca*. Se afilió, en 1917, a la Lliga Regionalista, por su amistad con Cambó, del que fue secretario. PEÑARRUBIA i MARQUÉS, I. da cuenta de esta repercusión mediática, *Els partits polítics davant el caciquismo i la qüestió nacional a Mallorca (1917-1923)*. Biblioteca Abad Oliva 105. Publicacions de l’Abadia de Montserrat 1991, pp. 199 y ss.

Maspons, reemprendió esta causa cuando se redactaban los Proyectos de Apéndice.

a) La “cruzada” de Maspons y Anglasell.

Dos fueron los motivos que le llevaron a iniciar una labor de mantenimiento del Derecho propio. 1) Por una parte, la incipiente jurisprudencia sobre la aplicación del Código civil a Cataluña y otros territorios forales en materia sucesoria, en detrimento del derecho propio. 2) Por otra porque, a propósito de la promulgación del Código de Derecho canónico en 1917, se temía que el nuevo Código derogara la vigencia en Cataluña del antiguo Derecho Canónico, como derecho supletorio. En una magnífica conferencia pronunciada en Madrid, el 15 de junio de 1918, bajo el título “La situación jurídica de Cataluña y la aprobación de los Apéndices al Código civil”¹⁹⁹ Maspons puso de relieve estas cuestiones.

Ahora bien, la situación en la que se encontraban los otros territorios forales distaba mucho de la que se había producido en Mallorca tras la Circular. Maspons y Anglasell, lo pone de relieve en otra conferencia²⁰⁰ pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 23 de marzo de 1920, al comentar la perturbación que producen las citadas Sentencias del Tribunal Supremo al régimen sucesorio catalán, y alude a la grave situación que se había producido en Mallorca. Textualmente dice: “En Cataluña no ocurrió lo que en Mallorca..., que el Fiscal de la Audiencia dirigió una Circular a los demás Fiscales, ordenándoles que, en adelante, inspiraran sus doctrinas en el criterio de esta naciente y no formada jurisprudencia; en Cataluña no ha ocurrido esto, y, por tanto, no ha podido ocurrir lo que en Mallorca aconteció después, o sea que fue tal el clamoreo que se levantó contra lo que se consideró un abuso intolerable de poder, que poco tiempo después, el Fiscal, atendiendo a indicaciones superiores muy atinadas, hubo de declarar sin vigor la circular”.

Esta cruzada la inició Maspons el año 1917 con especial interés en Mallorca. Nos dan razón las actas del Colegio de Abogados y la prensa de aquel momento. Maspons extendió, también, a Menorca esta fluida relación mantenida con Mallorca.

En una primera ocasión, en marzo de 1917, se trasladó a Palma con la finalidad de cambiar impresiones²⁰¹ sobre la elaboración del Proyecto de

199 - Se puede leer en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1918.

200 - Puede consultarse la conferencia, bajo el título “La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Privado*, T. VII, 1929, pp. 97 y ss., concretamente, p. 104.

201 - *La Publicidad* de Barcelona de 27 de marzo de 1917, en un artículo firmado por D. Miguel Durán y Tortajada, con el título “El régimen jurídico balear”, da cuenta de la estancia de Maspons en Palma. Precisamente coincide con la Junta extraordinaria del Colegio de Abogados, de 15 de marzo.

Apéndice, con los miembros de la Junta del Colegio de Abogados. Por una parte, ante la doctrina del Tribunal Supremo, parecía necesaria la pronta aprobación de los Apéndices, con el fin de atajar la indebida aplicación del Código civil. Por otra, el sistema de Apéndices no era la panacea, muy al contrario²⁰². Esta misma opinión de Maspons la comparte y así lo manifiesta el ilustre jurista menorquín Pere Ballester en una carta dirigida a Maspons, el 1 de enero de 1918, donde le comunica su imposibilidad de asistir a la Asamblea de Organización Jurídica a celebrar en Barcelona, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, le comenta: “Aixi estan molt malament ses regions aforadas; no poden avui estat petjor. I no mellorarían, ans bé passant els anys petjorarían més encara, si fossen sancionats els apèndix”²⁰³. Esta opinión no era compartida por Mallorca, la causa no era otra que el temor a la aplicación de la Circular de la Fiscalía.

El 19 de mayo de 1917, siendo Maspons vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona se trasladó, nuevamente, a Mallorca donde pronunció una conferencia sobre “El Derecho Foral Mallorquín”, en el Ayuntamiento de Palma, con la asistencia de un importante número de abogados de la Isla²⁰⁴ y de la que dieron cuenta los periódicos de Mallorca y de Barcelona²⁰⁵. Esta conferencia y las reuniones con los juristas de Mallorca tuvieron una importante repercusión. El periódico *La Veu de Mallorca*²⁰⁶ publica unas entrevistas a los juristas D. Enrique Sureda; D. Mariano Canals y D. José Socías para que dieran su valoración sobre las propuestas de Maspons. Todos coinciden en el fondo de la cuestión; los Apéndices de Mallorca y de Cataluña “pueden llegar a una unificación tan extrema como pretende que se realice el Sr. Maspons”, dijo Sureda, argumentando que el Apéndice se había redactado en 1902, y Cataluña aún está pendiente de redacción, y “en nuestro Apéndice (hemos conservado) el mismo espíritu balear (...) fundamentado, como dice el mismo señor Maspons, en el mismo espíritu que el que rige el suyo”. Mariano Canals, añade que la Comisión

202 - Esta es la opinión de Maspons que expuso en la antes citada conferencia pronunciada en Madrid, el 15 de junio de 1918 bajo el título “La situación jurídica de Cataluña y la aprobación de los Apéndices al Código civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1918.

203 - *Revista Jurídica de Cataluña*. 1918, pág. 267. Añadía Pere Ballester: “No sera amb transaccions entre’s centre i ses regions aforades que arribie a s’unitat legislativa civil, conforme se proposaren els autors d’es Codich que avui regeix”.

204 - Joan Delilla, en el artículo “Per al nostre dret”, da noticia de la importante conferencia, y comenta que se sentaron a su izquierda “el jurisconsult don Marià Canals; el diputat a Corts don Joseph Socías; i el capdevanter dels maurins mallorquins don Manuel Guasp”. A la derecha, don Ramón Obrador, don Joan Alcover; don Lluís Martí y el cronista de la ciudad D. Benet Pons. FAM sig. 355/20. Estos artículos se publicaban en la *Veu de Mallorca* y la *Veu de Catalunya*.

205 - *La Vanguardia* de 19 de marzo de 1917 (p. 6).

206 - *La Veu de Mallorca* 22 de marzo de 1917; se conserva copia FAM 355/20.

codificadora de Mallorca ya efectuó la redacción del Apéndice, por lo que debe considerarse disuelta “no puede, por lógica y por falta de oportunidad, ponerse en contacto y de acuerdo con una Comisión que, como la de Barcelona, subsiste activa y está actualmente trabajando en la codificación de su Apéndice”. Socias, fue más reaccionario, diciendo que “la cuestión jurídica es completamente distinta para Cataluña que para Mallorca”, y se fundamenta en los arts. 12 y 13 del Código civil.

Posteriormente Maspons también pronunciará la misma conferencia en el Ateneo de Mahón. Precisamente, en 1917 el jurista Pere Ballester, que fue un gran dinamizador cultural, publicó “El Derecho foral en Menorca”. Este “clamoreo” mediático indujo a D. Frederic Llansó, republicano, diputado en Cortes por Menorca, a ofrecer su concurso al Colegio de Abogados²⁰⁷ con el fin de defender en las Cortes la subsistencia de aquellas instituciones del derecho foral balear y así conseguir que prevalezca el espíritu de nuestra legislación.

b) La reunión en Barcelona de juristas catalanes con los representantes del Colegio de Abogados de Mallorca.

A los pocos días de regresar Maspons a Cataluña se desplazan a Barcelona los abogados D. Luis Alemany y Pujol y D. Luis Martí, invitados por el Sr. Maspons en correspondencia a su anterior visita. Podemos dar cuenta de esta reunión a través del Acta del Colegio de Abogados y de dos periódicos que reseñaron la noticia, entre otros.

D. Luis Alemany informa a los Colegiales reunidos en Junta, en la Sesión de 10 de junio de 1917, sobre el viaje a Barcelona y su reunión con los juristas catalanes. Explica que fueron obsequiados, en Barcelona, con un “banquete (...) en justa correspondencia a las atenciones dispensadas por los compañeros de Palma al abogado catalán D. Francisco Maspons”. Pone en conocimiento del Colegio cuales fueron los juristas asistentes a este acto: el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Sr. Decano del Colegio de Abogados y una “nutrida representación de compañeros”. Los diarios de la época nos dan cumplida razón de los presentes a este banquete²⁰⁸. Alemany informó a sus colegas que, en respuesta a la invitación y a las “alusiones que se hicieron al deseo de que se conservara el Fuero balear”, contestó “que él sería el intérprete de estos deseos y significándoles que en Mallorca nos encontramos en un plano distinto del suyo y que, si bien el exponente era partidario de dicha conservación, había notado tendencias contra el fuero, nacidas principalmente de la anarquía jurídica que imperaba, más que de hostilidad al mismo; no obstante lo cual la cuestión sería resuelta serenamente por el Colegio de Abogados, a quién competía decir la última

207 - Acta de la Junta del Colegio de Abogados en sesión de 19 de julio de 1917.

208 - Los citaremos más adelante.

palabra en uso de su derecho indiscutible”. La Junta manifestó su conformidad con lo expuesto por Alemany.

La prensa de Mallorca y la catalana se hizo eco de esta visita. La Circular de la Fiscalía había provocado una fuerte reacción mediática y se levantaron voces pidiendo el mantenimiento del derecho propio.

La *Veü de Mallorca* de 16 de junio de 1917 dedicó una amplia reseña a la estancia de los Sres. Alemany y Martí en Barcelona, donde se ha podido conocer otros detalles que no figuran en el acta del Colegio de Abogados. Reseña que Maspons después de manifestar a Alemany el encargo de Cataluña de transmitir al Decano Sr. Obrador y a todos los compañeros de Palma todo el afecto, añadió que les alentaban a luchar por la conservación de su Derecho; respondió Alemany, después de agradecer la labor realizada en su estancia en Palma, que en Mallorca tienen gran admiración a los catalanes, pero “no tenim la vostre valentia”. Justificó la presentación del voto particular por la anarquía existente a la hora de aplicar las leyes y manifestó la promesa de trabajar para que las leyes de la tierra sigan vivas, aunque no sabe si lo conseguirán.

Junto a esta reseña, otro artículo de opinión, firmado por “R. d’A”, en el mismo periódico, relata la estancia de Alemany y Martí en Barcelona; reseña una larga lista de asistentes a esta reunión, entre los que se encuentran Durán y Bas, Cambó, Ventosa y el presidente del Círculo maurista D. Jaume Trabal; comenta el articulista que estas cuestiones del Derecho son superiores a las cuestiones políticas y se extraña que el Sr. Alemany dejara entrever la escasa probabilidad de salir triunfante en la defensa del derecho de la tierra.

c) La anarquía jurídica imperante. La imposibilidad de seguir manteniendo el *statu quo*. La grave situación de Mallorca.

Pasados unos meses, el 27 de noviembre de 1917²⁰⁹, en el Discurso inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Sr. Maspons pone de relieve la anarquía jurídica existente que ya había manifestado Alemany en la reunión de Barcelona, lamentándose de las dificultades que existían para saber cual era el Derecho vigente en Cataluña. En efecto, contrastaba esta dificultad con la facilidad de aplicación de las normas tras la publicación del Código civil. Si esta era la situación de Cataluña, cuan mayor era la dificultad en Mallorca.

El diagnóstico de Maspons²¹⁰ es certero; la problemática se encuentra en

209 - Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona 1918, *La Reivindicació Jurídica de Catalunya*. Discurs llegit per el Sr. D. Francisco de P. Maspons i Anglasesell, President Accidental de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona en la sessió inaugural del curs de 1917-1918, celebrada el día 27 de noviembre de 1917.

210 - Entrevista de Miquel Durán y Tortajada, en *La publicidad*, Barcelona, martes 27 de marzo de 1917 (p. 3).

la falta de estudio y ordenación de los derechos propios de lo que deriva la dificultad de su aplicación, que ya había sido puesto de relieve en los anteriores Congresos jurídicos. Al comparar el Derecho catalán con el de Mallorca, decía Maspons que en Cataluña “creíamos que nuestro régimen jurídico no tenía materialmente tanta consistencia; pero luego cuando hemos acudido a las fuentes vivas de los archivos públicos y privados, a los autores clásicos y muy especialmente a la fuente primordialísima de la actuación viva del pueblo, nos hemos convencido de todo lo contrario. Algo parecido ocurrirá en Baleares con relación a su régimen jurídico”.

Mas adelante, el 18 de enero de 1918, el Sr. Maspons y Anglasell dirige una invitación²¹¹ al Decano del Colegio de Abogados de Palma a la Asamblea de Organización Jurídica que venía celebrando la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Anteriormente, en otra convocatoria de esta Asamblea del 28 al 30 de diciembre de 1916²¹², decía “lo ocorregut amb els Projectes d’Apèndix ja formulats es una plena demostració de la necessitat de la reforma”.

La respuesta del Colegio de Abogados de Palma a la invitación de Maspons demuestra la inseguridad jurídica que reina en Mallorca. La Junta de Gobierno del Colegio acuerda contestar a la invitación cursada por Maspons, en el “sentido de que el Colegio se ve en la imposibilidad de concurrir a aquella Asamblea toda vez que todavía no se ha pronunciado oficialmente respecto a la tendencia que se crea necesario amparar o sostener”²¹³. Pesaba la grave losa del pendiente Informe que sobre el Proyecto de Apéndice tenía que emitir el Colegio de Abogados, al que ya se había formulado el Voto Particular por dos de los miembros de la Comisión, el Sr. Guasp y el Sr. Socías.

2.4. Nueva solicitud de amparo a D. Antonio Maura.

Cuanta razón encerraba el diagnóstico de Maspons. El *statu quo* era el elemento de preocupación de los juristas de territorio foral; resultaba difícil la aplicación del derecho propio por la falta de estudios que posibilitaran su conocimiento. A este desconocimiento debemos unirle la anarquía existente; desde la Nueva Planta, en materia de fuentes del derecho; era difícil saber cuál era el aplicable. Los Tribunales de Justicia, más conocedores del derecho común y la mayor facilidad de aplicación de un texto sistematizado como el Código civil, conducía a aplicar en muchas ocasiones, indebidamente, el derecho llamado común en detrimento del derecho propio.

211 - Acta de la Junta del Colegio de Abogados, sesión de 6 de febrero de 1918.

212 - Se suspendió y se celebró el 4 al 6 de abril de 1917.

213 - Acta de 6 de febrero de 1918.

D. Mariano Canals mantenía una cordial y fluída relación con D. Antonio Maura, y le informaba de las cuestiones relacionadas con el derecho propio²¹⁴. Esta situación de anarquía jurídica que plantea Maspons, Canals la explica a Maura, respecto del derecho de Mallorca en una carta de 10 de octubre de 1916²¹⁵, rogándole que se acelere la aprobación del Apéndice para salir del *statu quo* en la que está sumida, ya que Baleares es, a su parecer, el territorio foral donde existe la mayor anarquía jurídica. No me resisto a transcribir unos párrafos de esta misiva, ya que refleja a la perfección la situación existente: “En esta región, en Mallorca, sobre todo, se ha creado un estado jurídico en el orden civil verdaderamente anárquico. Cuanto mas tiempo transcurra mayores son la confusión, la incertidumbre y mas lamentables y frecuentes los estragos que producen. El deslinde entre lo común y lo foral, la coexistencia y vigencia de nuestras peculiares instituciones escritas o consuetudinarias y hasta la entendididad (sic) de algunas de aquellas; todo se pone en tela de juicio. Por otra parte los jueces y magistrados que desconocen, que carecen de medios para conocer las especialidades de este territorio, ó mejor dicho, de cada una de las islas que lo forman, sientan doctrinas contrarias á nuestro régimen y pronuncian fallos contradictorios entre si, que generalmente quedan firmes, porque tenemos escasa confianza en el acierto del Supremo, desconocedor, como todos, del Derecho foral del Principado de Mallorca (título con que nos ha honrado el mas alto, aunque falible, Tribunal del Reino).

No creo que los gallegos, navarros, vizcaínos, catalanes y aragoneses hayan llegado hasta donde desgraciadamente hemos llegado nosotros, hasta la mas permisiva anarquía, ni que exista región en España que esté tan necesitada, tan urgente é imperiosamente necesitada como la nuestra de que se cumpla la Ley de Bases.

Completados desde ahora los trabajos de la Comisión de Baleares, conocidos los dos criterios, igualmente respetables, de la mayoría y minoría de sus vocales (ya se había formulado el voto particular), considero llegado el momento de que se pida informe a la Diputación provincial y al Colegio de Abogados; y de que coadyuemos á que no se prolongue indefinidamente el *statu quo*, que tanto daño nos infiere”.

En estos momentos se había producido el elemento detonante de la reafirmación foral. La situación de conmoción por la Circular de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Baleares y el temor ante la aplicación a Mallorca de la doctrina jurisprudencial que venía aplicando el Código civil a

214 - Como lo hacía Guasp en los asuntos políticos, al ser el jefe de su partido en Mallorca.

215 - Fundación Maura; sig. 355/20.

la sucesión intestada en detrimento del derecho propio a otros territorios forales como Navarra, Aragón y Cataluña, incitó, a algunos miembros del Colegio de Abogados, a proponer a los demás Sres. Colegiales que se contactara con D. Antonio Maura y con los representantes en Cortes por Mallorca; como ocurrió ante la duda de adherirse a la enmienda presentada por Gil Bergés al art. 7 de la Ley de Bases.

D. Antonio Maura, como cabeza del grupo de los mauristas, mantenía continuos contactos con sus seguidores políticos²¹⁶ y sus amigos de Mallorca, donde se le reconocía su extraordinaria valía; no sólo en temas políticos, sino en los jurídicos por su gran implicación con la tarea codificadora, ya que fue Presidente de la Comisión de Codificación, principalmente en la tarea de la elaboración de los Apéndices.

Tras la carta de Mariano Canals, en octubre de 1916, donde le relata la situación de anarquía jurídica en la que está sumida Baleares, porque afectaba a todas las Islas, la Junta General del Colegio de Abogados se reúne en sesión extraordinaria el 21 de noviembre de 1916²¹⁷ y se propuso pedir la colaboración de D. Antonio Maura, con la finalidad de evitar que la aplicación de la Circular de la Fiscalía tuviere efectos retroactivos. Era una cuestión acuciante que preocupó al Colegio de Abogados. Pasados unos meses en la sesión, también extraordinaria, de 15 de marzo de 1917, se insiste de nuevo en la idea de encontrar el modo de evitar un pronunciamiento del Tribunal Supremo aplicando a Mallorca el Código civil en materia sucesoria y especialmente a la sucesión intestada; como los que dictaba para los otros territorios forales.

D. Ramón Obrador recuerda que en la última sesión se había propuesto que se dirigieran “al Exmo Sr. D. Antonio Maura, como Presidente de la Comisión General de Codificación, una moción para ver el medio de evitar las revisiones de las declaraciones de herederos hechas en disconformidad con el derecho común... (para) que no tenga efecto retroactivo”. Este remedio, en opinión de D. José Socías²¹⁸, era imposible porque a su entender la situación es la que existe en las regiones aforadas, y en España no existe remedio contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo “que ha resuelto con grave perjuicio nuestro, la situación de que se trata”. La única solución, en opinión de D. Jerónimo Massanet, es hacer una manifestación expresa de que en Mallorca rige la costumbre. Socías (y puede causarnos cierto asombro porque

216 - Con Guasp mantuvo correspondencia continuada desde 1881 hasta 1923, poco antes del fallecimiento de Guasp, que murió en 1924, un año antes que Maura. Se puede consultar en la Fundación Antonio Maura Caja 47/carpeta n° 25.

217 - De la que hemos dado cuenta anteriormente al tratar la Circular de la Fiscalía.

218 - Que “era imposible el remedio que se trata de pedir al Sr. Maura”.

un año antes había firmado el Voto particular junto a Guasp pidiendo la aplicación del Código civil) añade que el remedio es atinado pero que “no tiene fe en el éxito, del que se felicitaría”. La propuesta de Obrador la apoya, también, D. Luis Alemany y éste añade dos cuestiones importantes, 1) Por una parte, pone de relieve que el Tribunal Supremo no ha fallado ningún caso para Mallorca, por lo que “quizás habría la posibilidad, ante la gravedad del trastorno local posible, de obtener una modificación sobre todo teniendo en cuenta que el mismo Tribunal Supremo ha dicho recientemente que el Derecho Romano es aplicable en Mallorca”. 2) Por otra, manifiesta la inutilidad de acudir al Sr. Maura porque “el poder legislativo no puede entrometerse en la esfera del poder ejecutivo y judicial”; opinión que comparte el Sr. Guasp, aunque entiende que es conveniente acudir a Maura, no como Presidente de la Comisión de Códigos, sino como particular.

Sureda insiste, también, en recabar la opinión de Maura, ya que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en ningún caso de Mallorca. Tanto Sureda como Canals manifiestan que no tienen conocimiento de ningún acto contra la Resolución del Supremo por parte de otras regiones forales. Guasp, inesperadamente, como antes Socías, se mostrará proclive al mantenimiento de nuestro derecho por lo que anima a hacer lo necesario “para remediar la posibilidad de una calamidad pública”.

3. El largo proceso para la aprobación por el Colegio de Abogados del Informe del Proyecto de Apéndice. Las posiciones del Colegio de Abogados de Mallorca.

El Colegio de Abogados tardó años en informar el Apéndice de 1903, que debía emitir preceptivamente (art.7.2 Ley de Bases), junto a la aprobación por la Diputación Provincial, antes de la aprobación del Apéndice por las Cortes, previamente oída la Comisión de Codificación.

El *iter* hacia la aprobación del Proyecto de Apéndice fue largo. La razón no era otra que la dificultad de Informarlo por el Colegio de Abogados a causa de la división de criterios entre los Sres. Colegiales de Mallorca.

Va a eclosionar la tendencia minoritaria uniformista de los partidarios de la aplicación del Código civil, sustentada no tanto por la falta de sentimientos hacia el derecho propio del territorio, sino por la dificultad de aplicación de un Derecho que no había logrado recopilarse (recordemos que la Obra de Canet, Mesquida y Zaforteza no llegó a obtener sanción legal), y que vino a denominarse “la anarquía jurídica” reinante, o simplemente el *statu quo*, como se calificaba a esta situación en los territorios forales; como también por el temor a la petrificación del derecho que podría derivar de la aprobación del Apéndice al Código civil.

Por otra parte la tendencia foralista que seguía el grupo mayoritario, que apostaba por el mantenimiento de lo que se vino en llamar la “personalidad jurídica”, eran partidarios de la aprobación del Apéndice, como mal menor y como bastión de defensa del *derecho propio* ante la indebida aplicación del Código civil. El elemento alarmante de esta división se puso de relieve cuando, los Sres Guasp y Socías, anunciaron su Voto Particular a la aprobación del Anteproyecto de 1903 porque dividía, aunque más aparentemente que en la esencia, el criterio unitario del Colegio de Abogados.

3.1 La posición centralista.

El decantamiento por el llamado “Derecho común”.

El Anteproyecto de Apéndice tenía que informarse, previamente, por el Colegio de Abogados. En la sesión de 25 de enero de 1916, el Sr. Sureda, como Decano accidental, enteró a la Junta de Gobierno de los pasos a realizar en cumplimiento de uno de los trámites para la aprobación del Proyecto de Apéndice al Código civil, que no era otro que el preceptivo Informe del Colegio de Abogados; por lo que anunció que se imprimiría el Anteproyecto y se repartiría entre los Colegiales y Diputados con el fin de que lo conozcan para la aprobación del Informe. D. Jerónimo Massanet advirtió que se recomendara a los Sres. Diputados en Cortes por Mallorca que procuren su rápida aprobación. Se convocó Junta en sesión extraordinaria para el 25 de marzo de 1917 con la finalidad de emitir el Informe pendiente²¹⁹.

Transcurridos unos meses desde la sesión del 15 de septiembre de 1916 y emitido el Voto Particular por Socías y Guasp, el Colegio se encontraba en una situación de división que repercutió, incluso, en la postura que adoptó²²⁰, como recordamos, de optar por demorar la respuesta a la Circular del Fiscal, que imponía a Mallorca la aplicación del Código civil en materia de sucesiones intestadas, al momento de la presentación del Informe del Proyecto de Apéndice.

Habían pasado años desde el anuncio del voto particular hasta que se emitió. Pasados unos días, Mariano Canals informó a Antonio Maura por carta de 10 de octubre de 1916²²¹ que “por fin ha sido formulado el voto particular que anunciaron hace años Manuel Guasp y Pepe Socías, cuando nuestra Comisión foral presentó el Anteproyecto de Apéndice al Código civil. Te lo remite Manuel (se refiere a Guasp) por este mismo correo”. Del

219 - El Sr. Sureda, en calidad de Decano accidental, dijo que “según el art. 7º de la Ley de Bases deben informar el Colegio de Abogados y la Diputación Provincial” Acta de 15 de marzo de 1917.

220 - El Sr. Sureda en la Sesión extraordinaria de 21 de noviembre de 1916, aconsejó no responder a la Circular del Fiscal, para evitar la fragmentación de la opinión del Colegio y esperar a emitir el Informe del Proyecto de Apéndice.

221 - Fundación Maura, sig. 355/20.

contenido de la carta queda claro que el último empujón a que desistieran o presentaran, Guasp y Socías, el voto particular, provino de la propia Comisión de Codificación. Canals informa a Maura en la misma carta que “El Secretario de la Comisión permanente de Codificación Sr. Alcaraz me escribió rogándome que invitara a Guasp y a Socías para que presentaran su trabajo a la mayor brevedad; y que una vez formulado, ó que desistieran de hacerlo, se lo comunicara a fin de que por R.O pudiera reclamarse los informes de la Diputación Provincial y del Colegio de Abogados”

La división de opiniones existente en el seno del Colegio afloró en la sesión extraordinaria de 15 de marzo de 1917. Se produjo un interesante debate centrado en la necesidad o no de nombrar una ponencia para que estudiara el Anteproyecto y proceder, luego, a su discusión. Las posiciones fueron encontradas; mientras unos eran partidarios de discutir y aprobar el Informe en aquella sesión, otros entendían que no se podía informar sin un previo conocimiento del Anteproyecto, por lo que se decantaban por la procedencia de nombrar una ponencia que realice un estudio previo; y se acordó pasarlo a votación. Ahora bien, la razón de fondo era otra.

Antes de iniciar la votación, los Sres Guasp, Socías y Sureda manifiestan que se abstendrían de votar porque los tres han formado parte de la Comisión redactora; y el Sr. Canals expone que también se abstiene porque deberá intervenir después; ya que D. Mariano Canals había sustituido a D. Pedro Ripoll, en la sección 1ª de la Comisión General de Codificación por Baleares²²², vacante por su fallecimiento. Dieciséis fueron los votos en contra del nombramiento de la Comisión; y veintisiete los votos a favor. Se acordó²²³ por unanimidad que estaría formada por siete miembros; y que debería entregar el estudio en el plazo de dos meses a contar desde la aceptación del cargo²²⁴. También, con algunas abstenciones, se acordó que no se orientara el trabajo de la Comisión para que tenga libertad para emitir el dictamen. Los ponentes elegidos²²⁵ fueron, D. Antonio Sbert; D. Ramón Obrador; D. José

222 - En la FAM se conserva la correspondencia respecto al nombramiento como vocal de la Sección 1ª por Baleares de la Comisión de Códigos a Mariano Canals, en sustitución de Ripoll, y buen amigo de Maura. En dos cartas Canals agradece a Maura este nombramiento, una de 10 de diciembre de 1914 y otra del 20 de diciembre del mismo año. También se conserva el escrito de aceptación de Canals del nombramiento de 18 de diciembre de 1914. sig. 373/6. También se conserva una carta de D. Enrique Sureda a D. Antonio Maura, de 29 de noviembre de 1914, en las que le solicita “si V. cree que ya que sea por méritos, que merezca me faltan, a lo menos por antecedentes, como suele decirse, puedo ser nombrado, yo le ruego que haga la merced de proponerme”, se refiere a ser nombrado Vocal de la Sección 1ª de la Comisión de Códigos en sustitución del finado Sr. Ripoll. Será elegido Canals.

223 - Con la abstención del Sr. Canals.

224 - Se acuerda por unanimidad.

225 - Además de las cuatro abstenciones antes citadas, se añade la de D. Jerónimo Massanet.

Alcover; D. Miguel Pons; D. Juan Tugores; D. Luis Canals; y D. Luis Alemany.

La auténtica cuestión de fondo del debate no fue otra que la división de criterio entre los Sres. Colegiales, unos partidarios de mantener los fueros; otros mas inclinados a la unificación civil.

3.2 Un canto a la foralidad. El Proyecto de Apéndice de Mallorca.

D. Ramón Obrador entona un canto a la denominada “personalidad jurídica mallorquina” ante los miembros de la Junta; se manifiesta partidario de mantener nuestro derecho. Achaca la causa de “ser borrosa nuestra legislación a la falta de Código”. Lamenta que aplicar el Derecho romano es a veces un caos, “nuestro fuero no ha de ser una cosa arcaica, fósil, sino que hay que buscar la forma de que el fuero mallorquín, sea evolucionable. Creo que en la práctica hemos renunciado a demasiadas cosas, creo que tal vez podría pedirse que se nombrase un vocal permanente para que en Madrid llevase la voz de la región. O el fuero ha de ser de cuerpo entero o hay que extenderle su partida de defunción. Me manifiesto amante del fuero, de la personalidad jurídica mallorquina”. Advierte de la dificultad que supondría una nueva divergencia dentro de la ponencia que se nombrará. Finalmente plantea que el Colegio conteste al Gobierno con una disyuntiva, decir, 1) esto es lo que tenemos; o 2) presentar lo que ha hecho la Comisión.

La opción seguida en el Apéndice la justifica el Sr. Sureda²²⁶, como redactor que fue del Anteproyecto; entiende que sólo cabían dos opciones, o decir lo que debía conservarse o lo que debía prescindirse. En cualquier caso no podía tratarse de un trabajo completo.

Por lo que se deduce del Acta de la Junta, los Abogados de Mallorca, así como los de Menorca e Ibiza, donde regían sus propias particularidades, no fueron participativos.

Sureda lamentó que al abrirse un trámite de consulta, para elaborar el anteproyecto, no fuera contestado en Mallorca salvo por dos abogados. En cuanto a Menorca y a Ibiza, lamentó la falta de respuesta. En consecuencia entendieron que el Anteproyecto de Apéndice al Código civil, sólo era de Mallorca. La prensa de la época se hacía eco de esta cuestión; Joan Delilla²²⁷ manifestaba su temor a que Menorca e Ibiza quedaran absorbidas por

226 - En un momento de la discusión, deja la Presidencia, que pasa a ocupar D. Miguel Rosselló, para plantear la cuestión de fondo.

227 - Dentro de la columna dedicada a “Per el Nostre Dret”, Delilla escribe “Sobretot és essencial que sien classificades les modalitats de Mallorca, Menorca i Iviça, no estatuïnt com a general lo que només s’usa a una contrada, ni volent imposar a totes les illes institucions que només son d’una, i vice-versa. A Menorca i a Iviça hi ha una por secular a ser absorbits per Mallorca; i convé no donar lloc a que es menifestin rezels, molt sovint ben fonementats, de menorquins i ivissens”. FAM (sig. 355/20).

Mallorca. Este respeto por las particularidades de las Islas que se constata en los trabajos del Apéndice, ya se había presentado en 1881 cuando el Colegio de Abogados elevó las Conclusiones de las instituciones vigentes al Ministro de Gracia y Justicia, donde decía que en este estudio se había tenido en cuenta “tan sólo en los fueros de esta isla de Mallorca, pues no le es lícito extender su acción a Menorca e Ibiza”.

Tomaron la palabra el Sr. Socías y el Sr. Guasp que, conjuntamente, habían formulado el Voto Particular. El Sr. Socías, más centralista (era el Presidente del grupo datista en Mallorca), proclamó su mallorquinidad y manifestó que el Apéndice significaba “petrificar nuestra personalidad jurídica, encerrando nuestros fueros en una tumba por falta de medios de que sea evolutivo nuestro estado foral, puesto que la costumbre contra ley está prohibida y el legislador no legislará sobre nuestra región sino sobre el derecho general”. No deja de ser acertada esta aseveración, en realidad esta aprehensión a los Apéndices era general, como se puso de manifiesto en el Congreso de Zaragoza de 1946. Esta es la razón por la que entiende que “el derecho común (es) un mal menor”. El Sr. Guasp, Presidente de los mauristas, más liberal, añade que lo que ahora se debía hacer es “indicar al Gobierno lo que conviene conservar de nuestro derecho foral”.

3.3 El Informe del Colegio de Abogados al Apéndice. El triunfo del “fuero”.

Queda aún un largo camino hasta la aprobación del Anteproyecto de Apéndice.

La Comisión nombrada para emitir el Dictamen sobre el Proyecto de Apéndice “declina el honor que se le confirió”; el Decano lo comunica a la Junta de Gobierno el 6 de julio de 1917; convoca Junta General Extraordinaria para el siguiente 27 de julio, donde debía tomarse acuerdo acerca de la “redacción del Anteproyecto de Apéndice y del Voto Particular formulado”.

En la sesión ordinaria de 26 de julio el Decano propuso la suspensión de la sesión extraordinaria del día siguiente por hallarse en Madrid el Sr. Sureda y Morera, “único sobreviviente”²²⁸ de la Comisión redactora del Anteproyecto de 1903. Se acordó por unanimidad suspender la celebración de la Junta y comunicarlo por prensa debido a la premura del tiempo. Por otra parte y dado que se iniciaba la época estival, se aplazó la reunión para la aprobación del Informe hasta pasado este período, ya que podría alargarse a varias sesiones.

228 - Descartando a los dos disidentes por el Voto Particular. Lo formaban D. Pedro Ripoll y Palou; D. Pedro Sampol, D. Manuel Guasp y Pujol, D. José Socías y Gradolí, D. Miguel Ignacio Font y Muntaner y D. Enrique Sureda y Morera.

Se acuerda²²⁹ convocar Junta General extraordinaria para el 9 de enero de 1918, a las cinco y media de la tarde al objeto de tomar acuerdo sobre el Informe del Anteproyecto de Apéndice.

La confrontación entre las dos tendencias se convierte en un elemento de incertidumbre para plantear la votación del Informe del Anteproyecto. No tenemos otra noticia del Anteproyecto hasta el 24 de enero de 1918. En esta sesión ordinaria el Decano²³⁰ insiste en la discrepancia entre el dictamen emitido por la Comisión y el Voto particular al mismo y manifiesta que espera encontrar una “fórmula armónica” entre ambas tendencias.

El Anteproyecto redactado por la Comisión sigue sin ser informado por el Colegio. Se había convocado Junta extraordinaria para tratarlo el 20 de junio de 1918 que se suspendió por enfermedad del Decano, Sr. Obrador. Nuevamente en la Junta de Gobierno de 16 de agosto de 1920, el Decano, Sr. Sureda, da cuenta de una carta de Socías, Guasp y Luis Canals “interesando a la Sala de Gobierno señale día á la General para continuar el asunto sobre derecho foral. Se acordó convocar á la General, para el fin indicado, el día 7 de septiembre próximo a las 17 horas”.

La situación de división entre los Colegiales a partir del Voto Particular, no había sido propicia para plantear el debate sobre la aprobación del texto del Anteproyecto. Sin embargo son los dos firmantes del Voto Particular, además de D. Luis Canals quienes solicitan se convoque la Junta.

Esta situación se alargó hasta que en Junta General de 7 de septiembre de 1920, se aprueba el texto articulado que se informa por el Colegio de Abogados.

La división de pareceres quedó zanjada en la aprobación del Informe que acompañaba el texto articulado, con el triunfo del “fuero”.

El Preámbulo²³¹ lo redacta el Sr. Obrador, es una oda al foralismo, un alegato donde confluyen las dificultades de formación del Apéndice por el temor a la petrificación del derecho con su aprobación, y por otro lado la

229 - En la sesión de 27 de noviembre de 1917.

230 - Explica que “la causa principal es el romanismo caótico que hace que alguien crea en la momificación del fuero y como también vacilan los unitaristas por el cambio radical y la perturbación que produciría la supresión del derecho foral, de todo esto nace el atasco y ello es el sólo motivo de no resolver, Dios nos ilumine después de estos tanteos y quiera que por fin hallemos la fórmula armónica necesaria para resolver con verdadero acierto; en beneficio de Balears” Acta de 24 de enero de 1918.

231 - Es necesario leer este Preámbulo, FERRER VANRELL, M.P. y MUNAR BERNAT, P., *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears*. Ed. Serveis Publicacions UIB. Palma 2002, pp. 131 a 136.

necesidad de su promulgación por las dificultades que comporta la aplicación de un derecho no codificado. A la vez ensalza el esfuerzo de mantenimiento del derecho propio, siempre amenazado, que ha sido fruto del amor a nuestro fuero. Para entender estos temores no me resisto a transcribir algunos párrafos que Obrador incluyó en el preámbulo “lo cierto y casi milagroso es, que haya podido mantenerse en pié y resistir las acometidas de fuera y de dentro...: derecho supletorio adverso, que lo desnaturaliza y socava con ampliaciones inadaptables; leyes especiales o adjetivas (hipotecaria, enjuiciamiento y otras) que cercenan y desvirtúan el espíritu de las nuestras; tribunales con funcionarios extraños que... se inclinan al derecho común; jurisprudencia francamente demoledora del fuero... y, para colmo de desdichas... en nuestra propia tierra, acudiendo más casi sin darse cuenta de ello, al Código civil, en vez de ir a nuestros antiguos códigos, a la Instituta o al Digesto, por la facilidad de su manejo, y para huir del fatigoso bucéo en el inextricable fondo de las Pandectas... El fuero,... necesita... que sea codificado (si se asusta el vocablo, póngase recopilado) y, principalmente, evolutivo”. Este era otro temor, la petrificación del derecho propio por la dificultad de adaptación legislativa, al existir un solo poder legislativo.

Uno de estos aspectos, la importancia de un texto codificado frente a la dificultad de aplicación de los derechos forales, se manifiesta en la correspondencia de Maura²³² con Guasp; Maura ya había manifestado la desventaja de los derechos forales frente a la importancia de un texto codificado. El 4 de mayo de 1889 le escribe Maura a Guasp, “celebré muchísimo lo que me dices del Código civil. Coincidimos totalmente. (...) Malo y todo, que no lo es tanto, el Código encierra grandes ventajas y luego la inmensa ventaja de ser Código”. Como hemos visto, Maura cambiará de parecer a lo largo de la redacción de los Apéndices. Maura no es un antiforalista recalcitrante, como se ha comprobado; sino un foralista moderado que, aún amando el derecho propio, elogia también las ventajas del Código civil. Maura, como Guasp, son más partidarios de mantener instituciones, no un “régimen jurídico”.

El texto articulado del Anteproyecto de Apéndice, que aprobó e informó el Colegio de Abogados, modificó, en algunos extremos, el redactado en 1903. Se suprimieron los artículos que hacían referencia a la aplicación del Código civil a Mallorca; así el art.4, que hacía una remisión general supletoria al Código civil en materia de donaciones en todo aquello no regulado en el Apéndice; el art. 11, que también era una norma de remisión general supletoria al Código civil en materia de disposiciones de última voluntad, en todo aquello no regulado en el Apéndice; también se suprimieron los arts. 45

232 - La correspondencia entre Maura y Guasp, principalmente sobre temas políticos, se conservan en el Archivo de la Fundación Maura, en caja 47, carpeta 25.

a 50 que remitían al código civil la regulación de la sucesión intestada; así como el art. 67 sobre regulación de la dote y el art. 74 sobre censos, todas ellas eran normas de remisión al Código civil.

Después de la Circular de la Fiscalía de 1916 y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919, se formuló una redacción clara del precepto que regulaba la sucesión intestada. Suprimido el art. 45 de remisión al Código civil, del texto de 1903, el nuevo art. 46 del Anteproyecto se redactó en los siguientes términos: “la sucesión intestada se rige en el territorio balear por el derecho romano justiniano...”. Por lo que toda la materia sucesoria queda regida por el Derecho Romano, como había sido tradición jurídica en Mallorca.

3.4 La inconclusa tramitación del Anteproyecto de Apéndice al Código civil de Baleares.

Redactado el magnífico Preámbulo del Anteproyecto de Apéndice por el Sr. Obrador, lo eleva al Ministro de Gracia y Justicia el 2 de junio de 1921²³³.

Maura tenía elaborada personalmente y editada (la edición es de 1921) la “Ponencia que se redacta para iniciar las deliberaciones de la Comisión Permanente de Codificación acerca del Apéndice del código civil correspondiente al derecho Foral de las Islas Baleares”²³⁴. El mismo trabajo realizado con la Ponencia del Apéndice de Aragón, lo dedica al de Baleares.

Posteriormente, el 16 de abril de 1923, Antonio Maura escribe²³⁵ a Guasp interesado en la aprobación del Apéndice de Baleares y le da las pautas que sigue la Comisión; le advierte que el Apéndice de Aragón está en una fase muy adelantada de discusión, en buena parte, por la inestimable colaboración²³⁶ de D. Marcelino Isabal, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza. Insta a Guasp a que se siga el mismo procedimiento que Aragón, y le comunica que su deseo es “obtener análoga colaboración durante el estudio y la formación de Apéndice de Baleares, que será, sin duda, mucho mas breve”. Maura calcula que en uno o dos meses, a razón de una junta semanal, se podrá terminar. Le advierte que dada la “edad avanzadísima de

233 - Maura recibe el Informe y se conserva publicado en la FAM 359/10.

234 - Madrid Imprenta de Jesús López San Bernardo 19 y 21, 1921. Esta ponencia, aunque editada era desconocida; la he localizado en la Fundación Antonio Maura sig. 395/17. Está anotada por Maura de su puño y letra. Sobre la tapa, a mano pone, 1920, oct. 31 Antonio Maura. Probablemente, debía ser la fecha que recibió el Anteproyecto aprobado por la Junta General del Colegio de Abogados de 7 de septiembre de 1920; sólo faltaba el preámbulo.

235 - La carta se conserva en FAM (Fundación Antonio Maura) sig. 359/10.

236 - Le dice Maura a Guasp en la carta “durante estos dos años ha asistido a nuestras sesiones ..., con gran provecho y con afianzamiento inestimable, sobre su directa experiencia forense, de nuestros juicios”.

nuestro Mno. Canals, que es el vocal balear, nos priva de llamarle” por lo que le manifiesta que el colaborador que le reemplace tenga “además de la personal y efectiva aptitud, una consagrada representación, autorizadora de sus pareceres; quien venga a deliberar en la Comisión debe ser algo más que un individuo electo”. Se muestra preocupado por encontrar la persona que se elija para colaborar, que tiene que tener un “elevado espíritu lo más imparcial que pueda ser, acerca de los límites en que las especialidades jurídicas de Baleares conservan verdadera y loable adhesión social”; se preocupa también por conocer “la extensión efectiva de las distintas especialidades forales, en las tres Islas”. Todo esto lo transmite porque confiesa que “son, entre otros, temas acerca de los cuales bien se te alcanza que no debo confiar, ni confiar, en mi personal conocimiento de las cosas, formado desde Madrid”.

Casi un año después, el Decano Sr. Sureda dio cuenta a la Junta celebrada el 19 de febrero de 1924, de la carta del Abogado D. Ramón Ortega, en la que le informa que la Ponencia del Directorio “ha escuchado con agrado...” la instancia del letrado Sr. Ortega a fin de que mantengan “las normas del abintestato de Vizcaya, Cataluña, Navarra, Baleares y Aragón que estaban vigentes en 1889 y que subsisten apoyadas por los artículos 12 y 13 y concordantes”. Se acuerda por unanimidad la conformidad con la carta, enviando el siguiente telegrama: “Presidente Diputación Provincial Zaragoza. Colegio Abogados Palma felicita expresivamente esa Corporación por acertada iniciativa interesar Poderes Públicos restauración fueros sucesorios vigentes. Sureda Decano accidental”.

El Apéndice de Baleares recibió también la preceptiva aprobación de la Diputación Provincial el 5 de mayo de 1924.

Pocos días después de aprobar el Proyecto de Apéndice la Diputación Provincial de Palma, el Obispo de Mallorca escribe a D. Antonio Maura, como Presidente de la Comisión de Códigos, en referencia a la aprobación por la Diputación del Apéndice interesándose en que se mantuviera la redacción sobre la imprescriptibilidad de los censos de acuerdo con “el dictamen emitido por D. Ramón Obrador” porque “se lesionarían muchos derechos de las Iglesias, de no resolverse en el sentido indicado”²³⁷. Maura, trabajador infatigable, debió ocuparse del asunto, porque guardaba en sus carpetas un libro “Derecho Foral Mallorquín. Nuevos datos sobre la Imprescriptibilidad del Capital de los censos y sus últimas 29 pensiones”. Tipografía La Esperanza, 1923. Es un Informe emitido por los letrados D. Ramón Obrador; D. Enrique Sureda; D. José Morell y D. Pedro Bonet de los Herreros. También conservaba cartas de Singala sobre censos y su libro²³⁸.

237 - FAM, sig. 373/4.

238 - FAM 359/10.

Poco después, en 1924 falleció D. Manuel Guasp²³⁹; y el 13 de diciembre de 1925 D. Antonio Maura.

Posteriormente, en 1926, el Decano del Colegio de Abogados, Sr. Rosselló (que había sido también del grupo maurista), visitó al Sr. Ministro de Gracia y Justicia con el fin de instar que se procediera a la promulgación del Apéndice, dando cuenta a la Junta del Colegio en sesión de 15 de abril de 1926 de este cometido.

El Apéndice de Aragón fue el único que recibió sanción legal en 1925; y el de Baleares que seguía el régimen del art. 7 Ley de Bases como Aragón, aún no se había promulgado. El Decano explicó a la Junta del Colegio que el Sr. Ministro le aseguró que a partir de mayo se concedería un breve plazo para Baleares con el fin de actualizar, si fuere preciso, el Apéndice y que “le elevara una comunicación razonada en el sentido expresado”. La Junta de Gobierno, por unanimidad, autorizó al Decano para llevar a cabo las actuaciones precisas, con el fin de conseguir la promulgación del Apéndice.

4. El cambio de sistema. La sanción legal del derecho civil propio.

El Anteproyecto de Apéndice al Código civil de las Islas Baleares nunca llegó a tener sanción legal. El sistema de Apéndices instaurado por el art. 7 de la Ley de Bases del Código civil de 1888 que debían contener las instituciones civiles que “convenga conservar” no dio el resultado previsto. La vía de los Apéndices no fue satisfactoria para los foralistas porque veían en este sistema la petrificación del derecho propio, la derogación de su “régimen jurídico” a cambio de conservar, tan sólo, un conjunto de instituciones que, como excepción, no podían derogarse.

A iniciativa del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, se convoca el Congreso de Zaragoza por Orden de 3 de Agosto de 1944 que se celebró del 3 al 9 de octubre de 1946, porque la “cuestión foral” seguía latente. Se esperaba que del Congreso surgiera la solución a este problema “tan enrarecido, de la cuestión foral”²⁴⁰. Se descartó el sistema de Apéndices y se presentó como solución un tránsito escalonado en dos momentos, para llegar a un Código General de Derecho Civil, 1) en primer lugar compilar las instituciones llamadas forales y regular las que se mantenían vigentes en

239 - En la Junta General Ordinaria de 28 de enero de 1925 se da cuenta del fallecimiento, el año anterior, del “eminente jurisconsulto y ex decano Doctor Don Manuel Guasp y Pujol”.

240 - Dice MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, Luis, “Ante la unificación del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado* Tomo XXVIII, 1944, pp. 220.

cada territorio, adecuando las no decaídas a la realidad del momento²⁴¹; 2) otorgar un margen de tiempo suficiente para el estudio y divulgación de los derechos forales, con el fin de determinar aquellas instituciones que debían incorporarse al futuro Código General.

Las Conclusiones del Congreso de Zaragoza de 1946 se reflejaron en la apuesta por las Compilaciones que pretendían una “sistematización adecuada de las instituciones históricas”, como disponía el artículo 3 del Decreto de 23 de mayo de 1947 de creación de las Comisiones de Juristas; y, según su Preámbulo, permitiría una comunicación entre los distintos derechos hispánicos y la búsqueda de unos principios comunes como primer paso para un Código civil general para toda España.

Tras este momento se intentaría encontrar un substrato nacional común para conformar un Código General, cuyas características serían objeto de discusión en un futuro Congreso, que se celebró en 1981, con unos presupuestos distintos ya que el régimen político del Estado había variado sensiblemente.

Se aprobó, finalmente, por ley estatal 5/1961, de 19 de abril, la Compilación de Derecho civil Especial de Baleares, después de una tortuosa andadura²⁴².

La Compilación aportó dos ventajas, por una parte, seguridad jurídica en su aplicación; como representó el Código civil respecto al Derecho castellano. En segundo lugar, aún tratándose de una ley estatal de mínimos, porque sólo se compilaban las instituciones que convenía conservar; a diferencia de los Apéndices, las instituciones reguladas iban precedidas de un rudimentario sistema de fuentes y de aplicación del derecho que permitía la interpretación a través de la “tradición jurídica balear” que equilibraba la identidad de las instituciones propias frente a la aplicación supletoria del Código civil. Al tratarse de una ley estatal ordinaria, tenía el mismo rango de ley que el Código civil, de lo que derivó la primacía de la ley posterior, además de ser la ley del territorio.

La cuestión foral no había finalizado con la publicación de las Compilaciones.

241 - La conclusión primera “la Compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente.

242 - Cfr. FERRER VANRELL, M.Pilar, “El iter histórico-legislativo de la Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares. Sus precedentes”, en *El dret viscut. 50 anys de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears (1961-2011)* (coord. M. Pilar Ferrer/Miguel Masot/Lluís J. Segura). Lleonard Muntaner Editor. Palma 2011, pp. 19-56.

V.- La nueva estructura competencial.

El *quid* de la “cuestión foral”.

La promulgación de la Constitución de 1978 había dado un giro importante a la situación foral, aunque no tan definitiva como se esperaba, debido a la interpretación restrictiva que el Tribunal Constitucional ofrecía de la regla 8ª del art. 149.1 CE²⁴³.

Dentro de la estructura competencial instaurada por la Constitución de 1978, la materia civil tiene un tratamiento que no es uniforme, porque el apartado 1 del art. 149 CE incluye la legislación civil como competencia exclusiva del Estado en su regla 8ª, que excepciona de dicha competencia, la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales”, siempre que lo hayan conservado (“allí donde exista”, dice el art.149.1.8 CE). Esta excepción a la competencia exclusiva se enmarca en dos condicionantes; 1) *ratione materiae*, la exclusiva competencia del Estado en materia civil cede ante el derecho civil foral. 2) Por razón del territorio, implica que la cesión competencial sólo se desplaza a aquéllos territorios que han conservado vigente, hasta el momento de la promulgación de la Constitución, su derecho civil.

Es así que una de las competencias que asume el Estatuto de Autonomía de Baleares es el Derecho civil propio²⁴⁴. Su legitimidad histórica fundamenta esta asunción competencial (“allí donde existan” art.149.1.8 CE), al ser el presupuesto para otorgar al Parlamento de las Illes Balears la competencia legislativa, abolida en 1707; porque los Derechos civiles territoriales que la Constitución reconoce son una realidad anterior a la propia Constitución.

Si la Constitución abrió una nueva etapa a los derechos civiles propios, al recuperar los territorios forales la potestad legislativa, junto a la asunción de la competencia en derecho civil, presagiaba el final de la llamada “cuestión foral”; pero no ha resultado simple porque la “cuestión foral” se había cerrado en falso.

Los derechos civiles autonómicos siguen sin recuperar la extensión del ámbito competencial del que, históricamente, gozaron. Los términos constitucionales que otorgaban competencia, a los antiguos territorios forales, en la “conservación, modificación y desarrollo” de su derecho civil,

243 - No entro en el estudio que plantea la regla 8ª del art. 149.1 CE, y lo remito al que publiqué “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, en InDret.com, 3/2008 y a la bibliografía allí citada.

244 - En el originario art. 10.21, por Ley Orgánica 2/1983, modificado por Ley Orgánica 3/1999, art. 10.23, y últimamente modificado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que ha dado lugar al vigente art. 30.27 EAIB.

han resultado conflictivos.

La cuestión competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se ha visto reflejada en una interpretación jurisprudencial sobre el alcance del término “desarrollo”, de marcado carácter restrictivo; porque algunos avances legislativos producidos en ciertas Comunidades Autónomas han sido consecuencia del desistimiento, por parte de los distintos Gobiernos del Estado, de los recursos de inconstitucionalidad, probablemente como consecuencia de transacciones políticas y no de esperadas resoluciones judiciales que dieran luz interpretativa a la tesis de las “instituciones conexas”²⁴⁵, doctrina seguida por el Tribunal Constitucional²⁴⁶.

Cataluña ha mantenido que la interpretación sobre el alcance de la competencia abarca todo el Derecho civil, excepto aquellas materias que “en todo caso” son de competencia exclusiva del Estado como excepciona el art.149.1.8 Constitución Española. Esta concepción le ha permitido legislar y promulgar cinco de los seis libros del Código civil de Cataluña, quedando pendiente el dedicado a obligaciones y contratos.

La tesis de las “instituciones conexas” mantenida por el Tribunal Constitucional no se aviene con la recuperación de la competencia legislativa en derecho civil; porque desarrollar por conexión las parcas Compilaciones²⁴⁷ y, en nuestro caso, la exigua Compilación balear, impediría la adaptación de

245 - Descrita por DELGADO ECHEVERRIA, Jesús en *La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán* en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona 1980 pág. 45. Del mismo autor, *Doctrina reciente del Tribunal constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*. En *IURIS Quaderns de política jurídica I* (1994) pág. 37 a 76. Para entender el concepto de “desarrollo” y la teoría de la conexión, ver el estudio de Ferran BADOSA COLL, *La recent jurisprudència constitucional...* cit. pág. 2 y ss. COCA PAYERAS, Miguel, ordena en seis facetas la tesis de las instituciones conexas que elabora la STC 88/1993, en su FJ 3. *Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional*. RJC, 1994, n° 2, pág. 439 y ss.

246 - La Sentencia 88/1993, de 12 de marzo sobre la ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos aplica la tesis de las instituciones conexas con las ya reguladas “dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta (se refiere a la Compilación) según los principios informadores peculiares del Derecho foral” (FJ3°); doctrina que consolida la Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, sobre el Decreto Legislativo balear 79/1990, por el que se aprueba el Texto Refundido de nuestra Compilación, determinando que el desarrollo alcanza a “la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guardan una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”.

247 - El “Derecho civil no se confunde ni se agota en el recogido –en un momento y en unas circunstancias históricas muy determinadas– en las respectivas Compilaciones”, ESPIAU ESPIAU “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho Europeo”. *Derecho Privado y Constitución* n° 14, 2000, p. 81.

nuestro derecho a las necesidades demandadas hoy por la sociedad²⁴⁸. Esto nos lleva a dilucidar si, la competencia “legislación civil” que el art. 149.1.8 Constitución Española atribuye al Estado, es el mismo objeto competencial que el “derecho civil” que las Comunidades Autónomas pueden “conservar, modificar y desarrollar”.

Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional parece que la respuesta es negativa. Esta distinción dificulta su entendimiento porque, tan legislación civil es la que dicta el Estado como la emanada de los Parlamentos Autonómicos²⁴⁹ que tienen asumida la competencia. Por otra parte, también sorprende que ninguna mancha de inconstitucionalidad se haya planteado sobre legislación en materia de derecho civil, emanada de los Parlamentos Autonómicos, que no guardan ninguna conexión con los textos compilados, léase normativa sobre Parejas Estables²⁵⁰, Mediación Familiar; Voluntades Anticipadas; Derechos del Consumidor entre otras, sin entrar en la legislación civil emanada de Parlamentos autonómicos sin competencia en esta materia.

Las últimas reformas de algunos Estatutos de Autonomía han pretendido superar la doctrina de las “instituciones conexas” dando una redacción constitucional y clara a la competencia asumida en derecho civil. Cataluña pretendió con los términos del vigente art. 129 Estatut d’Autonomia de Catalunya de 2006 armonizar el ámbito competencial con la letra del art. 149.1.8 Constitución Española.

El Parlamento balear, más tímidamente, modificó, también, la redacción del derogado art. 10.23, en los términos del vigente art. 30.27 del texto estatutario aprobado por Ley Orgánica 1/2007 de 28 de febrero; aún

248 - EGEEA FERNÁNDEZ, Joan. “Competència en matèria de dret civil”. Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006. Generalitat de Catalunya 2010, pp. 342.

249 - En opinión de EGEEA FERNÁNDEZ, Joan, que mantiene: “Aquesta contraposició entre «conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials», d’una banda, i «legislació civil», de l’altra, parteix, al meu parer erròniament, del fet que, en abstracte, el Tribunal considera que l’objecte de la competència és materialment diferent per a l’Estat i per a les comunitats autònomes. Dic erròniament perquè no hi pot haver cap mena de dubte sobre que tan legislació civil és la que dicta l’Estat com la que aprova el Parlament de Catalunya”. “Competencia en matèria de dret civil”, “Competencia en matèria...” cit. p. 342.

250 - “La Ley de Uniones Estables de Pareja (LUEP) es un caso claro de legislación *per saltum* prescindiendo de la teoría de la conexión de instituciones. La LUEP creaba una institución completamente nueva: la pareja de hecho homo y heterosexual”. En opinión de BADOSA COLL, F. “Sentencia 31/2010, 28 de junio”. Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006. Generalitat de Catalunya 2010. p. 337.

manteniendo los términos “conservación, modificación y desarrollo”, ha intentado ofrecer una interpretación extensiva, al añadir expresamente los términos del último párrafo de la regla 8ª del art. 149.1 Constitución Española, como límite de su competencia.

La esperada resolución al recurso de inconstitucionalidad sobre el art. 129 del Estatuto de Cataluña abrigaba la esperanza de una nueva interpretación del texto constitucional, más acorde con la necesaria realidad del ámbito competencial en derecho civil.

La Sentencia 31/2010, de 28 de junio poco ha aportado a este entendimiento. El artículo 129 Estatut d’Autonomia de Catalunya (de 2006), objeto del recurso de inconstitucionalidad, que dice “corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, excepto en las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña”, ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 76 de la citada Sentencia Tribunal Constitucional 31/2010, conforme a la Constitución, con la interpretación que determina. ¿Se reanuda así, nuevamente, el viejo problema interpretativo sobre el ámbito competencial en derecho civil de las Comunidades Autónomas que, constitucionalmente lo han asumido?.

De la Sentencia Tribunal Constitucional 31/2010 podemos extraer varios argumentos:

1º En primer lugar el Tribunal Constitucional mantiene la nota de la “inalterabilidad de criterio”.

El Tribunal Constitucional no se ocupa de procurar una interpretación clara y acorde con las necesidades actuales (32 años después de la redacción del precepto)²⁵¹ y el estado jurídico existente. No podemos olvidar el avance legislativo en derecho civil emanado, principalmente, de algunos Parlamentos Autonómicos, como por ejemplo el de Cataluña.

El Tribunal Constitucional mantiene el criterio sentado en las Sentencias 88/1993, de 25 de abril y 156/1993, de 6 de mayo²⁵², fundamentada en la

251 - BADOSA COLL, F, pone de relieve la incongruencia de la retroactividad que deriva de la Sentencia que, “en el año 2010, la competencia civil de la Generalitat se mida según la normativa civil vigente el 29-XII-1979, que era la Compilación de 1960 y la Ley de Censos de 31-XII-1945. Esta localización temporal *ex tunc* es incompatible con la misma frase «conservación, modificación y desarrollo» que quiere aplicar (...) (en su opinión esta incongruencia se resuelve considerando) la «conservación, modificación y desarrollo» se deben referir a la normativa vigente en el año 2010”. “Sentencia 31/2010, de 28 de junio” cit. p. 338.

252 - Que declaró inconstitucional el art. 2 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.

teoría de la necesaria conectividad entre lo existente en 1978 y lo que se pretende regular hoy. El marco competencial por razón de la materia se encuadra así en las Compilaciones promulgadas por las Cortes Generales del régimen político preconstitucional existente en España.

2º. En segundo lugar, sigue la llamada “cuestión foral”. Esta afirmación la basamos en dos motivos que podemos deducir de la Sentencia; a) por una parte, sigue calificando de “derechos forales o especiales” a los derechos civiles autonómicos. b) Por otra, incluso en las concretas y expresas competencias atribuidas por la Constitución, como es el supuesto de la competencia en fuentes del derecho civil autonómico, intenta neutralizarlas, sin la necesaria claridad del argumento que sostiene, dice “la competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico derecho, siendo claro que esa competencia ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para “la determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privados de los distintos Derechos forales o especiales”.

Si a estos dos motivos le añadimos la restricción interpretativa de la competencia basada en la tesis de la conexión, podemos mantener que la “cuestión foral” sigue. En esta larga andadura desde 1978, el Tribunal Constitucional aún no ha despejado la interpretación del art. 149.1.8, cuando la literalidad parece clara.

Añadiremos dos argumentos que ya esgrimió el recurrente, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 10 de abril de 2003 por el Gobierno de la Nación contra la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña, que nos reafirman en la consideración que “la cuestión foral” sigue latente. 1) Por una parte, niega el calificativo de “régimen jurídico” al derecho civil catalán; y lo expresa en estos términos, refiriéndose a la Primera Llei del Codi Civil de Catalunya: “manifiesta una pretensión codificadora que resulta incompatible con la Constitución, al tratar de establecer un régimen jurídico de Derecho civil para Cataluña completo e independiente del Derecho civil común estatal”. ¿Acaso el recurrente piensa en las primeras *Memorias* de 1880, acerca de los principios e instituciones vigentes que por su vital importancia eran indispensables conservar, como excepción, en el futuro Código civil, como preceptuaba el art. 4 del Real Decreto de 2 de Febrero de 1889?; esta cuestión quedó superada por el art. 5 de la Ley de Bases de 1888, que pasó al originario art. 12 Código Civil donde permitía mantener, si bien “por ahora”, su “régimen jurídico”, en los territorios forales. Esta pretensión superada desde finales del siglo XIX, es motivo del recurso de inconstitucionalidad de la Ley catalana 29/2002.

2) Por otra, se sigue manteniendo (en el citado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana 29/2002) la dependencia, de los derechos civiles territoriales, del denominado “derecho común”, que se formula con el falso entendimiento que el Código civil es y debe ser siempre el derecho supletorio de los derechos civiles autonómicos. Esta afirmación la encontramos en los términos del recurrente cuando dice: “sin que ello pueda suponer nunca la creación de un sistema jurídico autónomo que inadmita cualquier grado de supletoriedad estatal”. Estas palabras conculcan, incluso, el apartado 3 del art. 149 CE, que determina la supletoriedad del derecho del Estado, entendiéndose en tanto no se haya procedido a legislar sobre las competencias asumidas. La supletoriedad del Derecho estatal se presenta en la Constitución como una supletoriedad temporal, en modo alguno, definitiva.

Seguramente no nos equivocamos si concluimos que sigue la llamada “cuestión foral”, cuando el sistema competencial establecido en la vigente Constitución lo daba por zanjado. O quizá nos equivocamos, porque la tesis de las instituciones conexas ha dado cabida a toda la construcción del ordenamiento civil emanado del Parlamento de Cataluña, si tenemos en cuenta que la Sentencia 31/2010 no tacha de inconstitucional los términos del art. 129 Estatut d’Autonomía de Catalunya, y silencia la labor normativa que en el ejercicio de la competencia en legislación civil ha promulgado el Parlamento catalán²⁵³.

Me queda recordar las palabras pronunciadas en las Cortes por Niceto Alcalá Zamora, el 14 de junio de 1916: “Es concesión mezquina, es merced menguada, es injusticia manifiesta limitar el derecho de las regiones, a conservar el Derecho foral; tenéis derecho, lo tenéis a renovarlo, según la tradición y las necesidades, en cuanto no afecte a la unidad fundamental del Estado”.

253 - Afirmación en la que seguimos la opinión de BADOSA COLL, F. que entiende que “el FJ 76.8 hace abstracción de la tarea normativa de la Generalitat, en ejercicio de su competencia civil (...) (por lo que cree que) es necesario valorar el silencio del FJ 76 como un juicio positivo sobre la constitucionalidad de la obra legislativa de la Generalitat hasta el 2010”. “Sentencia 31/2010, 28 de junio”. cit. p. 339.

V.2- CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO

La tradición académica y los estatutos de nuestra Corporación exigen que los discursos que leen los Académicos de nuevo ingreso sean contestados por un miembro de número de la Corporación. Por ello, al discurso de ingreso de la nueva académica D^a María Pilar Ferrer Vanrell, leído el 19 de Diciembre de 2011, siguió una lección magistral de la Académica y Catedrática de Derecho procesal D^a Isabel Tapia Fernández, que, precisamente, trató un tema que encajaba perfectamente con la última parte del discurso leído por la Sra. Ferrer Vanrell, como era la distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia.

En el discurso de contestación leído por la Doctora Sra. Tapia Fernández se parte del art. 149.1.5^a de la Constitución, que atribuye competencia legislativa al Estado en materia de Administración de Justicia, y se pregunta como se compadece ello con la atribución de facultades sobre la materia a los diversos parlamentos autonómicos, apuntando que la única forma de superar la disyuntiva no puede estar sino en la distinción entre un sentido amplio del concepto de Administración de Justicia –que atendería a los elementos que le sirven de soporte material y personal–, sobre los cuales pueden existir competencias autonómicas, y un sentido estricto –referido a la función jurisdiccional propiamente dicha y al órgano de gobierno del Poder Judicial– que demandaría siempre la legislación estatal. Y, en base a estas ideas, la ilustre Académica pasa revista a todas las sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional sobre esta interesante materia.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Isabel Tapia Fernández

SUMARIO:

- I. Introducción. Artículo 149.1 CE, apartados 5º y 6º.
- II. Normas atinentes al Poder Judicial y su gobierno.
 - 1. La Administración de Justicia y la “Administración de la Administración de Justicia”.
 - 2. Normas que atañen al Poder Judicial, su función y su gobierno.
 - 3. Normas referentes a los medios materiales y personales.
- III. Normas Procesales.
 - 1. Necesarias especialidades.
 - 2. Reiteración normativa.
 - 3. Tipo de procedimiento.
 - 4. Legitimación activa.
 - 5. Otras cuestiones procesales.
 - 6. Normas reguladoras del recurso de casación.

I. Introducción. El artículo 149.1 CE, apartados 5º y 6º.

La Constitución española, en su art. 149.1 proclama la competencia exclusiva del Estado en las concretas materias que señala. Entre éstas, establece en el nº 5 la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia; y en el nº 6, la competencia exclusiva en materia de legislación procesal. Y, con relación a esta última, excepciona un “sin perjuicio” alusivo a “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

En principio, por tanto, todo lo relativo a la Jurisdicción, entendida como potestad del Estado que, según el art. 117 es única y cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, es competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, dada la configuración territorial del Estado que existe en España a raíz de la Constitución de 1978, es posible atribuir a las CCAA una cierta potestad legislativa.

Ahora bien, esta limitada potestad legislativa ¿se extiende también a desarrollar la Constitución en materia atinente a la Administración de Justicia (o Poder Judicial, en sentido amplio)? Del mismo modo, puesto la potestad jurisdiccional se ejercita a través del proceso (entendido como cauce a través del cual se administra justicia) ¿es posible atribuir a las CCAA competencia para establecer normas procesales al margen de las generales del Estado?

A estas cuestiones voy a dedicar los minutos que siguen, advirtiéndole de que, por la singularidad del acto en que nos encontramos, sólo será posible dar unas notas generales que clarifiquen la complejidad de la materia; y precisando que me basaré, más que en opiniones doctrinales (todas doctísimas), en las resoluciones que el Tribunal Constitucional ha dictado con relación al problema.

Comenzare, así, estableciendo una primera distinción –como asimismo hace el art. 149.1 de la Constitución en sus apartados 5º y 6º–. En primer lugar, me referiré a la posible distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Administración de Justicia; y en segundo lugar a esta distribución de competencias en materia de legislación procesal.

II. Normas atinentes al Poder Judicial y su gobierno.

1. La Administración de Justicia y la “Administración de la Administración de Justicia”.

Según el art. 149.1.5ª de la Constitución, el Estado tiene competencia

exclusiva en materia de “Administración de Justicia”. La regla, en la dicción del texto constitucional, no admite excepción alguna (no admite “sin perjuicio” alguno), por lo que debería pensarse que todo lo relativo a la “organización de la justicia” es competencia del Estado.

Sin embargo, la mayoría de los Estatutos de autonomía contienen normas relativas a la Administración de Justicia, que atribuyen a la respectiva Comunidad Autónoma competencia para ejercer todas las facultades que la LOPJ reconozca o atribuya al Gobierno del Estado¹.

El problema, sin embargo, era que la LOPJ se promulgó después que los diversos EEAA, con lo que debió acudirse a la denominada “técnica subrogatoria”², esto es, a esa cláusula estatutaria según la cual en materia de Administración de Justicia corresponde a la CA ejercer todas las facultades que la LOPJ reconozca o atribuya al Gobierno del Estado. Por lo tanto, mediante estas cláusulas subrogatorias, las CCAA –partiendo de lo que diga la LOPJ– aceptan asumir la competencia que se reserve al poder ejecutivo central. Estas competencias podrán ser de naturaleza reglamentaria y de ejecución simple, quedando excluidas las competencias legislativas, con el límite propio de cada comunidad.

Ahora bien, si el art. 149.1.5^a CE atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de Administración de Justicia ¿cómo se compadece esta exclusividad, que no establece excepción alguna, con la atribución de esas facultades a los diversos Parlamentos autonómicos?

La respuesta obedece a una distinción que el propio Tribunal Constitucional (no sin voces discrepantes) ha efectuado con relación al concepto “Administración de Justicia” recogido en el art. 149.1.5.

En efecto, como examinaré a continuación, la jurisprudencia constitucional, al interpretar esa norma, ha venido distinguiendo entre un sentido estricto de Administración de Justicia, y un sentido amplio. El sentido estricto se refiere a la función jurisdiccional propiamente dicha, al órgano de gobierno del Poder Judicial, y a la organización de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desempeñar esa función jurisdiccional. En sentido amplio, la Administración de Justicia atiende más bien a los elementos que le sirven de soporte personal y material, pero no resultan esenciales en la función jurisdiccional ni en el gobierno del Poder Judicial.

1 - En el caso del EA de les Illes Balears, el art. 55.

2 - A las cláusulas subrogatorias como técnica empleada para la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA se refieren, principalmente, las SSTC 62/1990, de 30 de marzo y 56/1990, de 29 de marzo.

Así entendido, sólo el primero de ellos (el sentido estricto) constituye el núcleo esencial cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado. El segundo (el sentido amplio, esto es, lo que se viene denominando Administración de la Administración de Justicia) puede competir a las CCAA.

Esta doble interpretación de la expresión “Administración de Justicia” a que se refiere el art. 149.1.5ª de la Constitución, es recogida y reiterada sin fisuras (a pesar de que ha merecido algún voto particular) en las Sentencias que a continuación se reseñan.

Una de las más significativas es la STC 56/1990, de 29 de marzo, que recogiendo jurisprudencia anterior³, es seguida posteriormente por otras muchas sentencias⁴.

Se impugnaban en este caso determinados preceptos por vulneración de las cláusulas subrogatorias. Entienden los recurrentes (el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco) que el concepto de Administración de Justicia que el art. 149.1.5 CE utiliza para reservarlo como competencia exclusiva del Estado es susceptible de una doble interpretación: como Poder Judicial, esto es, como ejercicio de la función jurisdiccional, cuya competencia se reserva exclusivamente al Estado; y como lo que gráficamente podría denominarse “Administración de la Administración de Justicia”, en el que se incluye todo lo relacionado con los medios materiales y personales que sirven de ayuda o auxilio para el ejercicio de la función jurisdiccional, pero que no forma parte de ese núcleo irreductible que el art. 149.1.5 CE reserva al Estado. En este segundo aspecto es donde los EEAA pueden asumir competencias en virtud de la cláusula residual que establece el art. 149.3 CE (“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las CCAA, en virtud de sus respectivos Estatutos”).

A la vista de esta argumentación de los recurrentes, el TC declara en esta sentencia que, efectivamente, en ese proceso de aprobación de los Estatutos y de la Propia Constitución, se acudió a un técnica peculiar de asunción de competencias, como es la técnica subrogatoria. Esta supone una previa definición de campos por el legislador estatal para asumir luego las CCAA lo que se reserve al ejecutivo estatal. *“Dicho de otra manera, la introducción de un nuevo sistema de autogobierno llevó a los poderes públicos a aplazar la decisión sobre el alcance de las facultades de los distintos entes territoriales hasta que se realizara una previa operación de deslinde: qué afectaba al autogobierno y qué no afectaba al autogobierno...*

3 - Cfr. STC 108/1986, de 29 de julio, por ejemplo.

4 - SSTC 62/1990, de 30 de marzo; 105/2000, de 13 de abril; 97/2001, de 5 de abril; 253/2005, de 11 de Octubre.

Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y Administración de la Administración de Justicia”.

Y, en este sentido, puede afirmarse que la distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto en el concepto de Administración de Justicia no es algo irrelevante jurídicamente; pues al menos tiene valor para distinguir entre función jurisdiccional propiamente dicha y ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse esa función jurisdiccional, por un lado; y, por otro, otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal. Así —y cito textualmente—, *“el art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la “Administración de Justicia”; ello supone, en primer lugar... que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, “al servicio de la Administración de Justicia”, esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales”.*

A partir de esta Sentencia y de la interpretación que realiza de la expresión “Administración de Justicia”, el TC, al resolver casos concretos en que se plantea ante él la inconstitucionalidad de la norma autonómica, distingue con claridad entre las normas que atañen al Poder Judicial, su función y su gobierno; y las que hacen referencia a determinados medios personales y materiales que propiamente no se integran en el núcleo duro en que consiste la Administración de Justicia.

2. Normas que atañen al Poder Judicial, su función y su gobierno.

Entre las resoluciones del Tribunal Constitucional que declaran la competencia del Estado por tratarse de normas que atañen al Poder Judicial, su función y su gobierno, citaré las siguientes:

Un grupo de sentencias⁵ declaran la inconstitucionalidad de la norma

5 - SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 146/1996, de 19 de septiembre.

autonómica que atribuye a árbitros la potestad de resolver conflictos, como un equivalente a la función jurisdiccional. El TC entiende que esta materia es sólo competencia del Estado, por afectar al núcleo de la función jurisdiccional.

Otro grupo de sentencias resuelven supuestos en los que la norma autonómica lo que hace es atribuir función administrativa a órganos jurisdiccionales. El TC considera en estos casos que la cuestión pertenece al núcleo irreductible de la Administración de Justicia, por lo que tales normas son también inconstitucionales.

Así:

La STC 150/1998, de 2 de julio, declara la ausencia de competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para integrar a los Jueces de Primera Instancia en las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, y, por tanto, determina la inconstitucionalidad del art. 7.1 de la Ley de Castilla y León 14/1990, de Concentración Parcelaria, en la que se atribuía la presidencia de las comisiones locales al Juez de Primera Instancia a cuya jurisdicción correspondiera. Dice el TC en esta sentencia que *“parece obvio que en esa materia ha de ser incardinada la regulación de las funciones que hayan de desempeñar los Jueces y Magistrados, titulares del Poder Judicial. Si, como pretende la Comunidad Autónoma de Castilla y León, una Ley suya pudiera atribuir a los Jueces funciones distintas de la jurisdiccional, esta misma podría verse afectada. Debe ser el Estado, titular exclusivo de la competencia, quien pondere cuáles pueden realizar aquéllos, sin que por tal motivo la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas”*.

Por su parte, la STC 127/1999, de 1 de julio estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 10 de la Ley gallega en materia de montes vecinales en mano común, en el sentido de que entiende que la inclusión de Jueces o Magistrados como miembros de órganos administrativos (en este caso, de los Jurados Provinciales de Calificación) afecta a su estatuto jurídico y corresponde, por tanto al Estado.

La STC 341/2005, de 21 de diciembre, declara inconstitucional la norma autonómica de la Asamblea de Madrid (Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones) por tratarse de una norma de policía que permite la sustitución de la autorización del Protectorado por la intervención judicial para repudiar donaciones y herencias, razonando que *“la previsión de una intervención judicial, con audiencia del M. Fiscal, por mucho que responda a intereses jurídico-públicos, supone la articulación de un cauce procesal cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.6 CE”*.

Y, finalmente, la controvertida STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LO 6/2006, de 19 de

julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos del Título III, rubricado “Del Poder Judicial en Cataluña”, con el argumento anteriormente expuesto.

En efecto, razona esta Sentencia, en los Fundamentos Jurídicos 42 y siguientes, que para determinar si, como sostienen los recurrentes, el nuevo Estatuto catalán se ha extendido sobre materia reservada a la competencia estatal, hay que partir del principio de que una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad orgánica y funcional no alcanza en ningún caso a la jurisdicción, pues la función jurisdiccional “es siempre, y sólo, una función del Estado”. Ahora bien, esta unidad orgánica y funcional que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia es perfectamente compatible con el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de determinadas competencias en el ámbito de la ‘administración de la Administración de Justicia’, cuando así resulta de su titularidad sobre competencias propias de la vertiente puramente administrativa al servicio de la función jurisdiccional del Estado.

Y con base en esta declaración, la Sentencia hace una clara distinción:

Por lo que respecta al Consejo de Justicia de Cataluña (Capítulo II del Título III del Estatuto), el TC declara que *“es notorio que el Estatuto catalán incurre en un evidente exceso al crear en el art. 97 un Consejo de Justicia de Cataluña al que se califica como ‘órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña’ y cuyos actos lo serían de un ‘órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial’, siendo así que el Poder Judicial (cuya organización y funcionamiento están basados en el principio de unidad ex art. 117.5 CE) no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE). En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada..., pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra Ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo”*. Por lo tanto, declara la inconstitucionalidad del art. 97 del Estatuto de Cataluña, *“en la medida en que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como ‘órgano de gobierno del poder judicial’ que actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”*.

La misma inconstitucionalidad atañe al art. 98.2, que asigna al Consejo de Justicia de Cataluña atribuciones típicas de un órgano de gobierno del Poder Judicial, como la participación en la designación de presidentes de órganos judiciales, expedición de nombramientos y ceses de Jueces y

Magistrados temporales, funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados, inspección de Tribunales ... *“que afectan, sin duda a la función jurisdiccional propiamente dicha y a la ordenación de los elementos consustanciales a la determinación de la garantía de la independencia en su ejercicio”*.

Y del mismo modo, es inconstitucional y nulo el art. 99.1 del Estatuto, que regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo de Cataluña, y prevé la integración en él de Jueces, Magistrados, Fiscales o juristas de reconocido prestigio, y confiere su presidencia al Presidente del TSJ de Cataluña. La inconstitucionalidad de la norma se declara con relación a la excepción que establece el Estatuto con relación al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al atribuirle la presidencia del Consejo de Justicia de Cataluña, y deriva de que ello supondría hacer uso de la excepción contemplada en el art. 117.4 CE, que impide, por principio, que los Jueces ejerzan funciones ajenas a la potestad jurisdiccional.

Sin embargo, declara el Tribunal la constitucionalidad de los preceptos que atañen a la administración de la Administración de Justicia, *“en la medida en que dichas atribuciones se compatibilizan sin dificultad con el ámbito de las competencias asumibles por la Comunidad Autónoma en relación con la administración de la Administración de Justicia”*, como se verá a continuación.

3. Normas referentes a los medios materiales y personales.

Entre las resoluciones que declaran la competencia de las Comunidades Autónomas, por hacer referencia a determinados medios personales y materiales que propiamente no se integran en ese núcleo esencial propio del concepto de Administración de justicia, aludiré a las siguientes:

La STC 105/2000, de 13 de abril, dejó perfilados los rasgos más generales del marco en el que el Estado y las Comunidades Autónomas han de ejercer sus respectivas funciones en relación con el Estatuto Jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, estableciendo *“la necesaria existencia de un núcleo homogéneo en el régimen jurídico”* de ese personal, y reservando al Estado las materias que puedan afectar en forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de dicho personal, tal y como haya sido configurado en cada momento por la LOPJ. Respecto de estas materias, las denominadas cláusulas subrogatorias no podrán entrar en juego. Pero sin embargo *“podrán considerarse materia atribuida a las Comunidades autónomas cuando las materias contempladas sean algunas de aquellas que, con el alcance anteriormente indicado, permiten el juego de las cláusulas subrogatorias existentes en los correspondientes Estatutos o cuando la respectiva competencia se haya asumido por los entes autonómicos en virtud de otro título competencial”*. Y en virtud de esta doctrina, declara la

competencia de las Comunidades Autónomas en materia de horario y jornada de trabajo en las Secretarías y oficinas judiciales, por no pertenecer esta materia al “núcleo esencial” de la Administración de Justicia, dado que con ella no se interfiere el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y, en cuanto a determinados extremos y actuaciones ejecutivas que no tuvieran una dimensión supraautonómica, en materias relativas al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios judiciales, Médicos forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes), también es posible la competencia de las Comunidades Autónomas.

A esta sentencia se formularon sendos votos particulares que abiertamente discrepaban de la doctrina vertida en la sentencia mayoritariamente votada, según la cual es necesario distinguir entre un núcleo esencial de la Administración de Justicia y la Administración de la Administración de Justicia, haciendo reserva a la primera de la competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.5 CE, y a la segunda de la posible competencia de las CCAA. Los Magistrados disidentes defienden que tal distinción es una invención jurisprudencial que contradice el modelo del Poder Judicial diseñado en la Constitución.

Reproduce la argumentación mayoritariamente seguida, la STC 253/2005, de 11 de octubre, que resuelve un conflicto de competencias promovido por el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto del Gobierno Vasco 63/1998, de 31 de marzo, por el que se aprueba el acuerdo con las organizaciones sindicales sobre modernización en la prestación del servicio público en la Justicia.

En este caso se volvió a plantear la cuestión de distribución de competencias entre el Estado y los EEAA en materia de Administración de Justicia. Y recogiendo la doctrina vertida en la STC 105/2000, de 13 de abril, anteriormente citada, que interpreta el art. 471 LOPJ, declara la atribución a las CCAA con competencia sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia de un importante papel en la determinación de sus propias necesidades de recursos humanos en sus ámbitos territoriales, previendo su participación en la elaboración de la oferta de empleo público y otras intervenciones relevantes. Y, a partir de aquí, analiza los concretos preceptos impugnados, llegando a la conclusión de que no vulnera el orden de competencias la norma autonómica que configura como requisito esencial que las plantillas de la CA del País Vasco contengan la forma de provisión por concurso de méritos de los puestos de trabajo; ni los requisitos a que han de ajustarse sus relaciones de puestos de trabajo; ni la exigencia de conocimientos especiales, como el conocimiento del euskera en determinados puestos cuando de la naturaleza de las funciones a desempeñar se derive dicha exigencia; ni el establecimiento de un plus retributivo (complemento de productividad y específico) del personal al servicio de la Administración de

Justicia, siempre que se interprete de acuerdo con lo establecido en el art. 516 LOPJ, “*y sólo en tanto que dicho plus no mantenga su existencia autónoma como concepto retributivo respecto de los que integran el régimen regulado en la LOPJ, pues ello sería incompatible con la unidad que debe caracterizar a dicho sistema retributivo*”.

Planteando cuestiones semejantes, la STC 270/2006, de 13 de septiembre, declara ajustado a la Constitución las normas autonómicas que establecen los perfiles lingüísticos en las plantillas de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, contenidas en el Decreto de 26 de junio de 2001, de medidas para la normalización lingüística de la Administración de Justicia en la CA de Euskadi, por no constituir un elemento esencial del estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Por el contrario resuelve que sí vulnera la competencia del Estado y, por tanto es inconstitucional y nula la norma que determina que dentro de las relaciones de puestos de trabajo ha de haber un porcentaje de dichos puestos que tengan asignado el correspondiente perfil lingüístico, por cuanto “*el número de puestos de trabajo respecto de los cuales cabría exigir como requisito el conocimiento del euskera se hace depender... sólo y exclusivamente del factor lingüístico sin ninguna vinculación ‘a las funciones propias del puesto’, con lo que se contradice tanto el art. 530 LOPJ como nuestra propia doctrina sobre el particular contenida en la STC 253/2005*”.

Con cita asimismo de la STC 56/1990 de 29 de marzo, la STC 50/2006, de 16 de febrero, después de distinguir también entre un sentido amplio y otro estricto de la noción de Administración de Justicia, de manera que sólo en el segundo de ellos tienen cabida competencias autonómicas, resuelve los recursos planteados declarando que corresponde al Estado la competencia para designar las entidades de crédito en las que han de abrirse las cuentas judiciales y la contratación del servicio de apertura y gestión de las cuentas; así como para percibir los intereses que las mismas generen.

Finalmente, la STC 31/2010, de 28 de junio (del Estatuto de Autonomía de Cataluña), como he dicho anteriormente, siguiendo con la distinción jurisprudencial anteriormente apuntada (Administración de Justicia y administración de la Administración de Justicia), declara la constitucionalidad de los arts. 102 a 109, impugnados por 99 diputados del Partido Popular, referentes a la acreditación del conocimiento del catalán por los Magistrados, Jueces y Fiscales que ocupen una plaza en Cataluña. Hace derivar la constitucionalidad de dichos preceptos de la consecuencia inherente de la cooficialidad, y del derecho de opción lingüística que asiste a los ciudadanos; así como de la exigencia del conocimiento del Derecho propio de Cataluña para los Magistrados, Jueces y Fiscales que ocupen una plaza en Cataluña, en cuanto que –según el TC– este precepto estatutario no exige nada que no esté ya obligado a exigir, por principio, el legislador orgánico del Poder

Judicial, “*pues es obvio que los Jueces y Magistrados españoles deben conocer el Derecho español en todas sus dimensiones y variables*”.

Declara también la competencia normativa reglamentaria de la Generalitat de Cataluña sobre el personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia “*dentro del respeto al estatuto jurídico de aquel personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial*”; y asimismo declara la competencia de la Generalitat para determinar la creación, el diseño, la organización, la dotación y la gestión de las oficinas judiciales y de los órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales, incluyendo la regulación de las instituciones, los institutos y los servicios de medicina forense y de toxicología, “*de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial*”.

Desestima la impugnación del art. 106 del Estatuto que hace referencia a la competencia de la Generalitat para ordenar los servicios de justicia gratuita y de orientación jurídica gratuita, pudiendo establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia. Y la desestima argumentando que “*el precepto no regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino sólo y exclusivamente la ordenación de los servicios relativos a la justicia y orientación jurídica gratuita, por lo tanto la ordenación administrativa de la asistencia jurídica gratuita, es decir la contemplada en el art. 149.1.18 CE*”.

Y, finalmente, declara la constitucionalidad del art. 107 que se refiere a determinados aspectos relativos a la demarcación, planta y capitalidad judiciales; aspectos que en nada perjudican la libertad del Estado ni de las Cortes Generales, a las que corresponde en todo caso la aprobación por Ley de la demarcación y plantas judiciales.

III. Normas procesales.

1. Necesarias especialidades.

El art. 149.1.6^a CE proclama la exclusiva competencia del Estado sobre... la legislación procesal. La justificación de esta competencia exclusiva responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales⁶. Sin embargo, la norma añade una salvedad: *sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*. Este “sin perjuicio de las necesarias especialidades” va a plantear problemas a lo largo de la vigencia del Estado de las Autonomías, al no delimitarse con

6 - SSTC 71/1982, de 30 de noviembre. En el mismo sentido, véase, SSTC 83/1986; 123/1988; 146/1996.

claridad qué se entiende por “necesarias especialidades” que se deriven de ese derecho sustantivo autonómico.

El Tribunal Constitucional ha establecido que por “necesarias especialidades” se han de entender tan sólo las que *inevitablemente se deduzcan desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por ellas* (STC 83/1986, de 23 de junio). Por ello, declara la STC 127/1999, de 1 de julio, “*las singularidades procesales que se permiten a las CCAA han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas*”. Y la STC 243/2004, de 16 de diciembre, añade: “*correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico*”.

En aplicación de lo anteriormente expuesto, esto es, en esa justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los concretos casos sometidos a su consideración, en el sentido que se dirá a continuación.

2. Reiteración normativa (*leges repetitae*).

La excepción contenida en el art. 149.1.6ª no justifica la reiteración normativa efectuada por las CCAA, reproductora de la legislación estatal.

En efecto, reiterada jurisprudencia del TC declara la inconstitucionalidad de la normativa autonómica que se limita a reproducir la legislación estatal. Entiende el Tribunal que esas normas son inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución; pues esta práctica puede mover a confusión normativa, y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía.

A esta declaración general, le sigue una excepción: “*a no ser –como se expresa en la STC 47/2004, de 25 de marzo– que la reiteración consista en incorporar a la normativa autonómica determinados preceptos del ordenamiento procesal con la sola finalidad de dar sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el parlamento autonómico*”. Por eso, esta sentencia declara la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 1º de la Ley de

7 - Cfr., en el mismo sentido, las SSTC 47/2004, de 25 de marzo; 135/2006, de 27 de abril.

Galicia 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil especial, pues tal norma se limita a reproducir el texto de la LEC (actual art. 477.1, con relación al art. 478.1), en cuanto que recoge como motivo casacional la infracción de las normas de D. civil, foral o especial, propio de la Comunidad; pues tal norma autonómica no contiene ninguna especialidad procesal sobre la que pueda legislar el Parlamento autonómico.

En este mismo sentido, la STC 341/2005, de 21 de diciembre, reproduciendo la doctrina reiterada en otras muchas sentencias anteriores, declara que *“la simple reproducción (sic. de normas estatales) por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas. Aunque también hemos precisado que esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico”*.

“Recapitulando lo anterior –continúa esta importante sentencia– cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo –recuérdese, a no ser que la reiteración consista en incorporar a la normativa autonómica determinados preceptos del ordenamiento procesal con la sola finalidad de dar sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico), en el primero, ... la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”.

3. Tipo de procedimiento.

Con relación al tipo de procedimiento, las SSTC 127/1999, de 1 de julio, y 341/2005, de 21 de diciembre, declaran que el legislador autonómico se ha extralimitado en sus competencias al articular un cauce procesal distinto del común, cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado.

Así, la primera de estas sentencias (la de 1 de julio de 1999) declara inconstitucional la Disposición Adicional Tercera de la Ley 13/1989, de 10 de octubre de la Comunidad Autónoma de Galicia, de Montes Vecinales en Mano Común, que establece que *“todos los procedimientos, salvo el de clasificación, serán sustanciados por el trámite de incidentes ante el Juzgado de Primera Instancia”*. El Tribunal Constitucional, acogiendo las alegaciones del Abogado del Estado y después de recordar la previsión del art. 149.1.6^a CE, declara que tal precepto no permite, sin más, a las CCAA introducir en su Ordenamiento normas procesales, por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de derecho sustantivo, en ejercicio de sus competencias. *“Como pone de manifiesto la expresión ‘necesarias especialidades’, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas”*. Y, por lo tanto, *“la aplicación de este criterio al caso presente conduce, inexorablemente, a la apreciación de la inconstitucionalidad de la Disposición adicional tercera de la Ley 13/1989, que encierra una alteración de la determinación del tipo de juicio declarativo correspondiente... Pues el argumento utilizado en el caso concreto sobre la mayor sencillez del procedimiento incidental sobre el declarativo, es tan válido para esta materia como para cualquier otra de las contempladas en la legislación procesal”*.

En cuanto a la segunda de las sentencias apuntadas, esto es, la 341/2005, de 21 de diciembre, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de parte del art. 17.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, que establece la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público para repudiar herencias o dejar de aceptar donaciones, cuando no media la previa autorización del Protectorado. Considera el Tribunal Constitucional en este caso la previsión de la norma autonómica de una intervención judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, *“por mucho que responda a intereses jurídico-públicos, supone la articulación de un cauce procesal cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.6 CE”*⁸, y por ello declara su inconstitucionalidad.

4. Legitimación activa.

Con relación a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas legislen en materia de legitimación activa para accionar, la STC 71/1982, de 30 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Español contra determinados preceptos de la Ley 10/1981, del Parlamento Vasco, sobre Estatuto del Consumidor, declara inconstitucional

⁸ - No creo que en este caso se trate de una norma procesal, sino orgánica, de atribución de funciones a los órganos del Estado, por lo que encajaría mejor en el art. 149.1.5^a CE.

el art. 32, en cuanto atribuye legitimación por sustitución a las asociaciones de consumidores para promover acción en defensa de los intereses colectivos⁹. El Tribunal Constitucional declara que tal artículo *“aporta un novum, cual es la generalización de la legitimación colectiva y de la legitimación por sustitución en el área de la defensa del consumidor. Como esa norma se inserta en el ámbito de la legislación procesal y no responde a particularidades del derecho sustantivo del País Vasco, incurre en incompetencia”*.

En el mismo sentido, la STC 83/1986, de 26 de junio, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1983, de normalización lingüística, declara la inconstitucionalidad del art. 4.2 de la mencionada Ley autonómica en cuanto que atribuye legitimación al Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña para ejercitar acciones jurisdiccionales dirigidas a la efectividad de los derechos de los ciudadanos en materia lingüística, lo que viene a configurar (en palabras del Abogado del Estado) una especie de acción pública de la Comunidad Autónoma en materia lingüística, invadiendo las competencias exclusivas reservadas al Estado por el art. 149.1.6 CE.

El Tribunal Constitucional declara en esta ocasión que *“no cabe interpretar que el art. 149.1.6 de la Constitución permite innovar el ordenamiento procesal a las Comunidades Autónomas en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses jurídicos que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especialidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1 de la Constitución”*. Y en relación con el caso planteado, añade: *“No se advierte qué particulares relaciones singularizadas se crean por la Ley de Normalización Lingüística entre aquella como entidad pública y otros sujetos públicos o privados, de las que hayan de derivar especialidades procesales necesarias. Por el contrario, es evidente que, al igual que en cualquier otra materia, los poderes públicos, y entre ellos las Comunidades Autónomas, pueden actuar en juicio en defensa de sus derechos, facultades, prerrogativas y competencias o para la tutela de los intereses que les están encomendados, pero corresponde en exclusiva al Estado definir los correlativos derechos con carácter general y las características y modalidades de la situación procesal de dichos entes*

9 - Obsérvese que en la época de este recurso no existía en nuestra Ley procesal norma expresa atributiva de la legitimación por sustitución de las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos e intereses de éstos. Con posterioridad, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, ya estableció esta legitimación extraordinaria de las asociaciones de consumidores para la defensa de los intereses difusos; y hoy día, el art. 11 LEC 1/2000, reconoce de forma generalizada la legitimación por sustitución de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar en juicio las acciones individuales de sus usuarios, así como las acciones colectivas.

públicos. En otras palabras, la norma impugnada constituye una innovación del ordenamiento procesal, que puede considerarse más o menos adecuada desde la perspectiva de la política legislativa en función de la realidad lingüística, pero que no resulta ser una ‘necesaria especialidad’ procesal que se derive de las particularidades del Derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña”¹⁰.

Idéntica doctrina general sobre el tema se contiene en la STC 135/2006, de 27 de abril, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación diversos artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de asociaciones. En aplicación de esa doctrina general reiterada, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulas las normas procesales atinentes a la legitimación activa de los sujetos que pueden impugnar los acuerdos de la asamblea general de la asociación y del órgano de gobierno; al establecimiento de un plazo de caducidad de la acción; y al establecimiento de un cauce para la resolución de los conflictos.

Finalmente, la STC 311/2006, de 23 de octubre, plantea un caso bien interesante, aunque sólo tangencialmente hace referencia a la cuestión que aquí tratamos.

El supuesto de hecho era el siguiente: En un procedimiento penal ante el Tribunal de Jurado por presunto delito de homicidio enmarcado en el ámbito de la denominada violencia de género, la Audiencia Provincial de Valencia dictó un auto en virtud del cual se denegó la personación para el ejercicio de la acción popular a la Generalitat Valenciana. Dicho auto se fundamentaba en que el término “ciudadanos” a que se refiere el art. 125 CE no puede ser interpretado como comprensivo de la Administración Pública, la cual, al no ser perjudicada por el delito, no tenía legitimación activa para ejercer la acusación particular; y, finalmente (y al objeto que estamos tratando), que el art. 36 de la Ley 9/2003, para la igualdad de hombres y mujeres, es la norma en la que se fundamenta la Generalitat valenciana para ejercer la acción popular.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, alegando que la Audiencia Provincial realizó una interpretación restrictiva en cuanto al ejercicio de la acción popular que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contraviniendo el principio “*pro actione*” que rige en el ámbito del derecho a la jurisdicción como integrante del derecho a la tutela efectiva sin indefensión del art. 24 CE; pues, en efecto, a partir de la STC 175/2001, de 26 de julio, se afirmó la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva

10 - A esta Sentencia sigue un voto particular del Magistrado Rubio Llorente, abogando por la constitucionalidad de la norma.

sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas, dando al término “ciudadanos” del art. 125 CE un alcance más amplio que la mera referencia a las personas físicas.

Y, en cuanto al art. 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril, –sigue esta sentencia– *“no puede desconocerse por los órganos jurisdiccionales e inaplicarse, como hace de facto la Audiencia Provincial de Valencia, con el argumento de que crea una forma de acusación, invadiendo la legislación estatal y la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional, pues como hemos declarado... los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de Ley... dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una Ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución... Por ello, hemos afirmado que... una disposición aplicable no puede dejar de serlo sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad... Si el órgano judicial tenía dudas sobre la constitucionalidad del art. 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril, debido a que, en su criterio, invadía competencias estatales al configurar una forma de acusación no prevista en la legislación común, debió plantear la cuestión de constitucionalidad ante este Tribunal... No haberlo hecho así es motivo suficiente para estimar el amparo”*.

5. Otras cuestiones procesales.

Con relación a otras diversas cuestiones procesales, comenzaré reseñando la STC 150/1998, de 2 de julio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en relación, entre otros, con el art. 94.1 de la Ley de la CA de Castilla y León 14/190, de 28 de noviembre, de Concentración parcelaria, que fija el precio y el domicilio del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria; y establece cuál será el título de crédito apto para la ejecución judicial sumaria regulada en la Ley Hipotecaria.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en este extremo alegando que la norma impugnada no es de naturaleza procesal, sino sustantiva. En efecto, argumenta, *“si se lee detenidamente el precepto, los aspectos calificados como tal (sic. procesales) son datos relevantes para el proceso pero no se conecta en sentido estricto con el art. 131 de la Ley Hipotecaria, el cual contiene efectivamente las reglas del procedimiento judicial ad hoc, sino con el art. 130 de la misma Ley que aun estando en estrecha relación con aquél contiene una regulación sustantiva de carácter civil”*. Por todo ello, concluye, *“debe descartarse que el art. 94.1 constituya legislación procesal y por tanto que invada la competencia exclusiva del Estado en dicha materia,*

pues dicho artículo debe encuadrarse como legislación hipotecaria, y, por ello, de carácter civil”.

No podemos estar de acuerdo con este planteamiento, por cuanto (además de que con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dicha norma se encuadra en la Ley procesal, como debe ser), es lo cierto que tanto el precio como el domicilio son aspectos integrantes en el título de ejecución que hace posible acudir a este procedimiento judicial sumario; y a mi juicio, el fijar los requisitos habilitantes del título ejecutivo es competencia de la legislación procesal.

Por su parte, la STC 243/2004, de 16 de diciembre, declara la inconstitucionalidad de los arts. 4.1 y 5, de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, por haber invadido la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal. En efecto, el art. 4.1 que se impugna establece que las medidas de corrección aplicables a los menores podrán ser *“bien las que enumera el artículo 2.4 de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los menores, bien otras medidas enumeradas en el artículo siguiente y tendentes a evitar el proceso”*. Y el artículo 5 enumera la medidas que tienden a evitar el proceso.

El TC declara la inconstitucionalidad de las normas por el evidente carácter procesal de las previsiones legales recurridas, puesto que se trata de medidas *“para evitar el proceso”*. Argumenta el Tribunal que no nos hallamos ante preceptos legales que contienen directrices de actuación de la Comunidad Autónoma en la materia, ni del diseño de medidas complementarias, de carácter educativo, adoptadas por el legislador autonómico en ejercicio de la competencia exclusiva sobre protección y tutela de los menores; sino que *“se trata, por el contrario, de la regulación de los requisitos que determinados actos, en este caso la reparación o compromiso de la reparación del daño y conciliación entre el menor y la víctima, deben reunir para que el proceso no concluya mediante sentencia en la que, llegado el caso, se impongan al menor medidas de contenido educativo-sancionador...”*. Por lo que *“hallándonos, pues, ante un supuesto en el que se decide nada menos que el ejercicio de la acción penal, resulta inconcusa la naturaleza procesal de cuantas medidas puedan determinar el sentido de tal decisión y la consiguiente limitación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal en este punto”*.

Y, una vez afirmado el carácter procesal de las normas que se impugnan, a continuación constata *“que no existen particularidades sustantivas de Derecho autonómico que, al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6ª CE, permitan al Parlamento de las Illes Balears introducir en su ordenamiento este tipo de normas... En este sentido debemos recordar una*

vez mas que las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas... correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico". Y, no conteniendo la Ley 6/1995 del Parlamento de las Illes Balears particularidad sustantiva alguna atinente al extremo que nos ocupa, procede declarar la inconstitucionalidad de estos preceptos por invadir el título competencial reservado al Estado en materia de legislación procesal.

Y, con relación a la regulación de las costas procesales, la STC 47/2004, de 25 de marzo, declara inconstitucional el art. 4 de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. Dice el Tribunal que ninguna justificación se ofrece en orden a que la ley autonómica establezca el criterio de la temeridad o mala fe procesales para imponer las costas en el recurso de casación, ni deriva de las particularidades sustantivas el Derecho gallego, lo que conduce a declarar que tal previsión invade la competencia que el art. 149.1.6ª reserva al Estado sobre la legislación procesal.

6. Normas reguladoras del recurso de casación.

Por último, con relación la posible inconstitucionalidad de determinadas normas autonómicas que regulan aspectos concretos del recurso de casación, es necesario partir de la atribución competencial del art. 73 LOPJ, según el cual los TTSSJJCAA conocerán de los recursos de casación fundados en infracción de normas del Derecho Civil propio de las CCAA, cuando el correspondiente EEAA haya previsto esta atribución.

Pues bien, a este respecto, numerosas sentencias de diversos TTSSJJ de las CCAA con derecho civil propio han declarado su *“soberanía y competencia en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia”*¹¹, pues, *“las facultades de este Tribunal Superior –dice la STSJ de las Islas Baleares, de 14 de enero de 2005– cuando actúa como órgano de casación, se extienden, no sólo a fijar la recta inteligencia y alcance de las normas sustantivas que integran el derecho privativo de esta Comunidad Autónoma, de las que es su último intérprete,*

11 - Cfr. las STSJ de Cataluña, de 27 de marzo de 2008; STSJ de Navarra, de 2 de marzo de 2004; STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 2008; STSJ de las Islas Baleares de 14 de enero de 2005, citadas por SÁNCHEZ POS, “La ‘summa gravaminis’ como presupuesto de procedibilidad del recurso de casación. Particular referencia a sus especialidades en la casación foral”, en VVAA, “El recurso de Casación Civil”, Aranzadi, 2010, pág. 520.

*sino también el de las disposiciones procesales que disciplinan los recursos cuyo conocimiento le confía la Ley*¹².

Y en aplicación de estas facultades con relación a las disposiciones procesales que disciplinan estos recursos de casación, la importante STC 47/2004, de 25 de marzo, se pronunció sobre la constitucionalidad o no de determinadas normas de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial, impugnadas por el Gobierno de la Nación.

Así, con relación al art. 1 de la Ley gallega, que enumera las resoluciones que son susceptibles del recurso de casación gallego, el TC consideró, en primer lugar que las normas que se limitaban a reproducir la regulación procesal de la casación que se contiene en la LEC, son inconstitucionales en cuanto *leges repetitae* –como se dijo anteriormente– “*pues no se trata en estos supuestos de introducir especialidades en el recurso de casación foral, sin que ninguna de las prescripciones contenidas en dichos apartados y párrafo final del precepto analizado encuentre respaldo competencial en la habilitación que el art. 149.1.6ª CE confiere al legislador autonómico para innovar el ordenamiento procesal con verdaderas especialidades o singularidades procesales*”.

Pero sin embargo, declaró ajustada a la constitución la norma alusiva a la eliminación del requisito de la cuantía litigiosa o *summa gravaminis* para recurrir¹³, declarando que tienen acceso a la casación “... *las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia... cualquiera que sea la cuantía litigiosa*”. Para declarar su ajuste a la Constitución, el Tribunal razona que las “*instituciones que regula el Derecho Civil de Galicia se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al*

12 - Esta doctrina no es acogida por concretos Magistrados del Tribunal Constitucional, que hacen valer su discrepancia a través de la formulación de los votos particulares. Cfr., por todos, el Voto Particular que los Magistrados Conde Martín de Hijas y García-Calvo y Montiel formulan a la STC 47/2004, de 25 de marzo. Discrepan en el meollo del tema, en cuanto que no aceptan que el recurso de casación “*sea una necesaria especialidad de ningún derecho sustantivo, sino que se trata de una institución que obedece a consideraciones de carácter estrictamente procesal, cuyo significado común a todo el sistema procesal me resulta inequívoco; de ahí que me resulte inaceptable en línea de principio la fundamentación de su regulación desde las diferentes Comunidades Autónomas con derecho sustantivo propio... Consecuentemente, no veo la posibilidad de un recurso de casación objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, con regulación diferenciada del recurso de casación común a todo el Estado*”. Por ello, la Ley impugnada en el presente recurso, vulnera, a su juicio, la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6ª CE.

13 - A la regulación de la cuantía necesaria para recurrir en casación se refieren también el art. 2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa y el art. 4 del Proyecto de Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Cataluña.

ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad de carácter minifundista”... por lo que “si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho civil de Galicia podrían verse seriamente afectados... al no acceder a la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en el específico Derecho gallego”. Por ello, concluye esta sentencia, “la especialidad... de la Ley autonómica impugnada, en cuanto prescribe que son susceptibles de casación las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia ‘cualquiera que sea la cuantía litigiosa”, se ajusta a la Constitución, “pues esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el art. 149.1.6^ª”¹⁴.

14 - Cfr. lo dicho en la nota anterior.

VI.- SESIÓN NECROLÓGICA EN MEMORIA DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DON RAFAEL GIL MENDOZA

El artículo 7 de los estatutos de la Corporación prevé que, al fallecer un Académico de Número, ha de celebrarse una sesión necrológica en su recuerdo. Indudablemente, es una obligación estatutaria asumida con sentimiento por todos los miembros de la Academia, ya que lo menos que podemos hacer por los compañeros fallecidos es dedicarles una sesión rememorando su vida y su fecundo paso por los campos del Derecho.

En el seno de nuestra Academia tuvimos, en el plazo de un año y medio, el fallecimiento de tres Académicos de grandes méritos jurídicos y, asimismo, de un gran reconocimiento personal: Raimundo Clar, Félix Pons y Rafael Gil.

De los dos primeros se recogieron en el XII Boletín de la Academia los parlamentos pronunciados en sus sesiones necrológicas. La celebrada en recuerdo de Rafael Gil Mendoza tuvo lugar el 14 de Noviembre de 2011, en una sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados repleta de un numeroso y emocionado público. En ella, el Presidente de la Academia Miquel Masot tuvo ocasión de leer un artículo que remitió a un periódico local días después del fallecimiento de Rafael Gil, y que, incomprensiblemente, no fue publicado. Y, a continuación, Bartolomé Sitjar, amigo de toda la vida y compañero en trincheras políticas del fallecido Rafael Gil en la época de la transición, emocionó a todos los asistentes con su sentido y emocionado parlamento.

Se recogen a continuación las dos indicadas intervenciones.

1. Intervención de Don Miquel Masot Miquel:

Rafael Gil, otro ilustre jurista que nos deja.

El paso apretujado de los días, en el relativamente escaso margen de tiempo de un año y medio, ha supuesto para la Academia la pérdida de tres Académicos ilustres, juristas de amplio y reconocidísimo prestigio y personas que han demostrado con creces su colaboración y compromiso social. El año pasado despedimos a Raimundo Clar Garau y Félix Pons Irazazabal. Los grandes sentimientos de pesar a que dio lugar su fallecimiento, así como el recuerdo de su vida y obras, demostraban la talla intelectual –y también la altura humana, como personas– de estos dos destacados juristas. A estos sentidos fallecimientos debe hoy añadirse el de otro Académico de quien podríamos expresarnos en parecidos términos, cual es el caso de Rafael Gil Mendoza.

Rafael Gil estuvo desde el primer momento en nuestra Academia de Jurisprudencia y Legislación. Según la disposición legal fundadora de la misma –el Decreto 88/1994 de 13 de Julio– la Academia se estructuró sobre un núcleo inicial de 10 Académicos, uno de los cuales debía ser un Notario, a elegir por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de una terna propuesta por la del Colegio Notarial. El hecho de que fuera Rafael Gil precisamente el elegido da muestra de sus indudables méritos y prestigio, pues de todos es sabido que los Notarios que ejercían en nuestras Islas suponían un selecto colectivo en el que figuraban importantes figuras de nuestro Derecho. Previamente Rafael Gil había autorizado la escritura que creaba la Academia como asociación.

Este acceso a la Academia nos ha privado de lo que sin duda hubiera sido un magnífico discurso de ingreso, pero el paso de Rafael Gil por la Academia ha sido fructífero. Suyo fue el discurso de contestación, en nombre de la Academia, al de ingreso de su muy apreciado compañero y amigo Raimundo Clar, cuyo título era “En torno al derecho de propiedad”; y, ciertamente, la contestación fue soberbia. Rafael Gil pasó revista a los diferentes factores que configuran el concepto de “función social” como delimitador del derecho de propiedad, y, en este sentido, trató de la conciencia social –como apertura de la humanidad hacia horizontes de igualdad y dignidad humana–, del pensamiento cristiano-marxista –poniendo de relieve la curiosa coincidencia entre algunos pensamientos de los padres de la Iglesia y el marxismo–, la masificación –que da lugar a un Derecho de Masas caracterizado por la invasión del Derecho Público– y de

la inevitable, en estos tiempos, reflexión ecológica. Todo ello adornado con interesantísimas citas doctrinales que daban a su trabajo profundidad e interés. Sus colaboraciones, como Académico, en la revista *Missèr* del Ilustre Colegio de Abogados fueron siempre sobre temas puntuales y que estaban en el punto de mira de los juristas. Destacan, en este sentido, sus trabajos sobre la segregación y construcción en suelo rústico y sobre la hipoteca inversa; no importa decir que en ellos hizo gala de su proverbial lucidez jurídica y sentido común.

Su última intervención en la Academia fue realmente emocionante. Se trataba de la sesión necrológica en recuerdo de Raimundo Clar y, al intervenir en ella, Rafael Gil demostró su valentía –así como su gran aprecio al compañero fallecido–, pues tuvo lugar cuando ya la enfermedad había entrado en la vida de Rafael; por ello, hasta el último momento dudó entre asistir y leer personalmente su trabajo o delegar en otro esta tarea. Por fin decidió participar directamente en la sesión y, con su intervención, encandiló a todos los asistentes, recordando su preparación de oposiciones con Rafael y Raimundo Clar y Miguel Nigorra, bajo la dirección del Notario de Santanyí José Julio Barrenechea, y, como los desplazamientos no eran tan fáciles y cómodos como lo son ahora, estuvo hospedado en la “Pensión Martínez” de dicha localidad, contándonos anécdotas que divirtieron extraordinariamente a la concurrencia. La intensa preparación pronto dio sus frutos para todos ellos. Rafael Gil no solo obtuvo brillantemente su plaza de Notario, sino que después participó en las oposiciones entre Notarios, lo cual le permitió ocupar, siendo todavía muy joven, Notarías de importancia considerable como la que tenía en Málaga. Y estando de Notario en esta localidad surgió la oportunidad de venir a Palma, lo cual, a pesar de su innegable deseo de volver a su tierra, no dejaba de suscitarle dudas, pues en Málaga había conseguido tener una Notaría de gran importancia y prestigio. Pero la llamada de la tierra –y también el consejo que le dio su amigo Raimundo Clar– le determinaron a venir a Palma, donde, desde su Notaría de la Plaza España, demostró sus virtudes como profesional del Derecho, basadas en una mezcla de sentido jurídico y sentido común, del cual muchos hemos dicho que es el primer principio general del Derecho.

Pero Rafael Gil, como tantos otros profesionales, no se dedicó solamente –aunque sí principalmente– a la Notaría. Su vocación notarial le llevó a ser Decano del Colegio de Notarios; y, preocupado por la transición política española y la vertebración del Estado autonómico, fue autor de trabajos especializados en la materia, deviniendo una autoridad en temas autonómicos, lo cual le supuso formar parte tanto de la Comisión redactora del primitivo Estatuto de Autonomía, como de la Comisión de expertos que

preparó la última reforma de nuestro primer texto legal autonómico.

Mas sus inquietudes abarcaban campos muy diversos. Y para comprobarlo basta con tener en cuenta que fue Presidente de la empresa editora de uno de los diarios de nuestra Ciudad y, después, fueron muy frecuentes sus colaboraciones en otro diario, en las que analizaba con su habitual lucidez de criterio y ánimo incisivo los más variopintos temas que las realidades de los nuevos tiempos nos venían poniendo delante. Yo diría que en todos estos artículos sobresalía su valentía –pues daba siempre su opinión fuere cual fuere el tema tratado–, su habitual lucidez y sentido común y su absoluta superación de esto que se ha venido en llamar “lo políticamente correcto”.

Y precisamente extraída de una de sus colaboraciones –en la que glosaba la figura de su compañero y amigo Raimundo Clar, que acababa de fallecer– quiero relatar una vivencia personal de Rafael, que creo le retrata nítidamente. Contaba que solía acudir a comer con frecuencia a un restaurante con lo que era ya un viejo conocido de su dueño. Y en una de las ocasiones en las que visitó dicho restaurante, el dueño le indicó que, dado que se encontraba en el restaurante su esposa, quería que le conociera. Llamó a su esposa repetidamente y, al aparecer ésta, le espetó estas palabras: “ahí te presento al mejor Notario de Palma: don Raimundo Clar”. El hecho de que Rafael Gil contara esta anécdota, regocijándose en ella, es una muestra más de su sencillez y bonhomía, así como de la poca importancia que se daba, pues sabido es que sólo se dan importancia los que no la tienen.

Descanse en paz el muy apreciado compañero y amigo.

2. Intervención de Don Bartomeu Sitjar: *Necrológica de Rafael Gil Mendoza.*

Hablar sobre un amigo es tarea difícil, y si ha fallecido, casi imposible. Me encantaría gozar de la facilidad de Horacio cuando expresaba la fraternidad espiritual que le unía a Virgilio en su poema:

“Oh, bienaventurados dos amigos...
... mis amigos mejores
Y almas de lo mejor que el mundo cría.....
nada, si el juicio conservar consigo
antepondré mi vida a un fiel amigo”.

Y careciendo de las facultades del poeta, solo puedo ofrecer a mi amigo Rafael una sencilla y sincera prosa.

Después de que nuestro Presidente haya glosado la figura del gran jurista que fue el Notario Gil, yo me limitaré a diversas facetas que a lo largo de cuatro décadas forjó nuestra amistad y enriqueció mi visión de la vida, resaltando sus grandes dotes y sus aportaciones a la vida profesional, social y cívica de nuestra Comunidad. Para ello me limitaré a rebobinar recuerdos trascendentes para él, para mí y para la sociedad.

Saludé a Rafael, por primera vez, en la Escuela Notarial de Santanyí, en aquella especie de monasterio dedicado al estudio y recitación legislativa.

Pasaron años, antes de que nos reencontráramos, al tomar posesión de la notaría de Palma y presentarse como notario y vecino de la Plaza España.

Y así empezó nuestra relación personal y profesional.

Nuestro Presidente ha enaltecido la valía jurídica y profesional de Rafael yo solo puedo ratificarlo y agradecer la ayuda y la colaboración recibida.

Recuerdo asuntos jurídicamente complicados, a los que dedicamos tardes enteras, buscando soluciones. Además de sus conocimientos jurídicos hacía gala de una visión práctica para solucionar temas de futuro y de una paciencia de Job para explicar a los clientes los documentos preparados.

Con ello quiero resaltar su paciencia para con los abogados y clientes (el día del funeral un amigo común me comentó orgulloso que había firmado 327 escrituras ante él).

Ir a la Notaría Gil no era solo ir a firmar escrituras, sino a “consultar”.

Consulta que siguió prestando a amigos y conocidos una vez jubilado e incluso en estos últimos tiempos.

A esta relación profesional, que siguió con mis hijos, se unió nuestra común inquietud político-social. Así participó en la Constitución de la Asociación Codeba “Concurrencia Democrática Balear” que lideró el compañero Raimundo Clar y de la que os hablé en su necrológica.

Pero nuestra coincidencia política más intensa fue en UCD. Allí nos encontramos desde el primer momento –él provenía del Partido Popular de Pío Cabanillas y yo de los Liberales de Joaquín Garrigues– para que todos juntos, como decía él, “ganara la Razón, la Moderación, la Tolerancia, el Futuro, la Paz y el Progreso”.

Él, que nunca quiso protagonismo estaba obsesionado en conseguir estos objetivos y así en un artículo de 12 de enero de 2004, titulado “¿Para quién es el desafío?” recuerda aquellos momentos:

“Y para ello se movilizó toda una generación. Una generación que entonces estaba entre los 30 y los 40 años...”.

“Y esta generación abandonó sus trabajos habituales, sus profesiones, sus egoísmos y se dedicó a trabajar con desinterés por el futuro, hombres y mujeres de la derecha y de la izquierda, de la UCD, de AP, del partido comunista, del socialista, de los nacionalismos, se encontraron en la moderación y el diálogo y alejaron los radicalismos de uno y otro lado que una y otra vez habían arruinado nuestro convivir... Mi emocionado homenaje a todos esos hombres y mujeres con los que compartí edad y zozobras. Y ahora amistad”.

(En este artículo parece haberse inspirado el liberal –considerado comunista– Ramón Tamames, en su reciente libro sobre la Guerra civil Española).

Y en el mismo artículo del 2004, también refleja una de sus grandes preocupaciones que eran objeto de nuestras conversaciones y así termina el artículo:

“Pero a mí lo que de verdad me inquieta es ver que las voces que se comprometen siguen siendo las de aquella generación que hizo posible la Paz. Que son los de aquella generación que ahora ya está pasada. Que seguimos siendo los hombres y mujeres del 75. En tanto que la generación actual representante de esa gran mayoría de ciudadanos de “seny” está en lo suyo, en su trabajo, en sus negocios, instalados en su bienestar, que no se conciencia o si lo está que no se sacrifica ni se significa.

Y una vez más solo se oye el grito de los radicales ante el silencio de la joven racionalidad y el lejano lamento de los viejos”.

Y así nos dejó Rafael confiando en que las nuevas generaciones sigan el ejemplo de la suya, tal como se refleja en sus últimos artículos.

Su preocupación política y social le llevó a enriquecer la sociedad civil, aportando su saber y entusiasmo a cuanto grupo, asociación e institución requería de su colaboración. Yo fui uno de los agraciados. En noviembre de 1981 nos reunimos un grupo de amigos y constituimos el Club Liberal. Entre ellos estaba Rafael. Reconozco con orgullo que el Club fue un triunfo de la sociedad mallorquina. En aquellos momentos de inquietudes político-sociales y de falta de foros y tribunas, allí se debatieron todos los temas por grandes pensadores, sociólogos, escritores, de políticos de todas las tendencias ideológicas reinantes.

Durante los ocho años que estuve al frente del Club Liberal, Rafael estuvo siempre a mi lado, apoyando, sugiriendo y animando los coloquios.

Él, como siempre en la sombra, fue –junto con Sol, Delia y Carmen–, uno de los artífices del éxito del Club. Recuerdo sobre todo las conversaciones de Rafael, con Antonio Oliver y Andrés Ferret y apuesto a que actualmente siguen al más alto nivel. Desgraciadamente no podemos grabarlas.

Quiero resaltar aquí, otra de las cualidades de Rafael: la de gran conversador. Los compañeros de tertulia y reuniones disfrutaban escuchando a Rafael y él estaba encantado de las opiniones ajenas y de su contraste. Era didáctico, lúcido, fino, sugerente, incisivo, irónico, convincente. A pesar de ello como buen liberal nunca sacaba conclusiones definitivas.

Las tertulias con Rafael era un verdadero lujo del que disfruté durante décadas ya que además de las políticas e intelectuales, varios matrimonios amigos compartimos mesa mensualmente, durante décadas.

Desgraciadamente esta mesa redonda se empequeñece y el año pasado dejó su silla Mundo y ahora Rafael. Nos quedan enriquecedoras aportaciones y esas sillas quedarán siempre ocupadas por la añoranza y el recuerdo.

El eje de su existencia era la familia: su mujer, sus hijos, sus nietos.

Su preocupación: la calidad de vida de la humanidad, la libertad, los derechos individuales, la solidaridad.

Era un lector empedernido, que recomendaba lo mejor y evitaba que se perdiera tiempo con libros recomendados por el marketing.

Le encantaba la música y sin prodigarse obsequiaba a los amigos tocando la guitarra.

A una personalidad con estas cualidades se le llamaba humanista, ahora se dice “hacer reír la vida”.

Me considero un privilegiado al haber participado en esta oda a la vida que fue toda su actividad humana. Él lo convertía todo en “vida”. Le encantaba viajar. Para él viajar no era solo disfrutar sino también aprender, vivir acontecimientos importantes para los países visitados. Fuimos a Praga en el momento de su resurgimiento y convivimos con el optimismo y vitalidad de sus habitantes, en aquellos momentos primaverales. Seguimos en un crucero fluvial por el Danubio, en el que uno de los objetivos era Budapest en cuyo mercado, tuvimos una de las tertulias más inolvidables sobre la arquitectura del espléndido edificio y sobre la rápida evolución del pueblo húngaro.

Navegamos por los Emiratos Árabes en el momento de la borrachera inmobiliaria de Dubai, Al contemplar la torre en construcción que andaba por el piso 70, prometimos volver cuando finalizara el 180. Ya no pudo ser.

Disfrutamos de la cultura y amabilidad de Omán, personalizada en el guía turístico cuya filosofía sobre una existencia tranquila, serena y exenta de sobresaltos era un bálsamo para el ánimo estresado.

El último viaje, hace unos pocos años fue a Túnez. Allí naturalmente vivimos las posibilidades turísticas y competitivas –que este año se han paralizado– y disfrutamos, sobre todo él, jaleando mi atrevimiento de acompañar, a una nativa, en un baile típico (alguien guarda la filmación).

En todos estos lugares, además de descansar y convivir, lo pasamos bien y sacamos vivencias importantes que Rafael resaltaba.

Él ha tenido una vida llena que generosamente ha repartido. A veces me pregunto ¿cuántos y cuanto debemos a Rafael? Él se ha ido pero han quedado sus frutos.

Cuentan que ante el momento crucial la reacción de las personas difiere según lo que se ha sido, se es y cree que será.

Yo tuve una experiencia de niño, era monaguillo en mi pueblo y acompañé a un cura a dar la extremaunción a un payés que vivía en su casa de campo. Una vez consolada la familia e impuestos los óleos, el cura habla con el enfermo y en un momento dado le pregunta: “¿Vos anau content d’aquest món?” Le contesta: “¿Content? ben esqueliu”, y ya sabemos que “un esquelivad val per mil”. Allí quedó resumida la dura existencia de aquel hombre.

Están los que tras una existencia intensa dedicada con esfuerzo y orgullo a su objetivo y estando en plena madurez y éxito aceptan que su fecha de caducidad está marcada, y hacen un alto en el camino, es el caso de Steve Jobs, el genio de Apple, recién fallecido que –a pesar de no haber

cuidado las virtudes esenciales que deben adornar a toda persona— en su ya histórico discurso de Stanford, se despojó del pasado y miró al presente, camino del futuro.

“Recordar —dijo— que dentro de poco estaré muerto es la herramienta más importante que jamás he tenido para acordarme de tomar las grandes decisiones de una vida. Porque prácticamente todas las cosas, todas las expectativas del resto de personas, todo el orgullo, todo el miedo y toda la vergüenza por el fracaso, pierden su importancia cuando tienes la muerte ante ti y entonces solo permanece lo realmente importante”.

Y quedan las personas que se han dedicado a vivir intensamente, que no han perseguido éxitos ni glorias, sino ser lo mejor posible y ayudar lo más posible. Éste es el caso de Rafael, que entre las muchas conversaciones importantes mantenidas, la última es la que más me impresionó.

Era la penúltima semana de julio. Hacía algún tiempo que no tenía noticias tuyas, ya que yo estaba rebajado de ánimo por una salud chirriante, este día, más animado, decidí llamar. Se puso su hijo Rafael. Me contó su situación lo mejor que pudo, y yo me despedí con un abrazo a tus padres y que me llame cuando mejore.

Pero el hijo, con un gesto de generosidad pasó la llamada a su padre y después del saludo recíproco de cómo estás, estuvimos hablando. Al notar su voz serena y segura le animé a que escogiera el momento para vernos y fue cuando me contestó que tenía dificultades para andar y que estaba muy ocupado, ya que le quedaba poco tiempo para preparar la maleta.

Yo resistí aquel mazazo como pude y seguí hablando con naturalidad y quedamos en llamarnos al cabo de unos días. Llamada ya imposible.

Para mí esta frase resume su plenitud, la serenidad y lucidez del momento, la tranquilidad espiritual del hombre bueno y una visión de futuro que únicamente los grandes hombres están dotados.

Al haber sido confidente de este extraordinario pensamiento espero que me permitáis filosofar con su viaje.

Este verano, mis nietos tuvieron invitado a un chico sahariano, de una listeza y agudeza envidiables. A mí me llamaba el abuelo Tomeu. Al tiempo de haber recorrido Mallorca por mar y tierra, me dice: -en Mallorca tenéis cosas muy bonitas pero nosotros tenemos una que vosotros no tenéis: las estrellas, muchas y brillantes.

Reconocí la luminosidad del firmamento del desierto y le expliqué que había noches que aquí se veían más y me preguntó que por qué hay una que brilla más que las otras. Recordé la creencia de que cuando muere un gran

hombre siempre añade algo a la Vía Láctea y se me ocurrió decirle que brillaba más, porque hacía días que se había ido allí un amigo mío que era muy buena persona y que se llamaba Rafael. Pasa una semana y me dice: anoche vi la estrella de Rafael que brillaba más que las otras.

El otro día me acordé de esta anécdota y contemplando las estrellas me imaginé a aquel chico una noche de tranquilidad en medio de las actuales turbulencias, contemplando el firmamento y explicando a sus amigos del desierto que la estrella más brillante se llamaba Rafael, porque allí estaba un buen hombre llamado Rafael, amigo del abuelo Tomeu.

Os aseguro que me entró un estado de serenidad, dormí plácidamente y desperté con los conocidos versos de Antonio Machado:

“Anoche cuando dormía
Soñé, ¡bendita ilusión!
Que un ardiente sol lucía
Dentro de mi corazón.
Era ardiente porque daba
Colores de rojo hogar,
Y era sol porque alumbraba
Y porque hacía llorar”.

Gracias Rafael por alumbrarnos. Gracias Toñita por todo.

VII.- MESA REDONDA SOBRE INSTRUCCIÓN DE LAS CAUSAS PENALES POR EL MINISTERIO FISCAL

La instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal no es una utopía ni un desideratum, ya que la misma era objeto de regulación en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que fue elaborado el año 2.011. La iniciativa legislativa tiene, desde luego, partidarios, pero también detractores, aparte exigir reformas constitucionales importantes, centradas en el art. 124 de la Constitución de 1978, en cuanto al principio de dependencia jerárquica y al nombramiento del Fiscal General del Estado a propuesta del Gobierno.

Para tratar de esta interesante cuestión se celebró el 23 de Abril de 2012 una mesa redonda, que tuvo la virtud de reunir los pareceres de destacados representantes de las profesiones jurídicas especialmente afectadas por el tema: la Magistratura, la Fiscalía y la Abogacía. Los Ilustrísimos Señores Carlos Gómez Martínez, Ladislao Roig Bustos y Gabriel Garcías Planas dieron, por el orden indicado, su docta opinión sobre las ventajas –o inconvenientes– de una reforma legislativa tan importante, aludida ya, por cierto, en la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 1882.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears no ha querido que las interesantes cuestiones suscitadas en esta mesa redonda queden olvidadas y superadas por el paso del tiempo, de ahí que haya pedido a los participantes en la misma un testimonio escrito de sus acertadas palabras, los cuales aparecen a continuación.

1. Ponencia de Don Carlos Gómez Martínez:

Arguments a favor i en contra de l'atribució al fiscal de la investigació de les causes penals.

En aquesta qüestió, tan debatuda, de l'atribució al fiscal de la instrucció de les causes penals s'exposaran cinc arguments a favor d'atorgar al ministeri públic la direcció de la investigació dels delictes, per a continuació exposar cinc contra arguments a cada una d'aquestes tesis inicialment favorables.

Primer.

El primer argument a favor d'assignar al fiscal la instrucció dels delictes és una qüestió de principis, d'un principi en concret, essencial per la legitimació indirecta del jutge, com és el de la imparcialitat judicial. Es tracta, però, d'un principi que té certes dificultats d'implantació a la nostra cultura jurídica i fins i tot en el cos social en el qual hem d'actuar els juristes.

Així, com és ben sabut, la imparcialitat judicial no es menciona en la Constitució. En canvi, si es fa referència a ella en l'article 103 del text fonamental, que es refereix a l'administració pública, i en l'article 124 relatiu, precisament, al Ministeri Fiscal.

En un primer temps el Tribunal Constitucional va considerar la imparcialitat judicial inclosa en el dret a un jutge predeterminat per la llei, recollit a l'article "òmnibus", numero 24.2 de la Constitució. A partir de la sentència 145/88 la doctrina constitucional considera la imparcialitat com a integrada en el dret a un procés equitatiu, amb totes les garanties consagrat al mateix precepte (i també a l'article 6 de la Convenció Europea de drets fonamentals).

La manca de cultura jurídica de fons sobre la imparcialitat del jutge ha anat més enllà, però, d'aquesta omissió constitucional.

No deixa de ser sorprenent que ja després de la vigència de la Constitució, en 1980, es promulgés la Llei per l'enjudiciament oral dels delictes dolosos, menys greus i flagrants, que atribuïa al jutge la doble funció de instruir i jutjar quan la pena no era superior a l'antic i ja inexistent "arrest major" (sis mesos de presó).

El Tribunal Constitucional, precisament a la seva sentència ja esmentada, 145/88, va declarar la inconstitucionalitat de la mencionada llei, tot aplicant

la doctrina del Tribunal Europeu dels Drets Humans recollida a les sentències Piersaak i De Cubber.

La manca d'assimilació suficient del principi d'imparcialitat judicial encara es pot detectar a altres àmbits, com el del procés civil. Així, l'article 723.3 de la LEC atribueix competència funcional al jutge que entén del procés principal per conèixer de les mesures cautelars quan, en certa manera, el jutge que es pronuncia sobre si concorre o no una aparença de bon dret, perd la seva imparcialitat objectiva per decidir després sobre el fons del assumpte, es a dir, per a emetre un segon judici quan ja ha fet saber quina és la seva postura, encara que l'estàndard previ d'enjudiciament fos tan sols "prima facie".

El Tribunal de Cassació francès, en la seva sentència de 6 de novembre de 1998, va anul·lar la sentència dictada pel Tribunal d'Apel·lació d'Amiens per haver format part de l'òrgan col·legiat que va decidir el fons de l'assumpte un magistrat que, actuant com a "juge des référés" havia acordat una mesura cautelar, tot això en vista del que disposa l'article 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans plenament aplicable tant al procés penal com al civil.

És veritat que el que imposa el principi d'imparcialitat és una separació entre la funció d'instruir i la de jutjar, però és cert també que la profundització en la cultura jurídica de la imparcialitat demana que el jutge intervingui, tan sols, en la seva condició de tercer que és cridat a resoldre un conflicte, quan pugui complir plenament les seves funcions de "jutjar i fer executar el jutjat" que li atribueix l'article 117.3 de la Constitució Espanyola, precepte constitucional que, tan sols de manera forçada es pot entendre que faci referència a la funció d'investigar els delictes. És en aquesta actuació com a tercer que resol el conflicte on el jutge troba la seva legitimitat no d'origen (el jutge no és elegit pel poble) sino d'exercici, derivada del correcte compliment de les funcions que li son pròpies.

Segon.

La segona raó que justificaria que es donés al fiscal la investigació dels delictes és l'harmonització i homogeneïtzació del procés penal, en el marc de la Unió Europea. Espanya, Bèlgica i França son les únics països europeus on el jutge d'instrucció subsisteix. A França, on aquesta figura es va crear 1811 com a reconversió napoleònica dins l'àmbit civil, del jutge inquisidor de l'antic règim, el "juge d'instruction" ha vist reduïts notablement els seus poders després de l'escàndol del cas Outreaux amb la instauració d'una "instrucció col·legiada", i ha estat objecte d'un intent de supressió per l'expressident Sarkozy de suprimir-lo, ("Rapport Léger" fet públic el dia 1 d'agost de 2009).

El canvi polític al país veí ha salvat, de moment, la institució.

Avui en dia resulta difícil explicar a Europa que és un jutge d'instrucció, especialment als nostres col·legues anglosaxons que ni tan sols tenen un terme equivalent. La traducció es sol emprar "investigating magistrate" suposa per als juristes anglosaxons una contraditio in terminis.

Tercer.

La tercera raó per assignar al fiscal la funció instructora és la coherència amb el model del procés acusatori. Ja N'Alonso Martínez, a la seva cèlebre exposició de motius de la L.E.Cri, de 1882 al·ludia al judici acusatori com a model en el qual s'inspirava la regulació del procés penal. El mateix legislador advertia que el judici acusatori no es podria implantar en plenitud per les condicions socials en les quals la norma s'hauria d'aplicar. Per aquestes raons el text articulat no va poder recollir la previsió de la llei de bases de 1881 que atribuïa la instrucció de tots els delictes als promotors fiscals que havien de formular les conclusions provisionals.

El legislador, tenint en compte la realitat social, no va gosar dur el principi acusatori a les seves darrers conseqüències. En aquest sentit, és molt conegut el següent paràgraf de l'exposició de motius de la L.E.Cri: "I suposant que algun dia el legislador, llançant-se als braços de la lògica, arribés fins a aquest últim límit del sistema acusatori, el Govern de Vostra Majestat ha cregut que la transició era massa brusca per a aquest país, en què els jutges han estat fins ara omnipotents, perseguint els delictes per la seva pròpia i espontània iniciativa, instruint les causes els mateixos que les havien de decidir, exercint la facultat omnímoda de separar-se dels dictàmens fiscals, tant durant la substanciació com en la sentència definitiva, qualificant segons el seu propi parer el delicte i designant la pena, sense consideració a les conclusions de l'acusació i la defensa, i emprant per acabar la fórmula de l'absolució de la instància, o el que és el mateix, deixant indefinidament obert el procediment quan, a manca de proves per condemnar, les diligències sumarians infonien en la seva ment lleugeres sospites contra l'acusat. La societat ha de marxar, com la naturalesa, gradualment i no fent salts: els progressos jurídics s'han d'anar fent encadenadament, si han d'arrelar en els costums del país".

Després varen ser les dictadures i més recentment la massificació dels tribunals les que han fet impossible que el "adversarial system" es pogués dur a les seves darreres conseqüències, i una d'elles haurà d'haver estat, precisament, que la investigació dels delictes fos una activitat de part, no una funció jurisdiccional.

Quart.

També hi ha raons d'imatge, de visibilitat del paper del jutge, tan importats avui en dia, que podrien aconsellar l'atribució al fiscal de la funció instructora. En els darrers anys hi ha hagut instruccions sobre fets d'una gran transcendència social i mediàtica. Quan l'assumpte es duit davant el jutge d'instrucció, amb declaracions d'imputats, de testimonis i d'altres, l'opinió pública, inevitablement, tendeix a percebre tot això com una espècie de judici anticipat. La manca de condemna o absolució immediata és sovint percebuda com un efecte més de la lentitud de la justícia, amb sumaris la tramitació dels quals es perllonga durant anys.

Si fos el fiscal l'encarregat de la instrucció quedaria més clar, també per l'opinió pública, que no hi hauria activitat jurisdiccional pròpiament dita fins a la fase del judici, que abans el jutge no intervé sobre el fons de l'assumpte i que, un cop obert el judici, el jutge intervé, ara si de manera decisiva i decisòria, sense que s'hagin pogut crear expectatives derivades de la intervenció judicial prèvia.

Tal vegada la clara distinció de funcions i responsabilitat contribuiria a millorar l'opinió pública sobre la justícia, tan malmenada darrerament.

Cinquè.

Finalment, això seria el darrer argument, l'atribució al fiscal de les tasques instructoras pot fer més fàcil deixar fora de la feina dels jutjats certes actuacions que generen avui en dia una enorme burocràcia amb molt poc profit. M'estic referint a atestats policíacs i comunicacions de lesions que son enviats als jutjats de guàrdia encara que en ells no s'identifiqui l'autor. S'han d'incoar diligències prèvies o indeterminades i, a la mateixa resolutòria d'apertura de la causa penal, s'arxiven les actuacions per manca d'autor. Després el fiscal ha de posar-hi el vist i plau.

Però, si queda clar que la investigació d'un delicte és competència del fiscal, serà fàcil acordar que aquestes actuacions que no han produït resultat identificatiu de l'autor hagin de quedar igualment fora de la intervenció del jutge, sense perjudici de que, si mai s'arribés a identificar l'autor, s'incoaria, ara ja si, de bon de veres, la corresponent instrucció que seria fiscal, no judicial.

Matisacions i objeccions.

S'ha parlat fins ara de les avantatges que podria suposar l'atribució al fiscal de la responsabilitat d'investigar els delictes. Però és evident que aquesta opció legislativa comporta riscos i desavantatges que obliguen a

certes cauteles. A aquestes reserves es farà referència a continuació, de manera correlativa a l'exposició que s'ha fet de les corresponents avantatges.

Primera.

Així, en primer lloc, es deia que atribuir la instrucció al Ministeri Fiscal és una qüestió de principis, en concret, del principi d'imparcialitat. Però l'atribució al fiscal de la competència per investigar els delictes comporta, també, riscos pels principis, aquesta vegada pel principi d'independència. En efecte, si el Ministeri Fiscal no és independent del govern, com es pot garantir l'objectivitat de la instrucció?

S'ha propugnat un estatut pel Ministeri Fiscal de total independència en relació al poder executiu que el faria, de fet, indistingible del jutge. Si el fiscal ha de ser independent i s'ha de conduir en la seva actuació pel principi de legalitat, no sobrarien els jutges? D'altra banda, aquest sistema de total independència del fiscal no té equivalent en cap país de la Unió Europea amb excepció d'Itàlia, on els fiscals tenen el mateix estatut que els jutges i, de fet, els magistrats poden exercir tant una como una altre funció. Es tal vegada més útil i més conforme amb la nostra tradició jurídica fer menció aquí de la garantia que suposa l'acció popular, recollida a l'article 125 de la Constitució, i que constitueix una salvaguarda essencial per a què l'acció penal es pugui exercitar davant els tribunals quan el Ministeri fiscal no ho fa, i sempre que el jutge de l'audiència preliminar consideri que l'acusació està prou fonamentada. Així es preveu al projecte de reforma de la Llei d'Enjudiciament Criminal aprovat en juliol de 2011, l'únic text que, després de la Constitució, conté una proposta integral de nova regulació del procés penal.

Al nostre model de procés penal el Ministeri fiscal no té el monopoli de l'acusació. Qualsevol persona que defensi un interès legítim, suficientment connectat al interès públic, pot exercir l'acusació. No es pot oblidar que l'acusació popular juga i ha jugat un paper molt important a processos d'enorme transcendència social i que s'ha duit endavant malgrat el fiscal no acusés, com son ara el cas Pinochet, el cas Gal o, darrerament, l'acusació al jutge Garzón per les escoltes il·legals en el cas Gürtel.

Segona.

La segona raó que es donava per l'atribució al fiscal de la instrucció dels delictes era l'harmonització i homogeneïtzació amb els ordenaments jurídics de la UE. Però s'ha de fer, també, una matisació. En efecte, molt sovint la homogeneïtzació o convergència amb Europa no és tan sols qüestió d'un canvi legislatiu sino de l'adopció de unes certes pautes culturals. Les millors

pràctiques del països europeus exclouen la immissió del Fiscal General de l'Estat en les investigacions concretes dutes a terme pels fiscals. Així, durant el govern de Lionel Jospin, a França, el Fiscal General de l'Estat feia una renúncia expressa a dirigir ordres als fiscals sobre la investigació de determinats delictes i concentrava les seves funcions en impartir ordres generals de política criminal als fiscals. Un govern democràtic ha de tenir eines per du a terme la seva política criminal i una de elles es poder impartir aquest tipus de directrius al membres del ministeri públic.

Cal recordar aquí que la Recomanació 19, de 6 d'octubre de 2000, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre la funció del Ministeri Públic en el procés penal admet sense cap problema els sistemes en els quals el fiscal condueix, dirigeix o supervisa la investigació.

Tercera.

La tercera raó que es donava a favor de l'atribució al fiscal de la instrucció dels delictes és la coherència del judici acusatori que ja va implantar la llei de 1882. Ara bé, el que aquest model demanda, a més a més de que el jutge assumeixi la seva condició de tercer, és que el fiscal adopti també la seva consideració de part amb totes les conseqüències, al mateix nivell que la defensa.

Això exigeix un canvi en profunditat de manera que en l'actuació quotidiana de jutges i fiscals es respecti el principi d'imparcialitat objectiva, l'aparença d'imparcialitat, que resulta essencial en l'Estat de dret. Com deia el famós Lord Hewart: "It is not merely of some importance that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done".

En conseqüència, pràctiques quotidianes que suposen la pèrdua de visibilitat de la separació de funcions de jutges i fiscals hauran de ser evitades.

Quarta.

El quart argument per a traslladar al fiscal la instrucció feia referència a la imatge de la justícia.

En casos de transcendència mediàtica, quan la instrucció es perllongui en el temps, el Ministeri fiscal haurà d'assumir les funcions informatives que li atribueix l'article 4 del seu estatut orgànic vetllant que es respecti sempre la presumpció d'innocència.

Això no és, de cap manera, una tasca fàcil. Avui la publicitat dels procediments no es limita a la presència del públic a la sala a la qual es

celebra el judici. Des del principi de la investigació la premsa té informació, especialment dels assumptes amb transcendència social i política, i l'han de tenir ja que, com ha dit reiteradament el Tribunal Constitucional, les llibertats d'expressió i d'informació son essencials per al pluralisme polític, una de les bases de l'Estat democràtic i social. Els mitjans de comunicació, però, tenen tendència a construir un relat amb el seu culpable i la seva víctima i, malauradament, també amb el seu judici paral·lel i la seva condemna abans que els jutges hagin començat les sessions orals.

Fins ara, protegir els drets de les parts i garantir que la investigació no es vegi frustrada per informacions inapropiades o filtracions és una tasca que assumeix el jutge de instrucció i que haurà d'exercir el fiscal si és ell el que finalment s'encarrega de la investigació dels delictes ja que el secret de les investigacions s'haurà de mantenir, de forma limitada, sigui qui sigui el que s'encarregui de la instrucció.

Cinquena.

Finalment s'ha fet referència a les avantatges pràctiques que podria tenir l'atribució al fiscal de la instrucció en quant contribuiria a descongestionar els jutjats. El risc és, però, que en lloc de llevar burocràcia es dupliquin actuacions: Les de investigació pròpiament dita, duites pel fiscal, i la del jutge de garanties que es designaria ja al principi de la instrucció i que tindria freqüents intervencions en el procés, cada vegada que el fiscal demanés la limitació d'un dret fonamental.

La implantació de la nova oficina judicial en la que es duria un sol expedient telemàtic a disposició tant del jutge com de les parts seria indispensable per a evitar aquestes duplicitats.

Per concloure es pot dir que aquesta apassionant discussió sobre atribució o no al fiscal de la instrucció dels delictes que ens ha ocupat durant aquests darrers anys, tal vegada hagi diferit l'adopció de mesures de menor entitat que haguessin pogut contribuir a la simplificació i modernització del nostre procés penal.

Per això, aquest debat, amb independència del seu resultat, no pot deixar que ens oblidem de les reformes que cada dia que passa son més urgents, com son la implantació definitiva de la Nova Oficina Judicial, ara quasi oblidada, la nova planta judicial amb la creació dels tribunals de primera instància, o la racionalització del sistema de recursos contra interlocutòries en el procés penal.

2. Ponencia de Don Ladislao Roig Bustos:

El Fiscal Instructor.

1.- INTRODUCCIÓN.

La problemática y el consiguiente debate sobre cual es el órgano adecuado para asumir la investigación de los delitos, Juez o Fiscal, no es precisamente algo nuevo en nuestro país. Así, ya la Ley de Bases de 1881, preparatoria de la que sería la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, (por cierto, no olvidemos que esta es la Ley que sigue siendo la vigente) establecía la atribución a los Promotores Fiscales de la investigación de los delitos. Sin embargo a la hora de plasmar tal idea en la Ley el Legislador dio marcha atrás y así lo explica en la Exposición de Motivos: “Algún día el Legislador, echándose en brazos de la lógica, llegará hasta el límite del principio acusatorio” pero actualmente “...la transición es demasiado brusca”.

130 años después nuestro país ha sufrido avatares de todo tipo: Monarquías, Dictaduras, guerra civil, Repúblicas, transiciones democráticas, Monarquía Parlamentaria... y, pese a ello, cuando hoy se vuelve a plantear la posibilidad de trasladar de Jueces a Fiscales la atribución de la investigación de los delitos se sigue afirmando que la idea es buena pero que “la transición es demasiado brusca”. Parecería que no ha pasado el tiempo, que no ha pasado nada, que seguimos en el siglo XIX.

2.- ARGUMENTOS A FAVOR.

A).- **Diseño constitucional.** Es nuestra propia Constitución de 1978 quien se decanta por el modelo del Fiscal instructor, en mi opinión de una manera evidente. En efecto, el artículo 117.3 describe cuales son las funciones del Juez: “Juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. A su vez, es el artículo 124.1 el encargado de describir las funciones del Fiscal: “Promover la acción de la Justicia”.

Se atribuye pues al Juez un papel pasivo: “Juzgar”, relegando las facultades dotadas de una cierta actividad a un momento posterior al del enjuiciamiento, “hacer ejecutar lo juzgado”. Por el contrario al Fiscal la Constitución sí le otorga ese papel activo: “Pro-mover”, es decir, mover hacia, impulsar, llevar a. Como veremos inmediatamente, los papeles que el constituyente atribuyó a Jueces y Fiscales son exactamente los contrarios que los que desempeñan unos y otros en la actualidad.

B).- **Diseño europeo.**- Todos los países de nuestro entorno socio cultural tienen asignada al Fiscal la atribución de la investigación de los delitos. No se trata aquí de hacer una exégesis de cómo son los distintos procedimientos penales en los países que nos rodean pero sí queremos señalar, a título de mero ejemplo, como en Alemania los fiscales son claramente dependientes del Gobierno mientras que en Italia los fiscales son claramente independientes del Gobierno al tener exactamente la misma naturaleza que los Jueces y depender del Consejo General de la Magistratura. Pues bien, en ambos países es el Fiscal quien tiene atribuida la investigación del delito.

C).- **La lógica.**- Nuestro procedimiento penal es único en el mundo, afirmación que no es una metáfora o una exageración, sino tan sólo la descripción de una realidad. No hay un solo país que siga el modelo español, ese modelo creado, no lo olvidemos, hace 130 años.

Desde la perspectiva estrictamente teórica, luego veremos la realidad del día a día, en el proceso español a quien se comunica la “notitia criminis” es al Juez y es el Juez quien recopila las pruebas, todas y de todo tipo, sean favorecedoras de la acusación o de la defensa, y es el Juez quien imputa los hechos al denunciado bien sea dictando auto de procesamiento, en los sumarios, o auto de pase a Procedimiento Abreviado, en este tipo de procedimientos. Todo ello en base a la filosofía de que lo que vale es lo que se instruye y que el Juicio Oral es una pamema (Ya lo dijo Alfonso Martínez en 1882 y así se repite en la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, del Jurado). Ciertamente es que esa filosofía ha sido notoria y sustancialmente corregida en los últimos tiempos, pero tales correcciones derivan de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no de lo que es la estructura del proceso que se sigue asentando en esa filosofía antedicha.

Y así, mientras el Juez está en permanente actividad (acumula pruebas, toma decisiones, imputa hechos...) el Fiscal se mantiene pasivo salvo en algunas muy específicas actuaciones que no por esenciales dejan de ser eso, muy concretas actuaciones, tales como la petición de privación o limitación de la libertad. Incluso la adopción de medidas cautelares de evidente importancia, como el embargo de bienes, pueden ser acordadas, y de hecho lo son, sin la previa petición en tal sentido del Fiscal que, siempre según el diseño teórico del proceso español, se limita a quedarse sentado en su despacho a la espera de que el Juez concluya su actividad.

Tales despropósitos no se quedan en lo señalado. Porque al final el que acusa es el Fiscal y la acusación la tiene que hacer con una prueba que no es la que él se ha buscado, sino la que le ha proporcionado un tercero; porque muy Juez que sea el instructor, no deja de ser “un tercero”. Y eso si decide acusar, porque el Fiscal, una vez ha recibido el procedimiento con las pruebas acumuladas por el Juez Instructor, puede perfectamente no acusar

haciendo con ello inútil el trabajo del Juez.

Añadamos a ello que cuando el Fiscal recibe el procedimiento puede entender que no le bastan las pruebas hasta entonces practicadas por insuficientes en cuyo caso puede pedir más pruebas estando el Juez obligado a practicarlas (“las acordará”, dice imperativamente el artículo 780.2 de la L.E. Criminal), a diferencia de si las pide la acusación particular (en cuyo caso el Juez decidirá “lo que estime procedente”, según el mismo texto legal).

No parece exagerado decir que todo esto es ilógico y evidentemente es exactamente lo contrario de ese diseño constitucional antes expuesto del Juez pasivo y el Fiscal activo.

D).- Las sospechas sobre el Juez Instructor.

Vaya por delante mi absoluto reconocimiento por la labor que día a día desempeñan los Jueces Instructores con especial alabanza a los Jueces destinados en Palma que están realizando una labor encomiable. Pero dicho esto, no es menos cierto que con el actual sistema procesal el Juez es quien acumula las pruebas pero también es quien toma decisiones esenciales como la adopción de las medidas cautelares, incluida la que supone nada más y nada menos que la privación de libertad. Así resulta que, en multitud de ocasiones, la primera decisión que adopta el Juez Instructor es acordar la prisión provisional del sospechoso cuando le llega el atestado a su Juzgado de Guardia y es, después de adoptar esa decisión, cuando comienza a recopilar pruebas en la investigación del delito, todas aquellas pruebas que no están contenidas en el atestado policial.

Pero es que el Instructor también resuelve recursos interpuestos por las partes personadas durante la tramitación del proceso sin olvidar, dados los tiempos que corren, la multitud de críticas y alabanzas mediáticas si el asunto que se instruye tiene una especial relevancia social. En definitiva, cada vez que el Juez resuelve un recurso de alguna forma parece que toma partido, algo que parece poco compatible con su obligación de ser imparcial y objetivo tanto desde un punto de vista material como formal.

Este último aspecto no ha dejado de ser considerado incluso por nuestro Tribunal Constitucional. Así, en su sentencia 162/99 de 27 de septiembre se reseñan afirmaciones relativas al Instructor tales como “... su obligación de ser ajeno al litigo...”, que sea evidente que el Juez “...no se juega nada en él...”, que no puede “... ser juez de la propia causa” y la tajante afirmación de que “... el Juez no debe ser el impulsor de la actividad pública investigadora, sino el garante de los derechos individuales”.

E).- Situación social actual.

En la actualidad hay un hecho fáctico objetivo: El cada vez mayor

despliegue de la actividad investigadora del Fiscal en el proceso penal. Así, no resulta ya extraño que en determinados procesos, de todos conocidos por su impacto mediático, se vea al Fiscal en la misma Comisaría de Policía interrogando a los denunciados o detenidos o en entradas y registros, es decir, al frente de la investigación penal desde su mismo inicio. Pero, junto a ello, tampoco es extraño, más bien lo contrario, es habitual, ver providencias dictadas por el Juez Instructor ordenando el pase del procedimiento al Fiscal para que “informe sobre el procedimiento a seguir” ó para que “manifieste lo que a su derecho convenga” o para que “indique si estima necesaria la práctica de más pruebas a realizar”, providencias que lo mismo se dictan nada más incoarse el proceso penal como se dictan cuando el mismo está concluyéndose. Es pues evidente como el Fiscal adopta, por sí o a instancia del propio Juez Instructor, una cada a vez mayor actividad abandonando esa posición pasiva a la que antes me refería. Pero ésto se hace sin criterios concretos, a su libre albedrío o al albedrío del propio Juez, sin parámetros preestablecidos ni previa normativa. Simplemente, se hace. O no se hace.

Otro elemento destacado relacionado con esa mayor despliegue de la actividad investigadora del Fiscal son las llamadas Diligencias Informativas de la Fiscalía, Diligencias de Investigación que se encuentran legalmente amparadas por el artículo. 773.2 de la L.E. Criminal y por el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aunque las mismas adolecen de una absoluta falta de regulación ya que, que uno sepa, solo la Instrucción 4/06 de la Fiscalía General del Estado, Instrucción relativa a la Fiscalía Anticorrupción, y el Decreto 10/9/09 del Fiscal General del Estado, relativo a una orden de un Fiscal Jefe de una determinada Fiscalía, son la única normativa reguladora de esta materia y ello a pesar de la evidente importancia que este tipo de Diligencias han alcanzado en los últimos tiempos. Así, si nos centramos en la Fiscalía de Palma y contemplamos su evolución vemos como, sin incluir las relativas a las materias de Incapacidades y Menores, en el año 2005 se incoaron 63, en el 2007 fueron 144, 221 en el 2008 y en el último año, 2011, las incoaciones alcanzaron la cifra de 224. Y, a pesar de que en nuestro Ordenamiento es al Juez de Instrucción al que se le debe notificar o informar de la “notitia criminis”, no solo fueron los ciudadanos de a pie los que acudieron a Fiscalía a denunciar posibles hechos delictivos, sino que lo hicieron Instituciones (como el Govern, Ayuntamiento, Ibsalut...) incluso jurídicas (como los Colegios de Notarios y Registradores o el propio Colegio de Abogados) e incluso en 24 ocasiones en el 2011 fueron Jueces de 1ª Instancia quienes optaron por remitir a Fiscalía, en vez de a sus compañeros de Instrucción, testimonios de posibles hechos delictivos ocurridos en su jurisdicción.

Hay pues un claro sentir social, incluso en los propios estamentos

jurídicos, de que es el Fiscal el órgano naturalmente más adecuado para dirigir la investigación de los hechos delictivos.

3.- ¿POR QUÉ NO SE ACEPTA AL FISCAL INVESTIGADOR?.

La respuesta es tan clara como tajante: La falta de voluntad política para la necesaria reforma de la Justicia Penal, falta de voluntad existente a lo largo de todo el siglo XX cualquiera que haya sido el régimen imperante o el color político del Partido en el Poder incluidos aquellos que, ya en un régimen democrático, han contado con amplias mayorías absolutas.

Desde el nacimiento de la Constitución hasta la toma de posesión del último Gobierno, el de Mariano Rajoy, se han producido hasta 43 modificaciones de la L.E. Criminal. Aún así, materias de una evidente trascendencia como la regulación de la prueba de las escuchas, tanto telefónicas como privadas, (cuya regulación y validez se debe en la actualidad exclusivamente a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional), o como la problemática de la doble instancia, siguen siendo problemas sin resolver por el Legislador. Nuestro proceso penal, ya lo señalamos antes, sigue teniendo como base la L.E. Criminal de 1.882 a la que una y otra vez se parchea a veces incluso de manera precipitada por las urgencias, como sucedió con la declaración de inconstitucionalidad de las Diligencias Preparatorias, aquellas en las que el mismo juez que instruía era el que posteriormente juzgaba y sentenciaba.

En este sentido, un pequeño repaso histórico nos hace ver que desde la Constitución hasta nuestros días hemos instruido con procedimientos como las Preparatorias, los Sumarios de Urgencia, los PEOs, los MGs, los PADs, los Juicios Rápidos, además de otros procesos especiales como los de Jurado o los relativos a personas aforadas Sólo dos procedimientos, los Sumarios Ordinarios y los Juicios de Faltas, han permanecido básicamente inalterables en su estructura. Es decir, cada 7 años cambiamos el procedimiento base. No parece que ello sea un modelo de estabilidad para un proceso de la importancia que debe suponersele al proceso penal.

A lo largo de todo este auténtico vía crucis de parcheos pocas veces el Legislador se ha decantado por seguir los pasos que se anunciaban a finales del siglo XIX. Particularmente llamativo es el supuesto de la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado. Tras anunciar su Exposición de Motivos que se opta por la potenciación del principio acusatorio, efectivamente parece que en un principio se inclina por dejar que sean las partes quienes acumulen las pruebas de las que se quieran servir el día del juicio y así el artículo 24.1 reseña que el Juez Instructor sólo podrá practicar aquellas pruebas que sean “inaplazables”, para añadir en su artículo 27.1

que igualmente podrá practicar aquellas que sean “imprescindibles”. Sin embargo el Legislador empieza a “sospechar” de las partes, y por eso permite al Juez Instructor en el artículo 27.3 que practique las “necesarias” para, finalmente, autorizarle en el artículo 32.3 que igualmente realice las pruebas “complementarias”. Desde la “inaplazabilidad” a la “complementariedad” se hace un recorrido que se inicia con esa “potenciación del principio acusatorio” y se concluye con una vuelta al procedimiento ordinario donde de nuevo es el juez el encargado de la acumulación de pruebas. Toda una declaración de principios del querer y no atreverse.

Lo mismo podría decirse de las Diligencias Informativas de Fiscalía a las que antes me he referido. Se aceptan legalmente, pero no se regulan en absoluto, pese a su cada vez mayor incidencia tanto en cuanto al número de incoaciones como a la importante naturaleza de los hechos en ellas investigados.

En resumidas cuentas, desde el anuncio en 1882 de llevar hasta sus últimas consecuencias el principio acusatorio hasta la fecha de hoy, sólo la Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de Menores se ha atrevido a seguir el camino de la lógica.

4- PROBLEMATICA DEL FISCAL INVESTIGADOR.

A).- Las plantillas.

Un primer problema que no por material deja de ser importante es el de las plantillas y no sólo de los Fiscales. Este cuerpo, el de la Carrera Fiscal, que ya en los últimos tiempos ha ido recibiendo cada vez más atribuciones, que bienvenidas sean, en ámbitos como el civil (familia, incapacidades...), laboral, contencioso, vigilancia penitenciaria, menores.... necesitaría un evidente incremento de plantilla para poder asumir de una manera mínimamente eficaz la labor de la investigación de los delitos. Las razones para ese aumento de plantilla no parece que deban justificarse por su obviedad.

Junto a ello la plantilla de los Jueces, sobre todo de los de Instrucción, evidentemente debería quedar reducida al pasar a tener unas funciones de control de evidente menor entidad e intensidad numérica que las funciones instructoras que ahora tienen encomendadas.

Pero también sería necesaria una evidente reforma material en las oficinas tanto judiciales, cuya plantilla debería reducirse, como en las del Ministerio Fiscal, cuyo aumento será imprescindible en personas y en locales dado el innegable aumento de funciones y de “papel” que la atribución al Fiscal de la investigación de los delitos conlleva.

B).- La supuesta dependencia gubernamental.

Probablemente la principal objeción existente a la atribución al fiscal de la investigación de los delitos sea su supuesta dependencia gubernamental, dependencia que, como ahora veremos, no es tan taxativa como algunos quieren hacer ver y que, en cualquier caso, no supone problema alguno en otros países como Alemania ó Francia donde el Fiscal, que sí es en ellos claramente dependiente del Gobierno, tiene atribuida esa labor.

En cualquier caso el Fiscal español no es tan gubernamental como algunos se empeñan en afirmar. De entrada el Ministerio Fiscal está constitucionalmente “integrado en el Poder Judicial” al quedar regulado en el Título VI de la Constitución, “Del Poder Judicial” y no en el título IV, “Del Gobierno y de la Administración”, ni en el título III, “De las Cortes Generales”.

Igualmente en es la Constitución donde se fija como principio rector del Ministerio Fiscal el de la Imparcialidad, anexo y al mismo nivel que el de Legalidad (art. 124.2) y unido a los de Unidad y Jerarquía en el bien entendido que este último principio tiene como cúspide al Fiscal General del Estado. El principio de Jerarquía no va constitucionalmente “más allá”, no tiene mandos ni superiores al Fiscal General ni intermedios fuera de la propia Carrera Fiscal. No hay una sola norma legal, una sola disposición normativa, que permita a ninguna Autoridad, cualquiera que sea su naturaleza, dirigirse a ningún miembro del Ministerio Fiscal dándole instrucciones ni mucho menos ordenándole sobre cual deba de ser su proceder o su actuación. Es más, ni el propio Gobierno de la Nación puede hacerlo pues cuando, en su legítima dirección de la política criminal, quiera que el Ministerio Fiscal actúe de una determinada manera solo lo podrá “interesar” en una comunicación que necesariamente debe hacerse “al Fiscal general del Estado a través del Ministerio de Justicia” quedando obligado el Fiscal general en tal tesitura a convocar a la Junta de Fiscales de Sala para estudiar la legitimidad de ese “interés” mostrado por el Gobierno (Artículo 8 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981 de 30 de diciembre).

Cierto es que el Fiscal general del Estado es un nombramiento gubernamental y que, a partir de ahí, pueden surgir sospechas sobre su actuación al frente de la Institución y de las órdenes e instrucciones que él sí puede formular al resto de la Carrera, pero lo que no se puede es olvidar que precisamente para eliminar o cuanto menos paliar esas sospechas el propio Estatuto Orgánico ha incorporado una serie de garantías, ampliadas y reforzadas tras su última modificación del año 2010, tanto en lo referente al nombramiento del Fiscal general, las incorporadas tras la última reforma

legal, como referidas a los fiscales “ordinarios”. Así en referencia al Fiscal general éste solo es nombrado previa audiencia parlamentaria (Art. 29.2), su mandato es temporal, 4 años, y solo puede ser cesado por causas previamente tasadas (Art. 31), garantías todas ellas que dotan, o deberían dotar, de una mayor credibilidad a su actuación al reforzarse de manera evidente su status independiente del Ejecutivo desde el mismo momento de su toma de posesión.

Junto a ello se han mantenido las garantías para los fiscales “de a pie”. Así, el derecho a elevar al Fiscal general y al Consejo Fiscal los supuestos en que el superior avoque para sí un determinado asunto (art. 23), la plena libertad en su informe oral cualesquiera que hayan sido las órdenes recibidas (art. 25) o la posibilidad de objeción a la orden emanada de su superior (art. 27).

Por todo ello creemos absolutamente mendaz el silogismo tan burdamente utilizado por algunos según el cual como al Fiscal general lo nombra el Gobierno de la Nación (premisa 1) y como los fiscales están sometidos al principio de jerarquía (premisa 2) la función y las actuaciones de todos los miembros del Ministerio Fiscal no son fiables (conclusión) y por ello no se les puede atribuir la función investigadora. Quienes mantienen tal tesis o desconocen todo lo que acabamos de reseñar (lo que es grave en quienes se denominan a sí mismos juristas) o, lo que es peor, lo conocen pero no se lo creen (lo que supone una tacha de permanente sospecha institucional tan absolutamente inadmisibles como sería sospechar de manera global de la independencia de los Jueces) o, lo más grave de todo, lo conocen, se lo creen, pero les interesa mantener una sospecha permanente sobre la credibilidad del Ministerio Fiscal por razones tan infames que prefiero ni entrar a analizar.

C).- **La credibilidad social.**- Todo lo antedicho no supone que quien esto escribe desconozca una realidad social que algunos, como acabo de señalar en el apartado anterior, se encargan de mantener y potenciar cual es la sospecha en las actuaciones de los Fiscales. Aun siendo incierta (e injusta) la base de esa sospecha, al menos desde una acepción generalizada, no es menos cierto que asumir por los Fiscales la función de investigación debería pasar por un mayor esfuerzo en ese reforzamiento de su credibilidad ante la sociedad, esfuerzo que debería hacerse desde ya cuanto menos en algunas materias como sucede con las Diligencias Informativas o de Investigación de la Fiscalía.

En efecto, y como ya señalamos anteriormente, las Diligencias Informativas apenas tienen en la actualidad una regulación y la poca normativa existente no parece ser la más adecuada en ese intento de reforzamiento en la credibilidad social. Así, el Decreto del Fiscal General del Estado de 10/9/09 atribuyendo sin más y con absoluta libertad a los Fiscales Jefes tanto la

asignación de los asuntos como la decisión final de los mismos, obviando esas garantías antes reseñada de los fiscales ordinarios, no parece que contribuya a ese esfuerzo por ganar un plus de confianza social. Es más, la apuesta debería ir por el camino contrario, es decir, por controlar las facultades de las Jefaturas y del propio Fiscal general en aras a evitar acrecentar esas sospechas y susceptibilidades al modo en como se hace en otras legislaturas (por ejemplo, Portugal). Una buena medida, a título de ejemplo, sería la de que las Instrucciones y Circulares que emanan de la Fiscalía general del Estado deban ser necesariamente generales, evitando dar órdenes o instrucciones sobre casos concretos. Como buena medida sería que el reparto de trabajo y la asignación de asuntos en las Fiscalías, aún atribuida esa función al Fiscal Jefe oída la Junta de Fiscalía, se hiciese de manera anual y predeterminada y que los cambios en ese reparto lo fuesen solo de manera excepcional y por causas tasadas.

En esta línea donde entendemos que debe dirigirse la actuación legislativa en tanto se decida plasmar de manera definitiva en nuestras Leyes el modelo del Fiscal investigador, normativas y líneas de actuación en la Carrera Fiscal por las que sin merma del principio constitucional de jerarquía se refuerce el también constitucional principio de imparcialidad en el bien entendido de que sin credibilidad social la figura del fiscal investigador nacería inevitablemente condenada al fracaso.

5.- FUTURO IMPROBABLE.

El anterior Gobierno de la Nación de Rodríguez Zapatero redactó un borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en la atribución al Fiscal de la investigación de los delitos, bien que tal borrador fue terminado en la última etapa de la Legislatura de modo que ni tan siquiera llegó a ser objeto no ya de debates parlamentarios sino ni tan siquiera de las correspondientes discusiones previas. Ello no obstante no me resisto a reseñar muy esquemáticamente (el borrador es extensísimo) las líneas generales de ese conato de un nuevo proceso penal a pesar de ser consciente de que estamos hablando de un borrador cuyas perspectivas de plasmarse en Ley son mínimas, por no decir nulas.

— **Fase Previa.**- La conforma la investigación policial quien actúa de manera autónoma y que se realiza sólo hasta la identificación de algún sospechoso. Tan pronto como es identificada una persona como presunta autora o responsable del delito que se investiga la Policía ya no acude al Juez, sino que debe acudir al Fiscal comunicando los resultados habidos hasta ese momento de la investigación y la identidad del sospechoso iniciándose así la 1ª Fase del procedimiento.

Excuso decir que durante esta fase previa no puede practicarse prueba

ni diligencia alguna que limite o vulnere derechos de ningún ciudadano.

— **1ª Fase.**- Tan pronto como el Fiscal recibe la investigación policial debe incoar el correspondiente procedimiento y comunicar inmediatamente tal incoación al llamado Juez de Garantías para, también de manera inmediata, concretar (el Fiscal) ante ese mismo Juez los hechos objeto de imputación a la manera como se hace en la actualidad en la Ley del Jurado.

El Fiscal practica, o manda practicar, todas aquellas diligencias de investigación que crea necesarias con la participación en ellas del abogado defensor en la forma como al día de hoy se practican por el Juzgado Instructor, pero en el bien entendido que todo ello no es sino una “preparación” ya que ninguna de las diligencias que se practiquen son reproducibles. Igualmente cuando la diligencia de prueba que interesa practicar el Fiscal, o la parte acusadora si se personara, lleve aparejada la limitación o vulneración de derechos fundamentales (escuchas, registros, pruebas de ADN...) necesariamente deberá ser previamente autorizada por el Juez de Garantías.

Este, el Juez de Garantías, durante esta fase mantiene una actitud pasiva ya que su cometido esencial es adoptar medidas cautelares o autorizar la práctica de pruebas que vulnere derechos fundamentales del investigado y que se hayan interesado a petición de parte. Igualmente ejerce una función de control sobre la investigación del Fiscal y así, por ejemplo, decide sobre aquellas pruebas que habiendo sido interesadas por el letrado defensor su práctica hubiera sido denegada por el Fiscal. También ejerce un control sobre la duración de este periodo que deberá tener un límite temporal preestablecido.

Si el Fiscal entiende que de las diligencias practicadas no se derivan pruebas suficientes para formular acusación archivará las Diligencias con posibilidad de recurso por la parte acusadora personada. Si el Fiscal entiende que ya ha acumulado las pruebas necesarias para formular acusación (y el defensor no quiere la práctica de nuevas pruebas o estas le son denegadas por el Juez de Garantías), se inicia la 2ª Fase.

— **2ª Fase.**- En ella aparece un nuevo Juez, el llamado Juez de Audiencia Preliminar, distinto al anterior, el Juez de Garantías, y por tanto no contaminado por decisiones previamente tomadas de evidente envergadura como puede ser la misma privación de libertad del investigado.

La función de este segundo Juez es básicamente la de recibir la investigaciones realizadas y los escritos de acusación y defensa y en base a todo ello determinar si la acusación está suficientemente fundada y, de entender que sí, dictar el auto de apertura del Juicio Oral, fase ésta que excluyo de comentario al quedar al margen de lo que es objeto de estas líneas, la atribución al Fiscal de la investigación de los delitos.

Reitero que el borrador es extensísimo y que lo acabado de reseñar es tan solo un atrevido resumen que deja al margen multitud de problemáticas, pero lo he querido plasmar en este trabajo con la vana pretensión de acercarse a una idea, solo la idea, de lo que podría ser el eje de un nuevo procedimiento penal.

6.- PROBABLE FUTURO.

Decía al principio de este escrito, en la Introducción, que hace ya 130 años se hablaba de la posibilidad de atribuir al Fiscal la investigación de los delitos. El tema pues se planteó a finales del siglo XIX, se siguió planteando durante todo el siglo XX y se sigue planteando en estos principios del siglo XXI. Y si uno se para a meditar cómo y con qué intensidad se hace actualmente este planteamiento, piensa que probablemente a principios del siglo XXII alguien bienintencionado volverá a organizar una mesa redonda sobre las posibilidades de que en España se atribuya al Fiscal la investigación de los delitos.

“La Historia no avanza, solo da vueltas sobre sí misma”, decía la inolvidable abuela Amaranta de “Cien años de soledad” cuando veía pasar ante ella a sus distintos descendientes Buendía: Los Arcadios, José Arcadios, Aurelianos, Aurelianos José, Ursulas, Amarantas, Amarantas Ursulas...

Empecé a ejercer como Fiscal en enero de 1978. Era entonces delito conducir sin carné y había encarnizados debates jurídicos y sociales sobre la despenalización de aborto. Existían Magistrados que en los Juicios andaban más preocupados del riguroso cumplimiento de los formulismos (no de las formas que incorporan garantías de inexcusable cumplimiento, sino de formulismos simplemente inútiles e hipócritas) que de lo que realmente se dilucidaba en el Juicio Oral. Cada vez que había un problema social aparecía el político de turno diciendo que para solucionarlo se iba a modificar el Código Penal (para endurecerlo, por supuesto). Se decía que los delincuentes entraban en el Juzgado por una puerta y salían por otra aunque fuésemos el país que teníamos una mayor “ratio” de presos por habitantes. Todavía no estaba aprobada la Constitución española. Y se hablaba de la posibilidad de atribuir al Fiscal las funciones de la investigación del delito.

Era enero de 1978.

3. Ponencia de Don Gabriel Garcías Planas: ***Breves notas sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal.***

En mi opinión el hecho de que las causas penales se instruyan por el Juez o por el Ministerio Fiscal no es lo importante. Lo realmente significativo es que la instrucción se haga bien y que se garanticen los derechos de las partes en el proceso; no en vano los procesalistas afirman con rotundidad que el procedimiento es la garantía del proceso.

Por ello, creo que cada parte debe tener un sitio en el proceso penal, el Juez en el Juzgado, el Fiscal en Fiscalía, la Policía en Comisaria y el Abogado, con las escasas funciones que en un principio tiene atribuídas, en Policía y en el Juzgado.

En la actualidad no es infrecuente que representantes del Ministerio Fiscal se desplacen a la Jefatura Superior de Policía, e interroguen a los detenidos; ello no me parece procesalmente adecuado por las razones que a continuación diré.

El Código Penal no concibe estas situaciones como admisibles. Así, el delito de simulación de delito del artículo 457 al decir “El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente **provocando actuaciones procesales**, será castigado con la multa de seis a doce meses”. El término actuación procesal ha sido interpretado como expresión equivalente a procedimiento judicial con la finalidad de averiguar un hecho que revista caracteres de delito (STS 9 de Diciembre de 1949); por otra parte el Alto Tribunal en otras resoluciones niega tal concepto en aquellos casos en que el procedimiento no va encaminado a la averiguación de hechos punibles, circunstancias modificativas y personas responsables.

Lo que no exige el Alto Tribunal es que se trate de unas diligencias concretas, siendo suficiente con la apertura de Diligencias Previas. Así la Sentencia 20 de Septiembre de 1991, establece “que la actuación procesal es la dirigida a la averiguación de los hechos simulados aunque sea en trámite de diligencias previas, porque la amplitud de la fórmula legal permite todas las modalidades previstas en el ordenamiento”.

Sin embargo y esto es lo importante, para lo que intento explicar, es que es un criterio unánime que la expresión “actuación procesal” es sinónimo o

equivalente a procedimiento judicial tendente a averiguar algún hecho que revista caracteres de delito. Por ello el Tribunal Supremo desde antiguo, –Sentencia 24 de Mayo de 1957– negaba la existencia de tal actuación al no existir un procedimiento encaminado a la averiguación de hechos punibles, circunstancias modificativas y personas responsables; y la Sentencia de 16 de Mayo de 1975 igualmente estimó que no existían actuaciones procesales, porque aunque existió simulación ante agentes policiales, en la propia comisaria, posteriormente se confesó la verdad y no se abrió procedimiento alguno.

En definitiva, actuación procesal debe entenderse como apertura de un proceso judicial y no meramente atestados policiales.

Por tanto, el legislador, no ha contemplado que el Ministerio Fiscal o un Juez de Instrucción estén presentes en Comisaria, por cuanto considera que si alguien simula haber sido responsable o víctima de un delito ante Policía sólo con ello no se comete una simulación de delito porque no se ha dado lugar a una actuación procesal; sin embargo ese criterio Jurisprudencial y Doctrinal, caso de admitirse la presencia de un representante del Ministerio Fiscal o de un Juez de Instrucción en Comisaria, debería cambiar radicalmente, por cuanto daría un vuelco en concepto de actuación procesal.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 2005, considera a la simulación de delito como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que “la noticia criminis” o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como antaño, una condición objetiva de punibilidad, sino como resultado de la acción típica.

Concluyo esas breves notas, con la idea de que las autoridades judiciales, Ministerio Fiscal, Jueces de Instrucción, no deberían interrogar a los detenidos en Comisaria de Policía, ya que en principio, a mi entender el lugar de llevarlo a cabo es en el Juzgado. Las ideas que he expuesto sobre el concepto de “actuación procesal” del artículo 457 del Código Penal parecen, en buena medida apoyar esa tesis.

Pero desde luego, no esta vedada cualquier otra opinión; pues una de las grandezas del Derecho es que es interpretable.

VIII.- IX PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

1. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, DERECHO PROPIO Y OTRAS COMPETENCIAS

Jaime Suau Morey

Los Premios Luis Pascual González, creados por la Academia para reconocer trabajos importantes sobre instituciones y temas de Derecho civil balear, van dejando tras sí, año tras año, una larga cosecha de singulares obras que enfocan, dentro de esta materia, variadas cuestiones. Siendo el ganador del IX Premio Luis Pascual González, el Abogado y Doctor en Derecho Jaime Suau Morey, un profundo conocedor del Derecho procesal, al cual ha dedicado fundamentalmente su investigación científica, no es extraño que el tema elegido fuera procesal; aunque, por otra parte, era evidente su relación con nuestro Derecho civil. En el trabajo ganador del Premio se somete a un certero análisis un órgano jurisdiccional de considerable importancia para el Derecho civil balear, como es la Sala de lo Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia, ya que, al conocer de los recursos de casación por infracción de precepto foral, se convierte en nuestro Tribunal de Casación, que dice la última palabra sobre las instituciones integrantes de nuestro Derecho.

En el trabajo premiado se estudia la composición y competencias de este Tribunal, pero sin dejar de hacer referencia a otras posibles futuras competencias, abogando, en este sentido, por un posible conocimiento de los recursos contra las sentencias penales dictadas por las Audiencias Provinciales –lo cual es una necesaria derivación de la exigencia de la doble instancia penal–, así como por la generalización de los impropiaamente llamados recursos de revisión, de los que actualmente tan solo conocen cuando derivan de un proceso que ha tenido por objeto instituciones forales.

El trabajo premiado se realizó con anterioridad a la ley de 10 de Octubre de 2011 de Medidas de Agilización Procesal, que modificó el art. 477.2.2ª de la LEC, elevando la cuantía del recurso de casación de 150.000 a 600.000 euros, lo cual debe tenerse en cuenta en la lectura del apartado 4 del mismo.

- 1.- INTRODUCCIÓN.
- 2.- DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- 3.- EL TSJ DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. NACIMIENTO Y COMPETENCIAS. LA ACUMULACIÓN IMPUGNATIVA DE NORMAS DE DERECHO CIVIL COMÚN Y DE DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.
 - 3.1.- OTRAS POSIBLES ATRIBUCIONES DE LEGE FERENDA A FAVOR DE LOS TSJ.
 - 3.2.- ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. ATRIBUCIONES CONCEDIDAS A LOS TSJ.
- 4.- ATRIBUCIONES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL ACUMULADO AL RECURSO DE CASACIÓN DE NORMA ESPECIAL CON DERIVACIÓN DE AMBOS RECURSOS HACIA LOS TSJ.
- 5.- LA DENUNCIA DE INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL.
- 6.- REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.
- 7.- LOS FUEROS PRIVILEGIADOS Y LOS TSJ.
- 8.- EL DERECHO AL RECURSO EN SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS Y LA COMPETENCIA DE LOS TSJ.
- 9.- LA REPERCUSIÓN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES ANTE LOS TSJ.
- 10.- CONCLUSIONES.

1.- INTRODUCCIÓN.

El estudio de las peculiaridades, nacimiento desenvolvimiento, vida y proyección (actual y futura de nuestras instituciones jurídicas), forma parte de la esencia de nuestra Comunidad. A su estudio y defensa se han dedicado insignes juristas cuyo encomiable esfuerzo y entusiasmo es de justicia agradecer.

Mas el derecho se canaliza, fluctúa y vive en suma a través de los Tribunales. Entre ellos el que figura culminando la organización judicial de nuestra Comunidad Autónoma, es el Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears (artículo 152 CE).

La pervivencia de nuestras instituciones, quedaría en la pura entelequia si descuidásemos o desatendiésemos las funciones y el ámbito competencial del Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma.

Junto al estudio de nuestro derecho es pues la aludida e imprescindible alternativa la que obliga a considerar el contenido de la actividad de este Tribunal que como todos los de las Comunidades Autónomas, muestra únicamente la visión del iceberg de su potencialidad futura.

Decimos esto porque interesa en primer lugar abundar en el arrastre competencial que lleva consigo debido a que tal vez no se le ha contemplado en toda su dimensión. Por ello, vamos analizando como el legislador quiere pulsar los resortes necesarios para que la función uniformadora e interpretativa del derecho propio de nuestra Comunidad Autónoma pueda desarrollarse, aún arrastrando y asumiendo competencias que inicialmente tenía asumidas el Tribunal Supremo.

En este sentido, al confluir motivos casacionales amparados en derecho civil común y específico de nuestra Comunidad, será el Tribunal Superior de Justicia quien asumirá la competencia para la decisión de ambos (el principio de unidad del recurso contribuye también a esta solución).

La variedad de motivación casacional ocasiona también el que no sea un solo recurrente el que conjugue y presente distintos motivos casacionales, sino que esta simultaneidad provenga del concurso de la actividad impugnativa desplegada por distintos litigantes. En estos casos también al Tribunal Superior de Justicia se le debe atribuir el conocimiento del recurso cuando alguno de los motivos colacionados se refiera al derecho específico o propio de la Comunidad Autónoma.

Pasemos al Recurso Extraordinario por Infracción Procesal; éste cabe

(aparte de excepcionales supuestos en los que puede interponerse de forma autónoma), en los supuestos en los que cabe Recurso de Casación; como el Recurso de Casación amparado en el derecho propio de la Comunidad, tiene más fácil acceso ante los TSJ que el derecho civil común ante el TS, el acceso del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal que se colaciona junto al de Casación, tiene consecuentemente más amplio pórtico cuando discurre paralelamente al recurso en cuanto al fondo.

Casi siempre el adecuado diagnóstico de posibilidades evita sorpresas desagradables, mas como existen supuestos que rayan límites sinuosos, la actividad del TS en fase de admisión mediatiza muchos supuestos como veremos en el contenido de este trabajo. Ésta mediatización en trámite de **admisión**, tiene lugar primordialmente cuando confluyen motivos casacionales amparados en vulneraciones de Garantías Constitucionales y Derechos Fundamentales, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. ¿Cómo y ante quien se desarrollan las siguientes fases de sustanciación y decisión de tales recursos? La materia es compleja y a veces vidriosa por lo que debe abordarse dependiendo en cualquier caso de si prospera o no este motivo fundamentado en vulneración de precepto constitucional (aunque la profundidad de su estudio aterrice en sede casacional, que constituye una complejísima pieza de relojería jurídica en palabras del Pfr. Serra Dominguez).

Finalmente (o a la vez) se deben considerar las atribuciones que tienen conferidas los TSJ en los órdenes jurisdiccionales Contencioso-administrativo y Social. Un experimentado magistrado jubilado del TSJ se refería a la magnitud de tales atribuciones en detrimento de las competencias civiles que tiene atribuidas el TSJ; no es de extrañar pues que entre las muchas competencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ, figuren los recursos que se deduzcan en relación con disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales por una parte y por otra parte los recursos que se deduzcan contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las CCAA al igual que muchas resoluciones revisoras de la actividad de los Tribunales Económico-administrativos tanto regionales y locales que pongan fin a la vía administrativa como las Resoluciones dictadas en alzada por el Tribunal Económico-administrativo Central en materia de tributos cedidos. No es menos intensa la actividad de la Sala de lo Social del TSJ a quienes incumbe (entre otras competencias el conocimiento de los recursos que establezca la ley contra las Resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la CA, así como los recursos de suplicación y los demás que prevee la ley contra las Resoluciones de los juzgados de lo Mercantil en materia laboral y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia véase la LO 8/2003 para la Reforma Concursal, los art. 74 y 75 de la LOPJ).

De lo expuesto se deduce que la importante y genuina función casacional que inicialmente inspiró la creación de los TSJ, se ha visto desbordada por la multiplicidad de funciones que tiene (y que puede tener) asignadas.

2.- DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Como decíamos en la introducción, cabe diferenciar entre la competencia del legislativo de la Comunidad Autónoma para legislar sobre cuestiones referentes al Derecho especial de les Illes Balears (que incluye por supuesto la posibilidad de dictar normas que se refieran al derecho civil propio de nuestra Comunidad), por una parte y otra cuestión es la aplicación por parte de los Tribunales de Justicia, (aplicación, interpretación, ejecución) de la normativa referente a este derecho propio de nuestra Comunidad.

Esta función interpretativa y aplicativa que pertenece a la jurisdicción, se lleva a cabo por el Tribunal Superior de Justicia en lo que atañe a la función casacional, interpretativa y uniformadora del derecho propio de les Illes Balears. Mas esta genuina función, no es la única que tiene encomendada el TSJ, aunque sí una de las más importantes; además constituye una de las razones por las cuales se crearon los TSJ de las Comunidades Autónomas insertándose tales Tribunales en nuestra Carta Magna (**art 152**) con el mandato de culminar la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma (siempre que los Estatutos de Autonomía así lo dispusiesen) y como coherente instauración del Estado Autonómico dotado de un poder legislativo y de un poder ejecutivo, aunque quedasen insertos tales Tribunales Superiores de Justicia en el Poder Judicial.

Con respecto al primero de los aspectos enunciados, es decir en lo referente a la acción legislativa, importa que ésta posibilite la conservación, modificación y desarrollo de la normativa propia de cada Comunidad, por lo que dejaremos constancia de que a esta conservación, modificación y desarrollo, se le debe añadir toda aquella materia **conexa** que puede ser objeto de inclusión según se ha ido progresivamente entendiendo y aplicando, constituyendo la Sentencia del TC nº 31/2010 de 28 de junio sobre el Estatut d'Autonomia de Catalunya un trascendente hito interpretativo en este sentido.

La realidad de las cosas no obstante no se presenta casi nunca en estado tan puro por lo que no es infrecuente que el derecho propio de una Comunidad Autónoma, deba ser interpretado y aplicado junto con otras normas pertenecientes al derecho común por lo que ante tal duplicidad, habrá que determinar que Tribunal ejercerá su función en el último recurso de la contienda judicial en el que quedará definitivamente aplicada la norma con

la uniformidad que requiere el ordenamiento jurídico (obvio es decir que esta tesitura generalmente no tendrá lugar durante el desarrollo de las instancias, toda vez que las normas de competencia objetiva y posteriormente funcional, irán determinando el iter judicial mediante la legal atribución competencial).

Es necesario también precisar que las competencias que la LOPJ (**art. 73, 74, 75**), atribuye a los TSJ, incluyen la materia que corresponde a los órdenes jurisdiccionales civiles, por supuesto pero también penales, contencioso-administrativo y sociales, por lo que no vamos a orillar esta realidad. Por otra parte, los TSJ, evidentemente, no solo tienen encomendadas funciones casacionales y uniformadoras (aunque en su nacimiento éstas fueron determinantes, recordemos el Tribunal de Cassació de Catalunya al que se aludió en el debate parlamentario), sino que tienen cuantitativa y cualitativamente hablando trascendentales competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y por la LOPJ, que exceden en mucho (cuantitativamente hablando) la genuina función casacional a la que antes nos referíamos.

La organización pues de la coexistencia de estos distintos ordenamientos civiles en el territorio español exige un doble enfoque para solucionar por una parte el aspecto normativo y por otra el competencial (al que vamos a dedicar una mayor atención en este trabajo). Con respecto al aspecto normativo, en la aplicación del derecho civil balear pueden producirse interferencias entre éste y el estatal, lo que requerirá de criterios de solución a la posible colisión de normas concurrentes¹, todo ello previa determinación del concepto de vigencia del derecho y otros criterios competenciales magistralmente expuestos por los especialistas² cuya exposición voy a citar

1 - FERRER VANRELL, MP. Lecciones de derecho civil balear, Ed. UIB 2003 pág 78. Según la autora, «tampoco coincide el derecho civil vigente en Baleares con el denominado derecho civil de les Illes Balears, porque en Baleares concurren dos derechos diferentes, ex art 1.1 de la Compilación, a) el derecho civil de les Illes Balears denominado derecho propio en el art. 50.3 del Estatuto de autonomía, y , también denominado derecho común en el par. 5 de la EM de la Compilación, que tienen acotado su ámbito y límite de vigencia al territorio balear, y b) por otra parte el derecho civil estatal, tanto en su aplicación general y directa como en su aplicación concurrente». En cuanto a los criterios de solución de normas concurrentes, entra en juego la Constitución, por lo que la autora establece que: «la regla del art. 149.3 de la Constitución y la redacción del art. 50.1 y .2 del EAIB, regula la aplicación preferente del derecho civil balear al derecho estatal y la regla de supletoriedad del derecho estatal, que suple en todo caso (art. 149.3 de la Constitución)» (Ob cit pág 79).

2 - MIR DE LA FUENTE, T. Boletín de la Academia nº III La complicada historia de las disposiciones finales y transitorias de la compilación de derecho civil de Baleares. Págs 69-81. Ver también QUINTANA PETRUS, JM. Institucions, competències i règim jurídic, Bosch, Barcelona 1995. Con respecto a la historia de nuestras instituciones, PASCUAL GONZALEZ, L La revisión del texto de la Compilación de Derecho Foral de las Baleares. Jornada de derecho foral. Ilustre Colegio de Abogados de Baleares 1973.

a efectos ilustrativos, puesto que me centraré en los aspectos competenciales que ocupan a los TSJ.

Según refiere Masot Miquel³ en la introducción de su trabajo sobre costumbres normativas, comentando el trabajo del Dr. Martínez Cañellas y refiriéndose a las costumbres normativas, hace asimismo una referencia a la posibilidad de que nuestro Parlament pueda dictar disposiciones de carácter general sobre diversas instituciones en base a su conexión con costumbres de observancia –antes o ahora– en nuestras islas.

Es necesario, pues, diferenciar entre los aspectos que se refieren al tratamiento del derecho civil de las Islas Baleares⁴ (imprescindible es el análisis de su Estatuto de Autonomía) por una parte, y por la otra el marco procesal en el que se debate y aplica el Derecho Civil Balear. En este sentido es obvia la referencia al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Tribunal que culmina la organización judicial dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, según se dispone en el artículo 152 de la C.E. En este sentido, como anunciábamos, intentaremos dar una visión del ámbito competencial de los TSJ. circunscribiéndola a las jurisdicciones civil y penal respectivamente, mas dejando constancia de la importante proyección competencial que dimana de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social (aunque no podamos en esta ocasión referirnos con la atención que se merece el estudio de las competencias de los T.S.J. de las CCAA en lo referente a estas dos últimas jurisdicciones.

En la Ley Orgánica 1/2007, que aprobó la reforma de nuestro Estatuto de Autonomía, se contempla el Derecho Civil de las islas, ante todo según Coca Payeras⁵ y Vila Ribas *«desde la óptica de la competencia legislativa, pero también desde la óptica de su ámbito aplicativo, competencia jurisdiccional casacional y mérito para la resolución de concursos y oposiciones para proveer puestos de magistrados y jueces»*.

En el marco procesal, la configuración del Estado de las autonomías

3 - MASOT MIQUEL, M. ¿Costumbres normativas aún en el siglo XXI? (paráfrasis sobre temas suscitados por la obra ganadora del V premio Luis Pascual Gonzalez). Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº X, Palma de Mallorca 2009, con la colaboración del Parlament de les Illes Balears, págs 85 a 98. Es importante recordar de PASCUAL GONZÁLEZ, L. Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho foral de Mallorca. Revista de derecho privado nº XVIII (1931) pág 281.

4 - LLODRÀ GRIMALT, F. Un impulso al Derecho Civil Balear. Los contenidos del Derecho Civil Balear posibles, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, boletín VIII pág. 77-117.

5 - COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C. en El derecho Civil Balear y sus perspectivas de futuro, perteneciente a la monografía El dret viscut, FERRER VANRELL, MP., MASOT MIQUEL, M. y SEGURA GINARD, L. coordinadores. Ed: Leonard Muntaner. Palma de Mallorca 2011, pág 203.

supuso la creación de un Tribunal Superior de Justicia que quedó implantado en nuestra Constitución según el artículo 152 de la misma antes mencionado.

El marco competencial viene determinado por el artículo 149.1.8º de la Constitución y su previsión de que la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, lo es, sin perjuicio de la conservación modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.

Trasunto de este precepto constitucional es el artículo 30.27 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, que como manifiestan Coca Payeras y Vila Ribas⁶ *«se refiere como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Islas Baleares, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto 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 y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia»*.

Según la Sentencia del T.C. referida al Estatuto de Cataluña (STC nº 31/2010 de 28 de Junio) *«El desarrollo de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas del ordenamiento jurídico. En suma: cabe pues que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según principios informadores peculiares del derecho foral»*⁷.

No supuso esta sentencia, según acreditados especialistas, ni un avance ni un retroceso con respecto a la situación anterior.

Intentando en una mayor aproximación acotar el campo normativo al que nos estamos refiriendo y acudiendo a la exposición de Mir de la Lafuente *«el derecho civil propio de les Illes Balears de que hablan los artículos 30.27 y*

6 - COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C. En Ob. cit. El Derecho Civil Balear en el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro. pág. 207. Mas adelante se referirá a Cataluña; con respecto a la cual la Sentencia del T.C. nº 31/2010 de 28 de junio, F.J. número 76, afirmará que la competencia de la Generalidad Catalana, se extiende a la conservación modificación y desarrollo del derecho civil de Cataluña.estatal. Este marco competencial es muy similar al de otras comunidades autónomas con competencias en la materia.

7 - COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C. Ob. cit. pág. 208. Según estos autores el Tribunal Constitucional no solo determinó el concepto constitucional y estatutario del desarrollo, sino que referenció el allí donde existan del art. 149.1.8º de la C.E. a los ordenamientos civiles propios, y no a las instituciones o figuras reguladas en las respectivas compilaciones.

94.1. a) del Estatut e implícitamente el artículo 87.1, es el derecho civil de les Illes Balears y el de la Comunidad Autónoma al que se alude en los artículos 8.2, 10, 87.2, 97 y 99.2»⁸.

En lo referente a la conservación, modificación y desarrollo del derecho propio, en la cardinal Sentencia 31/2010, se hacen una serie de matizaciones. Por parte del TC se ha reconocido que estos conceptos permiten que tales derechos puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, sin que la competencia autonómica en materia de derecho civil, quede rígidamente vinculada al contenido actual de la Compilación o de otras normas del ordenamiento civil. Esto es, cabe la ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por el derecho civil especial, pero no de forma ilimitada, sino con respecto a figuras conexas con las ya reguladas y siempre que ello responda a una actualización acorde con sus principios generales o inspiradores. De este modo la C.E. opera una clara delimitación de la atribución normativa, en la medida en que faculta para adoptar acciones tendentes al mantenimiento del citado derecho especial con las alteraciones y complementos que se consideren oportunos pero no, sin embargo, a producir una auténtica ampliación abstracta del marco normativo que constituye el derecho civil autonómico, ni disfrazar de desarrollo legislativo lo que en realidad constituye una auténtica regulación ex novo de la materia, no previamente sometida ni conectada al derecho foral o especial.⁹

Esta perspectiva, que ya había ocupado la atención del T.C. (STC Nº 88/1993, f.j.3), se ve completada con las referencias que en este mismo fundamento jurídico se realizan en lo referente a la determinación de las fuentes del derecho y concretamente del derecho civil de Cataluña. En este sentido la Sentencia razona y matiza acerca de la previsión estatutaria (art 129 del E.A.C), que la competencia autonómica atribuida en el citado artículo, incluyendo la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña, no supone una infracción del artículo 148.1.8º de la C.E.

8 - MIR DE LA FUENTE, T. La evolución del Derecho Civil Balear Compilado: el contenido de la Compilación y sus modificaciones, dentro de la obra el Dret Viscut coordinada por FERRER VANRELL MP., MASOT MIQUEL, M. y SEGURA GINARD, L. Lleonard Muntaner 2011 pág. 259. El art. 87.1 del EAIB dice que en materia de competencia exclusiva de la Comunidad, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este estatuto. El art. 10 del EAIB, después de la reforma de 2007, dispone que las normas, las disposiciones y el derecho civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia.

9 - En el proceso de inconstitucionalidad que precedió a la indicada Sentencia, los recurrentes sostenían que la competencia de la C.A. solo puede extenderse a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán.

en el punto en que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del derecho en todo el territorio nacional.

La competencia exclusiva sobre el Derecho Civil de Cataluña, en tanto que derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico derecho, siendo claro que esta competencia autonómica ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para la determinación de las fuentes del derecho en todo el territorio¹⁰, por mas que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos derecho civiles forales o especiales¹¹.

3.- EL TSJ DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. NACIMIENTO Y COMPETENCIAS. LA ACUMULACIÓN IMPUGNATIVA DE NORMAS DE DERECHO CIVIL COMÚN Y DE DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

Como ha recordado Masot Miquel interesa destacar en el marco de nuestra C.A. el hecho de que fue el propio Estatuto de Autonomía de les Illes Balears quien estableció esta atribución competencial al T.S.J., dándole el significado que conlleva. Es conveniente detenerse en este comentario, resaltándose, el trabajo publicado por Muñoz Jiménez sobre el que Masot Miquel comentaría su importancia¹² en estos términos:

10 - Abundando en la no declaración de inconstitucionalidad del artículo 129 del E.A.C., se aclara en la comentada sentencia (f.j. 59 y 64) que «obviamente el hecho de que el artículo 129 del EAC no se refiera expresamente a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil no perjudica, en absoluto, a la prescripción del primer inciso del art. 149.1.8º de la C.E., pues es evidente que las competencias atribuidas por la C.E. al Estado no precisan confirmación alguna en los Estatutos de Autonomía. Con mejor propiedad, el Estatuto ha delimitarse a la Comunidad Autónoma respectiva, siendo así que la única que el Estatuto Catalán puede atribuir a la Generalitat, en el ámbito de la legislación civil, es la que tenga por objeto la conservación modificación y desarrollo del Derecho Civil de Cataluña» (añado: con las matizaciones interpretativas que se acaban de exponer en el cuerpo de este trabajo).

11 - Abundó en ello la S.T.C. nº 47/2004 de 25 de marzo f.j. 13.

12 - MASOT MIQUEL, M. en La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia, pág. 265, de la obra general El dret viscut, ob. cit., coordinada por FERRER VANRELL, MP., MASOT MIQUEL, M., SEGURA GINARD, L. MUÑOZ JIMÉNEZ FJ, El recurso de casación civil en materia de derecho privativo. VII Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, Palma 2004 pág. 136 «La importancia de este extremo no debe minimizarse. Significa que las facultades competenciales del Tribunal Superior para conocer de los recursos de casación en materia de derecho civil especial de las Islas no nacen de la ley ordinaria ni tan solo de la LOPJ. Tienen asiento más

«El que en el marc de la nostra Comunitat Atònoma, interessa destacar és el fet de ser el propi EAIB –la carta magna de la nostra Comunitat– qui, des del primer moment, va establir aquesta atribució competencial al TSJ i a això se li ha de donar el significat que comporta».

Se determina en el art. 152 de la Constitución que «un Tribunal Superior de Justicia sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al TS culminara la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma».

Comentando la elaboración del precepto, ya dijo Entrena Cuesta¹³ que «un Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y en los estatutos podrán establecerse los supuestos y formas de participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales del correspondiente territorio, de conformidad todo ello con lo previsto en la LOPJ y dentro de la unidad e independencia de éste».

Su creación se debe en importante medida a una conocida enmienda del grupo Minoría Catalana que obtuvo la incorporación de tal Tribunal evocando al antiguo Tribunal de Cassació de Catalunya¹⁴ (**Roca Junyent**).

El art. 122 de la CE establece la norma remisoría que encarga a la LOPJ la determinación y regulación, funcionamiento y gobierno de los Tribunales y consiguientemente de sus competencias.

Las aludidas competencias se encuentran recogidas en el artículo 73, 74 y 75 de la LOPJ, no sin antes determinarse en el art. 70 de la aludida Ley Orgánica que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma

alto. Una norma perteneciente al llamado “bloque constitucional”, correlativa y coherente con la potestad legislativa que la Comunidad Autónoma posee en orden a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil propio. Pues así como esta potestad legislativa es patrimonio exclusivo de la Comunidad Autónoma, resulta lógico que, en simetría, la formación de jurisprudencia en lo tocante al derecho civil privativo corresponda al órgano jurisdiccional en el que culmina la organización judicial del territorio. Cualquier excepción a esta a esta competencia, cualquier salvedad a favor de Tribunales de fuera de la Comunidad Autónoma, debe, por ello, interpretarse con fuerte carácter restrictivo».

13 - ENTRENA CUESTA, R. comentando el art. 152 de la CE en Comentarios de la Constitución. Dirigidos por Garrido Falla, Segunda edición, Ed Civitas S.A. Madrid 1985. Sigue diciendo el autor que «sin perjuicio por lo dispuesto en el art 117, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en la primera instancia».

14 - Sobre el TSJ de les Illes Balears ver Masot Miquel en La Compilación del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justicia. Una introducción y el marco procesal en pág. 263 y 264 de el Dret Viscut, Ob. cit., Ed. Lleonart Muntaner, Palma de Mallorca 2011. Ver también Monserrat Quintana en La Sala de Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears. En la obra Lecciones de derecho civil balear coordinada por Ferrer Vanrell, Ob. Cit pág 91 a 100.

culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Todo ello después de determinarse en el artículo 34 de la referida Ley que la Comunidad Autónoma será el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁵.

El ámbito competencial de los TSJ no constituye únicamente la sede en la que se interpretará, aplicará y desarrollará el derecho civil propio de la comunidad autónoma sino que al constituir (sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo) la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma es imprescindible adentrarse en este ámbito competencial que con respecto a las jurisdicciones civil y penal respectivamente se abre con el art. 73 de la LOPJ y con el art. 74 y 75 en lo que a las competencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo y social respectivamente se refiere.

Si la jurisprudencia sobre la materia de derecho civil balear, ha sido recientemente comentada por Masot Miquel¹⁶ en reciente obra publicada para celebrar los cincuenta años de la compilación de derecho civil de les Illes Balears (1961-2011) citada, con expresa y exhaustiva referencia y estudio jurisprudencial al estudio de las fuentes, del derecho histórico, la tradición jurídica, el régimen económico matrimonial, las sucesiones (dentro de ellas con sustanciales referencias jurisprudenciales al principio **nemo pro parte**) a los codicilos, a las donaciones universales de bienes presentes y futuros, a la sustitución fideicomisaria, a las legítimas, a la definición, etc. En el presente estudio queremos referirnos al ámbito competencial presente y futuro de los aludidos TSJ, toda vez que entendemos que su campo de actuación va a ser enormemente amplio y por consiguiente, desde el punto de vista no solamente sustantivo sino también procesal, conviene tener presente estas atribuciones que en ese momento figuran como normativamente concedidas en la LOPJ pero al no tener como muchas de ellas un desarrollo normativo en las correspondientes leyes procesales, no se puede contemplar el panorama que cuantitativamente se presentará ante estos Altos Tribunales de la Comunidad Autónoma.

Valga como anticipo la alusión al conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal que junto a motivos referentes al derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, por acesión, tienen que ser resueltos por los TSJ.

El mismo efecto ampliatorio tendrá lugar en los recursos de casación en

15 - Según los art. 5 y 6 de la LOPJ.

16 - MASOT MIQUEL, M. La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del TSJ, dentro del Dret Viscut ob cit.

los que a los motivos referentes a la interpretación del derecho civil propio se unan otros referidos al derecho civil común.

No deben dejar de contemplarse los supuestos en los que la antedicha acumulación tiene lugar como consecuencia de recursos acumulativos de casación interpuestos por distintas partes litigantes en la instancia que articulando sus motivos, van a producir el efecto competencial a favor de los TSJ.

Aunque el recurso de casación, desde su instauración se reservó siempre al Tribunal Supremo por su propia finalidad, al haberse creado, no obstante los TSJ, como cúspide de la organización judicial en cada territorio de la CA, se les atribuye el conocimiento de los recursos de casación que procedan contra resoluciones de los Tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o con otros motivos, en interpretación de normas de derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad (y cuando así lo disponga el correspondiente Estatuto de Autonomía).

Asimismo es importante destacar del art. 478 de la LEC, su nº 2, es decir la prohibición de plantear la misma parte procesal los dos recursos extraordinarios simultáneamente, dado que de haber procedido así, solo se conocerá y resolverá el instado ante el TSJ de la Comunidad Autónoma. La solución legal demuestra que, habiéndose interpuesto un recurso de casación o un motivo casacional con contenido basado en el derecho propio o especial de la CA la competencia viene determinada a favor del TSJ y siendo así, atrae con la especificidad de su fuero todo el contenido propio del recurso, apartando al TS. Por tanto cuando se dé la referida circunstancia contemplada en el art. 478.2 de la LEC se tendrá por no presentado el recurso ante el TS dictándose en este sentido, la correspondiente providencia.

Lo expuesto deberá ser (y ha sido) interpretado y matizado por la jurisprudencia para determinar si la alegación de un precepto foral como determinante de la competencia del TSJ, procede en los supuestos en los que no esté en consonancia (tal alegación) con la ratio decidendi ni con la materia debatida en el proceso de que se trate. Al no existir pues en algunos supuestos contornos precisos, la jurisprudencia ha referido que esta distribución competencial en ocasiones puede ser utilizada por las partes de forma fraudulenta. Entiendo que en estos casos, debe tenerse en cuenta, por supuesto, la materia debatida en el proceso, mas ésta debe ser puesta en estrecha relación con el motivo casacional articulado. Dicho esto debe tenerse en cuenta que en caso de duda la atribución a favor de los TSJ se halla en consonancia con el espíritu y la letra del legislador que los encardinó orgánicamente para que desarrollasen un cometido esencialmente casacional acerca del Derecho propio de la CA (sin perjuicio de un aluvión de competencias que fueron atribuyéndose a estos Tribunales por la LOPJ).

En este sentido, la uniformidad interpretativa casacional podría truncarse en los supuestos de sentencias dictadas por Audiencias Provinciales de fuera de nuestra Comunidad, ya que el conocimiento de los recursos que se interpusiesen en estos supuestos, correspondería al TS y no al TSJ. Por ello es lógico y coherente propiciar las reformas legislativas necesarias en orden a evitar la bicefalia interpretativa. Además, hay que tener en cuenta que por su propia esencia, la función casacional es una y solo puede dimanar de un solo tribunal, sea el TS o el TSJ (este último establecido para uniformar el derecho propio de una determinada Comunidad Autónoma).

Esta es la tesis defendida por Masot Miquel¹⁷, manifestando que en estos supuestos *«la competència per conèixer del recurs seria del TS i no del TSJ de la nostra Comunitat; supòsit que no és insòlit, ja que una persona d'aquestes Illes pot residir a una altra comunitat i regir-se la seva successió pel dret civil balear. És cert que el TS conserva la competència general i residual; però també ho és que no coordina aquesta atribució amb el fet de no ser el nostre TSJ qui digui la darrera paraula sobre les institucions del nostre dret civil»*.

3.1 OTRAS POSIBLES ATRIBUCIONES DE LEGE FERENDA A FAVOR DE LOS TSJ.

En todos estos supuestos el principio de unidad del recurso y la lógica correspondencia de la atribución al TSJ por ser tribunal de casación con respecto al Derecho civil propio, produce el aterrizaje competencial ante los TSJCA. Si a ello le añadimos la posibilidad de lege ferenda de que el Tribunal Supremo se vea liberado del conocimiento de determinados asuntos, como las demandas de **revisión**, que ni constituyen recursos ni nada tienen que ver con la uniformidad en la interpretación de la norma que aconseje la conveniencia de que sea el TS quien lo resuelva, todo ello dará como consecuencia que en un futuro no muy lejano el ámbito funcional del TS se vea disminuido y el de los TSJ se vea notablemente incrementado (incidiendo en la revisión de sentencias firmes cuya competencia en un futuro debería ser atribuida a los TSJ, aunque cuantitativamente no se extienda a un gran número de asuntos, en pura lógica jurídica se trata de cuestiones en las que por motivos obvios se intenta que prevalezca la justicia ante la seguridad jurídica y que por basarse en circunstancias

17 - MASOT M, IQUEL M. La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del TSJ dentro de El dret viscut. Coordinadores: Ferrer Vanrell, Segura Ginard. Ed. Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca 2011. Realment, dice el autor, «la coexistència de dos òrgans judicials amb facultat de poder realitzar la interpretació definitiva de les nostres institucions no deixa de resultar absurda, ja que hauria de prevaler l'espetzialització per raó de la matèria sobre el fet d'haver-se dictat la sentència que se sotmet a cassació per una Audiència Provincial de fora del territori de la nostra Comunitat».

fácticas excepcionales no tenidas en cuenta por el legislador a la hora de sentenciar, deban ser reexaminadas a la vista de estos nuevos hechos o circunstancias excepcionales mediante los que se predica la aplicación de uno de los valores predominantes de nuestro ordenamiento jurídico contenidas en el preámbulo de la Constitución junto con la igualdad, la libertad y el pluripartidismo como principios rectores de la convivencia pacífica que la Carta Magna se propuso defender.

3.2 ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. ATRIBUCIONES CONCEDIDAS A LOS TSJ.

Pero no son solo cuestiones civiles las que producirán los predichos efectos ampliatorios de la competencia de las Salas de lo Civil y **Penal** de los TSJ, sino que la afluencia futura de asuntos penales deberá ser tenida en cuenta. Si se concede de una vez recurso de apelación contra las sentencias penales dictadas por las Audiencias Provinciales en juicios celebrados ante ellas en única instancia, tal como le obliga al Estado español el cumplimiento del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que ha provocado reiteradas resoluciones declarando el incumplimiento del aludido pacto por parte del Estado Español, es obvio que el número de causas de las que deberá conocer el TSJ va a ser enorme. Tanto es así que el legislador de la LOPJ en su art. 73.6 y ante esta previsión dispone que en el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse una o más Secciones e incluso Sala de lo penal por su propia circunscripción en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere el párrafo c) del apartado 3º de este artículo y aquellas otras apelaciones atribuidas por las leyes al Tribunal Superior¹⁸. No en vano y como no podía suceder de otra forma en el anteproyecto de nuevo Código Procesal Penal elaborado por el Gobierno se ha articulado el sistema de recursos tendentes a cubrir las exigencias dimanantes de la aludida Ley Orgánica y de los compromisos internacionales que España tiene suscritos.

La ampliación de competencias que se prevén también en el aludido anteproyecto en lo que se refiere a la aplicación en mayor número de supuestos de la **Ley del Jurado**, extendiendo los efectos de delitos conexos, tendrá como resultado también el aumento de asuntos penales que se agolpen en las puertas de los TSJ.

Sin pretender ser exhaustivos no podemos dejar de referirnos a los

18 - Los nombramientos para magistrados de estas Secciones, a propuesta del CGPJ, recaerán en aquellos magistrados que, habiendo permanecido durante los diez años inmediatamente anteriores en el orden penal ostenten mayor antigüedad escalafonal. Art 73.6 de la LOPJ redactado por la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

enjuiciamientos en los que al existir **aforados** se dispone la competencia de los TSJ. Al tratarse en muchos casos de delitos económicos o de delitos contra el patrimonio que exigen una prueba documental amplia y una pericial engorrosa, ocupará sin duda la atención de los TSJ, a veces con más frecuencia de la que sería de desear en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma y en obligada lucha contra la corrupción política (mucho menos frecuentes son los enjuiciamientos de aforados pertenecientes al mundo de la justicia).

A este aumento de competencias, se le suma la disminución de las mismas que se va a producir en el Tribunal Supremo, entre otras razones debido a los aumentos de la “suma gravaminis” que va a ser necesaria para acudir a Sala Primera del Tribunal Supremo según algunos proyectos sobre medidas tendentes a la agilización procesal, recibidos con bastante desagrado, a menos que se moderen los techos cuantitativos que constituirán auténticos muros para el acceso a la casación y en suma para el desarrollo de una función tan garantista, uniformadora y necesaria como la que tienen atribuida las Salas de Casación del Tribunal Supremo.

4. ATRIBUCIONES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL ACUMULADO AL RECURSO DE CASACIÓN DE NORMA ESPECIAL CON DERIVACIÓN DE AMBOS RECURSOS HACIA LOS TSJ.

Como es perfectamente conocido, se respeta el ámbito de los TSJ para las casaciones fundamentadas en Derecho Civil propio de la Comunidad, aunque concurren con motivos referidos al Derecho Común.

Pero además, opera a favor de los referidos TSJ la extensión del conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. Con respecto a los recursos extraordinarios por infracción procesal, los TSJ, no tienen **en principio** competencia para conocer de ellos, ya que el art. 73.1 de la LOPJ no se la otorga, siendo la referida Ley Orgánica, la que según el art. 122 de la Carta Magna, determina la Constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. No obstante, es la Disposición Final nº 16.1 de la LEC quien determina en su subpárrafo primero que *«Será competente para conocer el recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en los que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley»*.

Conviene recordar que la LEC 1/2000 separa del tronco común del recurso de casación (por infracción de Ley y por quebrantamiento de las formas del juicio) el denominado Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, con el propósito de asignar a los TSJ el conocimiento de estos recursos; no obstante, como ya comentó Almagro Nosete¹⁹ «*dicha intención prelegislativa, fue frustrada en el debate parlamentario, ante la imposibilidad de disponer el Gobierno, de la mayoría para que se aprobara la reforma orgánica necesaria.*»

La primera consecuencia derogatoria respecto del propio texto de la LEC, merced a la introducción de la referida Disposición Final, es la inaplicación de la llamada opción obligatoria, para que la misma parte elija sin posibilidad de acumulación, entre el recurso de casación y el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, según determina el art. 466 de la LEC, norma en contradicción con lo que dispone la regla 3º de la disposición final 16ª que permite al litigante recurrir por infracción procesal y casación conjuntamente».

Si el recurso extraordinario por infracción procesal autónomo solo cabe en los supuestos en los que cabe recurso de casación, y este cabe en aquellos supuestos en los que la cuantía exceda de 150.000 euros o por razón de la materia si la sentencia se dictara para la **tutela civil** de derechos fundamentales exceptuados los del art. 24 CE, puede deducirse la dificultad en la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal autónomo ante la Sala Primera del TS; en cambio cuando un Recurso por Infracción Procesal va acumulado a uno de Casación por vulneración de derecho civil especial de la CA, su acceso ante el TSJ entraña obviamente una menor dificultad. Lo dicho podrá reproducirse en letra grande si prospera el proyecto de medidas de agilización procesal que eleva a 800.000 euros la cuantía del recurso de casación que en estos momentos se concreta en 150.000 euros. Bienvenida sea la posibilidad de denunciar vicios por infracción procesal ante el TSJ con mayor facilidad y malvenida sea, en nuestra opinión, una reforma de agilización procesal que acuda a la fácil y poco imaginativa medida de evitar la casación aumentando desmesuradamente la suma gravaminis.

19 - ALMAGRO NOSETE, J. Los Recursos Extraordinarios de Casación e Infracción Procesal. Justicia 2002, revista de derecho procesal, Bosch, Barcelona 2003. Pág 12. Como dice el conocido procesalista y a la vez Magistrado de la Sala Primera del TS, «la extensión, en estos casos, del conocimiento del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal a los referidos Tribunales, en puridad, plantea graves dudas de inconstitucionalidad dado que se priva al TS del ejercicio de la función nomofiláctica y uniformadora de la interpretación judicial en una materia que corresponde, exclusivamente, al derecho común...» Como dice el autor (pág. 31) el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal es ancillar respecto del de casación, pues se tiene que tramitar conjuntamente con éste, **salvo cuando proceda con carácter autónomo**. Esta posibilidad solo cabe, frente a sentencias determinadas, ya sea por razón de la cuantía del asunto (cuando exceda de 150000 euros), ya sea por razón de la materia (si la sentencia se dictara para la tutela civil de derechos fundamentales, exceptuados los que reconoce el art. 24 de la CE).

Toda vez que los Recursos Extraordinarios y Recursos de Casación se desenvuelven rodeados de una complejidad incómoda para el que no tiene que manejar o estudiar las escondidas sendas por las que discurren, intentaremos explicar de la forma mas sucinta posible la cuestión para evitar conclusiones o razonamientos con riesgo de impermeabilidad. Conviene ante todo aclarar que el acceso a la casación que se abre por la vía del art. 477.2.1º, 2º y 3º, contempla tres supuestos no acumulables; consiguientemente la Ley procesal viabiliza el acceso a través del art. 477.2 1º, cuando la Sentencia se dictara para la **tutela judicial civil** de derechos fundamentales, 2º cuando la cuantía del asunto excediere de 150.000 euros y 3º cuando la resolución del recurso presente interés casacional, en este último supuesto sin la exigencia de suma gravaminis.

Dejando en este momento aparte los supuestos contemplados en los párrafos 1º y 2º, centrémonos en el 3º referente al **interés casacional**. En que supuestos concurre el interés casacional, viene contestado en el art. 477.2.3º: «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando a) la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, b) o cuando resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) o cuando aplique normas que no lleven mas de cinco años en vigor, siempre que en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Como puede deducirse del texto legal, el cumplimiento del tenor literal, ya presupone la concurrencia del cúmulo de exigencias previsto; pero la praxis jurisprudencial, no digo que sin motivo, exige un relato sucinto de la **ratio decidendi** de la Sentencia recurrida y de las de contraste; si se trata de contradicciones entre Audiencias Provinciales, la inexistencia de jurisprudencia del TS, la constatación de la contrariedad dimanante de las sentencias de contraste y de la contrastada; la cuestión de las identidades objetiva y subjetiva, etc. En fin, cuestiones éstas cuyo tratamiento y análisis desbordaría ampliamente el objeto de este trabajo por lo que no queda más remedio que renunciar a ellas, mas lo que sí es interesante transmitir es que las antedichas dificultades, dimanantes de los supuestos en que se recurre por interés casacional y los que podrán derivarse de la cuantía, convertirán el acceso a la casación en una empresa de titanes.

En contraste con lo expuesto en el párrafo anterior, **el aterrizaje a la Casación con el soporte legal de la vulneración del derecho especial de la Comunidad Autónoma es mucho más sencillo** por cuanto en estos supuestos, **se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.**

Por lo dicho añadimos que también corresponderá el Recurso de Casación

a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ en los supuestos que procedan contra las resoluciones de los Tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, **exclusivamente o junto con otros motivos**, en infracción de las normas de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad (y cuando el correspondiente Estatuto haya previsto tal atribución).

En conexión con lo anteriormente expuesto, al ser recurribles en Casación las sentencias ante los TSJ con mayor facilidad que la que se da para recurrir ante el TS, el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal acumulado, se puede articular con mucha mayor facilidad ante los TSJ que ante el TS. En definitiva el contagio del derecho civil propio de la Comunidad con el Derecho común y con la norma procesal, en uno u otro caso, abre la posibilidad de la admisión sustanciación y decisión del Recurso Extraordinario. El conocimiento de esta compleja red de distribución de competencias, y la adecuada articulación de los recursos extraordinarios puede sin duda favorecer la atribución real y efectiva de asuntos decantándolos hacia los TSJ.

No obstante y aunque sea dicho en otro orden de ideas, es necesario evitar el fraude procesal, o simplemente la derivación de un asunto hacia uno u otro Tribunal por el mero hecho de citar simplemente como vulnerada una disposición determinante en orden a la atribución procesal a favor de uno u otro Tribunal, para la decisión de un determinado Recurso Extraordinario.

Como decía Muñoz Jiménez²⁰ en estudio sobre el recurso de Casación Civil en materia de derecho privativo, *«la competencia del TSJ no deriva de la fundamentación jurídica aducida por las partes en sus escritos delimitadores del objeto del proceso, ni tan siquiera del carácter autonómico de las normas aplicadas por las decisiones de instancia. Deriva solo de la naturaleza, de la concreta norma en cuya infracción el recurso se funda, y que ha de tener la condición de normas de derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad»*.

20 - MUÑOZ JIMÉNEZ, FJ. El Recurso de Casación Civil en materia de derecho privativo. Ob. Cit. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº VII, Palma de Mallorca 2004, pág. 119 y ss. Destaca el autor que basta con que el recurrente denuncie la infracción de una sola norma de derecho foral o especial. Este mero dato formal atrae la competencia de los TSJ para conocer de la totalidad del recurso aunque el resto de los motivos se basen en normas de carácter común. La LEC opta por sensatez por respetar la unidad del recurso y remite la resolución de los que poseen contenido mixto al TSJ. Se refiere el autor a que el TSJ puede acabar fallando en casación sobre la base exclusiva de normas extrañas del todo al cuerpo jurídico del derecho civil que justifica su competencia. «La Sentencia de 23 de junio de 2000 de la Sala Civil y Penal de Baleares ofrece una muestra diáfana de este absurdo: recayó en un litigio promovido por unos cónyuges casados en gananciales a cuenta de la liquidación del patrimonio común, litigio que acabó en Casación ante el TSJ remitido por el TS en razón de que el recurrente mencionaba de pasada, en el último de los motivos del recurso planteado con carácter subsidiario, y al lado de la cita de otras normas heterogéneas el art. 3.3 de la Compilación Balear» (pág. 139).

El autor, en definitiva, considera que sería mejor atender al objeto del proceso, en suma, a la cuestión principal debatida, que a la existencia de un motivo de Casación de cualquiera de las partes recurrentes que, aún planteado con carácter subsidiario o de apoyo, determinase la atribución de la competencia hacia uno u otro Tribunal.

En este sentido, nos referiremos a recientes resoluciones de la Sala Primera del TS de las que se desprende una mayor o menor tendencia a asumir estas casaciones denominadas mixtas o a relegar la competencias a favor de los TSJ, en aquellos supuestos en los que no existe una perfecta delimitación legislativa, bien por constituir casos límite, bien por haber sido reconducidos por las partes a favor de uno u otro Tribunal, alterando de alguna manera el “tema decidendi” correspondiente a las instancias (todo ello teniendo presente que son los motivos de casación, en la forma en que vienen formulados por las partes, los que provocan la respuesta de los Altos Tribunales casacionales); al hablar de los motivos formulados por las partes en plural, ello obliga a conjugar las distintas motivaciones casacionales para atribuir la competencia a favor de uno u otro Tribunal o bien para atribuir al TS la ADMISIÓN de determinados motivos y remitir posteriormente la causa al TSJ para la resolución de los mismos en su caso. Al hablar de este juego remititorio nos estamos refiriendo también a los supuestos en los que se alegan vulneraciones de derecho constitucional.

5.- LA DENUNCIA DE INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL.

Decía Muñoz Jiménez en el trabajo citado que el art 5.4 de la LOPJ dispone que, cuando el recurso de casación se fundamente en infracción de precepto constitucional, la competencia corresponderá al TS, cualquiera que sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional. Argumentaba el autor que *«a la luz de su sentido gramatical estricto este precepto, autorizaría a concluir que la ley llama en tales casos al TS a resolver la totalidad del recurso, incluyendo por tanto las cuestiones de mera legalidad ordinaria; la norma **supondría** una excepción a la regla que otorga a los TSJ la competencia para conocer de los Recursos de Casación que giran sobre cuestiones de derecho civil privativo y que, como se destacó más arriba, tiene su apoyo en los Estatutos de Autonomía. Por Auto de 22 de septiembre de 2000 el TS se declaró competente para conocer de una Casación en la que se cuestionaba la constitucionalidad de una interpretación de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos que venía efectuando el TSJ de la Comunidad Valenciana. El posterior Auto del TS de 6 de marzo de 2001, al que reitera otro de 3 de mayo de 2001, rectifica línea tan preocupante, tal*

como recoge el comentado autor²¹; cargado de sensatez y respeto por la armonía del sistema, argumenta este segundo Auto que el orden de competencias establecido en los art. 5.4 y 73.1. a) de la LOPJ, art. 40 del EACV y otros preceptos de la LEC (que hoy están derogados), se vería sensiblemente alterado (se refiere al orden de competencias) si, ante una determinada interpretación de la norma civil autonómica por el TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma al conocer de Recursos de Casación a él atribuidos, se pudiera acudir a esta Sala de lo Civil del TS por el subterfugio de alegar infracción de precepto constitucional».

En la actualidad, el TS en los supuestos en los que se abordan cuestiones de Derecho privativo, tiene perfectamente asumido que la referencia que determina el interés casacional no es la jurisprudencia del TS sino la del TSJ²².

La jurisprudencia de la Sala Primera del TS se ha decantado claramente por solucionar la cuestión con arreglo al criterio de que si el TS **en la decisión del recurso**, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocado, si además se hubiese fundado el recurso en infracciones de normas de derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al TSJ que corresponda, con emplazamiento de las partes. En **el Auto del TS de 4 de diciembre de 2008** el recurso de casación interpuesto por distintos motivos, algunos de los cuales versaban sobre infracciones de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, otros sobre infracciones de Derecho Civil y Común y uno de ellos (el motivo 9º) denunciaba infracción de preceptos constitucionales, la Sala 1ª del TS resolvió el recurso con una argumentación rica de matices, que no debe pasar desapercibida al intérprete²³.

La resolución razona que *«la alegación de que la cita de infracción de*

21 - MUÑOZ JIMÉNEZ FJ, Ob. cit. Pág 142-143.

22 - MUÑOZ JIMÉNEZ FJ, Ob. cit. nota anterior pág 144-145. Añade algunas puntualizaciones: «la cita del art. 24 de la CE no dirigirá hacia el TS el conocimiento del motivo que lo invoque como infringido si se acepta que puede interponerse Recurso con Infracción procesal ante los TSJ, toda vez que el art 469.1.4 de la LEC configura como motivo propio de este recurso la vulneración de los derechos fundamentales que dicho artículo reconoce. Pero si se mantiene la opinión contraria, esto es, que dichos Tribunales solo están habilitados para conocer del Recurso de Casación, el criterio habría de ser por fuerza distinto, y entonces también entraría en juego la prevención del 5.4 de la LOPJ».

23 - En referencia al aludido Auto, dispone la Sala que habida cuenta el contenido del motivo 9º de casación, por providencia del magistrado ponente de 2 de octubre: Habida cuenta el contenido del motivo noveno del segundo recurso de casación, por Providencia del Magistrado Ponente de 2 de octubre de 2008 se acordó dar audiencia al M. Fiscal y a las partes a fin de que pudiesen informar acerca de si correspondía conocer al TS únicamente de dicho motivo 9º con base en el art. 5.4 LOPJ y declarar la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB para conocer de los restantes motivos de los recursos, de conformidad con lo establecido en el art. 478.1 párrafo 2º LEC.

*precepto constitucional atrae la competencia de la Sala 1ª del TS puede ser una opinión interpretativa deducible del art. 5.4 de la LOPJ, pero no parece la más razonable porque, aparte de abrir un portillo exorbitante al fraude casacional, ya que bastaría alegar la infracción de cualquier precepto constitucional para sustraer la competencia de los TSJ, en todo caso se desvirtuaría la **ratio** de la normativa legal en cuya virtud se crearon las Salas de lo Civil de dichos Tribunales y se les atribuyó el conocimiento del recurso de casación, que es la de que resolvieran las cuestiones sobre Derecho propio de la respectiva Comunidad Autónoma, manifestándose incluso, el criterio del legislador en un sentido especialmente favorable a tal solución, al atribuir a los TSJ los recursos de casación denominados mixtos, es decir cuando unos son sobre Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y otros no. Por lo demás, no es de ver como se puede plantear una contradicción por la relación entre la legalidad ordinaria y la constitucional, dado que en todo caso lo razonado por el TS en relación con la hipotética infracción de norma constitucional es vinculante para la Sala de lo Civil del TSJ, y de hecho así ha venido ocurriendo antes de la LEC 2000...»; ante estos razonamientos, ¿cómo se resolvió la cuestión?, la Sala Primera determinó que «el incidente suscitado debe resolverse en el sentido de que corresponde a esta Sala Primera del Tribunal Supremo decidir sobre el motivo o motivos que se fundamentan en infracción de precepto constitucional y a la Sala Civil y Penal del TSJ los restantes motivos»²⁴ y en base a ello la Sala acordó «que corresponde a esta Sala 1ª del TS conocer y resolver el motivo 9º del Recurso de Casación y una vez resuelto el mismo, según lo que resulte de ello, procederá disponer en su caso, la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares para que, como Sala de lo Civil, conozca de los restantes motivos admitidos».*

En recientes sentencias el TS tiene resuelto que cuando existen motivos en los que se alega vulneración de precepto constitucional (art 14-29 CE), corresponde inicialmente **la admisión** a la Sala Primera del TS y en caso de que se inadmitan tales motivos, se trasladará el recurso al TSJ, para que entienda de la vulneración conjunta de las vulneraciones de derecho civil propio de la CA y de Derecho civil común²⁵.

En el sentido expuesto el **4 de diciembre de 2008** el TS «dictó un Auto

24 - Por el Ministerio Fiscal se informó que dividir el recurso de casación y conocer de los motivos de vulneración de derechos fundamentales la Sala Primera del TS y de los restantes motivos la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, puede llevar a que se originen pronunciamientos contradictorios, dada la relación de la legalidad ordinaria con la constitucional, y eso parece que quiere decir el art. 5.4 de la LOPJ.

25 - Con estas previsiones y antecedentes jurisprudenciales, se puede ya determinar como juega la impronta del art. 5.4 de la LOPJ en el que se determina que en todos los casos que según la ley proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al TS, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

acordando que correspondía a su Sala Primera conocer y resolver un el motivo 9º de un Recurso de Casación fundado en norma constitucional, y que una vez resuelto el mismo, procedía remitir las actuaciones de la Sala Civil y Penal del TSJ de Baleares, para que, como Sala de lo Civil, conozca de los restantes motivos admitidos de los dos recursos de casación»²⁶.

Esta interpretación guarda coherencia con lo dispuesto para el proceso penal en el art. 852 de la LECr, según el cual en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional, que fue introducido mediante la disposición final 12ª párrafo 6º de la LEC 1/2000.

La Resolución dice que la alegaciones efectuadas en sentido distinto, carecen de consistencia porque *«la alegación de que la cita de infracción de precepto constitucional atrae la competencia de la Sala Primera del TS puede ser una opinión interpretativa deducible del artículo 5.4 de la LOPJ, pero no parece la más razonable»²⁷.*

El 31 de marzo de 2009, la Sala Primera del TS **pronunció Sentencia** y declaró *«no haber lugar a la estimación del Recurso de Casación en cuanto al motivo 9º (fundado en norma constitucional) y dispuso que se remitieran las actuaciones con emplazamiento de las partes a fin de que la Sala Civil y Penal del TSJ de Baleares conozca de los recursos planteados salvo el expresado motivo en lo que a atañe a su contenido constitucional»²⁸.*

He de destacar que los demandados habían aducido previamente que el

Ello es así a pesar de que se establezca también que los Jueces o Tribunales aplicarán la CE como norma suprema del ordenamiento jurídico conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el TC, tal vez porque la conexión entre este Tribunal de garantías constitucionales y un solo Tribunal Supremo facilita la uniformidad interpretativa en términos más asequibles que los que se puedan dar entre éste y los distintos Tribunales de las CCAA.

26 - Aunque no tratemos en este momento esta cuestión, avanzamos que se interpusieron dos recursos de casación que, entre otros motivos, denunciaban la infracción de normas de Derecho Civil privativo de Mallorca. En consecuencia, la competencia para conocer de ellos, viene atribuida en principio, a la Sala Civil y Penal del TSJ de esta comunidad Autónoma, de acuerdo con los art. 49.1 a) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad y 478.1 párrafo 2º de la LEC.

27 - En el aludido Auto se explicarán los argumentos, más con estas afirmaciones el TS está contestando el informe que evacuó el Ministerio Fiscal en el sentido de que no es posible dividir el Recurso de Casación y que conozca de unos motivos el TS y de otros la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Sustentaba la idea en la doctrina expuesta por el propio TS en Auto de 8 de septiembre de 2008, reiterativo de otro de 22 de enero anterior. En ello se razona que el art 5.4 de la LOPJ, supone, en definitiva, que a la hora de distribución competencial se ha efectuado un juicio de prevalencia para el conocimiento de los recursos basados en derecho foral que solo cede ante la infracción de precepto constitucional.

28 - El referido motivo 9º, afirmaba entre otras razones vulnerado el art. 117.3 de la CE en razón de haber fracasado en la instancia su pretensión reconvencional de que se declare la nulidad de la escritura notarial de aceptación del legado del residuo.

TS carecía de competencia funcional para pronunciarse sobre las posibles causas de inadmisión de los recursos de las partes, excepto del motivo que concernía al art 103.3 de la CE. La resolución desecha la objeción señalando en su razonamiento primero, que «*la competencia para el conocimiento del Recurso de Casación no cabe ser escindida por motivos*» y que el Auto del Tribunal Superior de 13 de febrero de 2003 «*no significa, como dice la parte, que esta Sala solo sea **parcialmente competente** para el conocimiento del recurso*».

*La Sala Primera del TS dictó finalmente Sentencia en el supuesto comentado, en fecha **31 de marzo de 2009** (STS 187/2009)²⁹. En la Sentencia aludida en el párrafo anterior, se hizo constar de forma muy clara que el TSJ de las Illes Balears es competente para entender de la infracción de los preceptos sustantivos de legalidad ordinaria cuando concurren en un recurso con preceptos de derecho especial aducidos por una, varias o todas las partes recurrentes. En términos de absoluta claridad, expresa lo siguiente «Sin perjuicio de que la hipotética infracción de los preceptos sustantivos de legalidad ordinaria pueda ser examinada por el Tribunal Competente (TS de Justicia de Baleares), con plena soberanía para resolver acerca de la misma, sin que ello suponga menoscabo alguno para la competencia de este TS». En definitiva pues el fallo declara no haber lugar a estimación del recurso de Casación en cuanto al motivo 9º, disponiéndose que se remitan las actuaciones al TSJ de las Illes Balears para que, como Sala de lo Civil, conozca de los recursos planteados, salvo el motivo expresado en lo que atañe a su contenido constitucional. En definitiva el TS lo remite al TSJ para que entienda de la totalidad del Recurso con la excepción del motivo 9º (de contenido constitucional).*

Según se razona en la Sentencia del TSJ de les Illes Balears de **1 de febrero de 2010**³⁰ (Recurso 1/2003 Pte: Muñoz Jimenez, Fco. Javier) que «*el art 207.3 de la LEC regula la eficacia intraprocésal de las resoluciones*

29 - Como habíamos indicado, podemos precisar que en el fecha 4 de diciembre de 2008 la Sala Primera del TS había dictado Auto acordando «que corresponde a esta Sala Primera del TS conocer y resolver el motivo 9º del Recurso de Casación y una vez resuelto, según lo que resulte de ello, procederá disponer en su caso, la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares, para que, como Sala de lo Civil conozca de los restantes motivos admitidos de los dos Recursos de Casación interpuestos contra la Sentencia de la sección 5ª de la AP de Baleares de 17 de octubre de 2002». El motivo 9º argumentaba que la Sentencia recurrida, al desestimar la reconvencción deducida en el juicio de mayor cuantía, infringe los principios de unidad jurisdiccional (art 117.3 de la Constitución y 2 de la LOPJ, de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, del principio de igualdad del art. 14 de la CE, del de seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE, alegándose que el testamento tiene el valor de ley de la sucesión art 658 del CC y de que el testamento se presume válido y solo puede ser anulado por Sentencia). La aludida Sentencia se pronunció como consecuencia del Recurso de Casación 774/2003, Sentencia nº 187/2009, Pte: Corbal Fernández, Jesús.

30 - A la que se le remitió el recurso que le había mandado el TS, en virtud de lo dispuesto por el mismo en el fallo de la aludida y comentada Sentencia de la Sala primera a de 31 de marzo de 2009.

*judiciales firmes en los siguientes términos: las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el Tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto por ellas. La situación originada por el cambio de criterio del TS acerca del alcance de su competencia para resolver en grado de casación el presente litigio, suscita por tal razón el problema del valor actual de las decisiones que tomó el propio alto Tribunal el 19 de junio de 2007 y que el Auto de 4 de diciembre de 2008 aparenta mantener en orden a la admisión o rechazo de los plurales motivos del Recurso. Este Tribunal Superior de Justicia entiende de lógica que la **admisibilidad** de cada motivo concreto entraña que solo puede decretar el Tribunal **llamado a resolver sobre el recurso mismo**, toda vez que la competencia constituye presupuesto primordial de validez de las resoluciones judiciales. De ahí que, en defensa de las potestades decisorias que le confía la ley, no puede soslayar enjuiciar la admisión de los plurales motivos de recurso, (excepción del 9º) del que deducen los demandados. La solución se infiere con claridad del art. 61 de la LEC, el cual consagra la regla de que el Tribunal competente para conocer de un pleito lo es también para resolver sobre sus incidencias e igualmente del artículo 484, **a cuyo tenor el Tribunal de casación ha de examinar su competencia antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso** (apartado 1), **y será luego la Sala considerada competente la que continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión** (apartado 2). Ahora bien, la Sala (se entiende TSJ) ha estimado preferible **no reabrir el trámite de admisión** a fin de no dilatar todavía más el curso de los autos sin provecho. Por ello, ratifica ahora la inadmisión de los motivos descartados por el auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, los cuales ciertamente, incurren en causa de inadmisibilidad, y resolverá también en esta Sentencia sobre la admisión (y desestimación de algunos de los restantes), pues los hay que, como se verá merecían idéntico destino adverso»³¹.*

En fecha posterior no obstante el Tribunal Supremo en otro Recurso de Casación, **en Auto de 1 de febrero de 2011**, entre cuyos motivos existía uno de carácter constitucional, **inadmitió** todos los motivos, tanto los de Derecho civil como propio Balear, y con esta inadmisión total, finalizó el Recurso de Casación interpuesto por las dos partes contendientes, sin remisión de tipo alguno al TSJ. En el referido recurso (nº 83/2007), a través del escrito de alegaciones presentado por la representación procesal de X se solicita se declare la nulidad de la providencia en la que se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos presentados, en tanto a su juicio, aún no se ha declarado la competencia de este Tribunal

31 - Sobre la cosa juzgada ver TAPIA FERNANDEZ I, Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada al art. 222 de la LEC (discurso de ingreso en la Academia) Boletín de jurisprudencia y legislación de Baleares nº VIII pág 12-15.

(TS) para conocer de los recursos formalizados, conforme exige el art 484 de la LEC. Tal pretensión no puede prosperar. Esta Sala *«implícitamente, y sin perjuicio de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por el recurrente se considera, como se explicará, competente para resolver sobre la admisibilidad o no de los recursos formalizados. Solo en caso contrario, efectivamente, y tal y como indica la parte, debería haber procedido, previa audiencia de las partes, por diez días, a la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes ante la Sala que considere competente»*.

«En cuanto a la competencia funcional de esta Sala para conocer de los mismos» una de las partes recurrentes considera que el órgano funcionalmente competente para su resolución es el TSJ de le Illes Balears, el Tribunal frente a esta alegación contestará: « sin embargo, y pese a que en la formalización del recurso refiere la recurrente la vulneración de los art. 47 y 48 de la Compilación de derecho foral de Baleares, relativas a la cuota legitimaria de la viuda, lo cierto es que tal y como expone la AP de Palma de Mallorca en su Auto de 17 de enero de 2007, el presente proceso no versa sobre la cuota legitimaria, sino que el objeto del mismo se ha limitado a determinar si son o no nulas una serie de escrituras de compraventa otorgadas por D....., lo que sin duda puede provocar efectos en el patrimonio de los litigantes, como consecuencia de su relación familiar con él, pero no determina la aplicación de tales preceptos (de la Compilación se refiere), que se citan de modo instrumental. Ello, unido a que junto al recurso de casación se ha formalizado recurso extraordinario por infracción procesal fundado en la vulneración del art. 24 de la CE, ello supone, en fin, que la competencia funcional para el conocimiento de los presentes recursos venga atribuida al TS (art 5.4 de la LOPJ)».

En definitiva, se inadmite el motivo planteado por vulneración de precepto constitucional y lejos de remitirse las actuaciones al TSJ como en el anterior supuesto, **se inadmiten** el resto de motivos, con lo cual se da una solución distinta a la que la Sala del TS dio en el supuesto anteriormente comentado sin que se aplique la normativa correspondiente a la competencia funcional del TSJ. Tal vez, el hecho de que se **inadmitan** todos los motivos (frente a la inadmisión solo de algunos en el supuesto anterior), puede ser la causa de la diferente solución que se da a la cuestión en el presente supuesto por parte de la Sala Primera del TS. Ciertamente, si se hubiesen remitido las actuaciones al TSJ, no lo hubiesen vinculado las **inadmisiones** (excepto la constitucional) pronunciadas por el TS, pero al no haber sido así nos encontramos ante una solución, al menos aparentemente, desconcertante.

Cierto que el TS ha determinado su competencia funcional para el conocimiento de los recursos interpuestos, en base al artículo 5.4 de la LOPJ en relación al 24 de la Constitución, pero para el resto de los motivos, consideró la parte que el órgano funcionalmente competente es el TSJ,

máxime cuando existía alegación de vulneración de artículos de la Compilación de Derecho Foral de las Baleares, frente a cuya articulación la Sala primera del TS anticipa la respuesta alegando *«que la cita es meramente instrumental, ya que a través del referido motivo, lo que realmente pretende poner de manifiesto la parte es que el fallo no es completo. En definitiva plantea una cuestión de naturaleza puramente procesal, como es la relativa a defectos adolecidos por la Sentencia, que debió intentar ser corregida, en su caso, solicitando un complemento o aclaración de Sentencia para posteriormente exponerse, en su caso, a través del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal»*. De lo expuesto puede deducirse que la inicial atribución competencial que el art. 478.1 de la LEC concede al TSJ, pueden ser a veces interpretada por la jurisprudencia de la Sala Primera del TS con excesivo rigor diferenciando lo que constituye en esencia la interpretación de la Compilación con lo que como causa de inadmisión discurre por derroteros esencial o primordialmente procesalísticos³².

Por ello, buscando la coherencia del sistema, y en evitación de que se produzcan soluciones dispares como las apuntadas, no debería existir inconveniente en que los TSJ resolviesen recursos en los que se alegasen motivos correspondientes a vulneraciones de garantías constitucionales. En este sentido, Miquel Masot considera desestabilizador el artº 5.4 de la L.O.P.J. que determina la competencia del TS en todo caso en el que se denuncien vulneraciones de derechos fundamentales relativos al proceso, considerando desestabilizadora la aludida norma: “és desestabilitzadora, ja que introdueix un punt de confusió dintre de l'esquema de distribució de competències entre el TS i les sales civils i penals dels TSJ. Particularment quan es considerava que la infracció de precepte constitucional atribuïa al TS el coneixement de tot el recurs. Venturosament avui és pacífica la consideració que la seva competència vendria limitada al coneixement de la infracció constitucional, tornant la causa a la Sala Civil i Penal del TSJ per a la resolució dels altres motius”. Considera en el mismo sentido “per altre part, les resolucions d'ambdós òrgans judicials poden donar lloc als corresponents recursos d'empara davant del Tribunal Constitucional”.

Por tanto, al no estar configurado el TS como el superior en materia de garantías constitucionales (artº 123 de la C. E.), el TSJ podría entender en los supuestos de referencia, sin ser necesario el traslado competencial al TS.

Lo expuesto no choca sino que concuerda con lo establecido en el artº 9.1 de la Constitución que prescribe que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (obviamente

32 - La referida Sentencia del TS de 1 de febrero de 2011 fue dictada en el recurso de casación nº 83/2007.

entre los poderes públicos se encuentran los TS). En idéntico orden de ideas en el artº 7.1 de la L.O.P.J., se dispone que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

6. REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.

Como anticipábamos ninguna dificultad debe ofrecer el hecho de que se atribuyese al TSJ Balear la competencia para entender de la revisión de sentencias firmes, sea cual fuere el ordenamiento jurídico que se haya debatido a lo largo de la tramitación del procedimiento por cuanto carece de justificación su atribución al TS al amparo del art. 73.1 b) de la LOPJ, toda vez que la revisión de sentencias firmes es ajena a la genuina función unificadora del TS. Carece de justificación también que la atribución competencial hacia los TSJ se vea reducida a los supuestos en los que en las instancias se han debatido cuestiones relacionadas con el Derecho Civil Propio de la Comunidad. No se debe olvidar que la fundamentación jurídica que viabiliza la revisión de sentencias firmes pertenece a las leyes procesales y no a las sustantivas y que su peculiaridad radica en que constituyen excepciones a la cosa juzgada³³ y que en los supuestos en los que tiene mayor relevancia constitucional el seguimiento de estas revisiones, es en el Orden Jurisdiccional Penal en el que la omisión de una solución jurídica en estos supuestos excepcionales abocaría en una falta de tutela judicial efectiva y en una previa vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, establecidas tales normas en los apartados primero y segundo del art. 24 de la CE. En este sentido nos referíamos al anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal que introduce como supuesto de revisión la sentencia dictada por el TEDH en la que se condena a España por vulnerar algún derecho fundamental, siendo coherente que tal pronunciamiento del Alto Tribunal Europeo tiene como consecuencia en algunas ocasiones la modificación de una Sentencia dictada por Tribunales españoles, aún en el supuesto de que esta Sentencia haya adquirido cosa juzgada³⁴.

En definitiva, como antes referíamos al esbozar la cuestión, las demandas de revisión, **ni constituyen recursos** ni nada tienen que ver con la

33 - Sobre cosa juzgada ver TAPIA FERNÁNDEZ I, Consideraciones sobre la cosa juzgada, la luz de la nueva regulación dada al artículo 222 de la LEC. (Discurso de ingreso en la Academia) Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº 8 págs 5-54

34 - Ver SANCHEZ MONTENEGRO, JC en Revisión Penal. Edisofer SL, Madrid 2005 Pág 21. En el preámbulo de Bueno Arús a la obra, se ensalza la institución de la revisión en cuanto se decanta claramente por la justicia «debo confesar que una institución que pone la justicia y la protección del inocente por delante de la seguridad jurídica y la llamada santidad de la cosa juzgada...» constituye para el prologuista una de las instituciones más alabadas por los procesalistas.

uniformidad en la interpretación de la norma que aconseje la conveniencia de que sea el TS quien lo resuelva. Por ello abogamos para que sean los TSJ quienes entiendan en el futuro de estas revisiones de sentencias firmes, ya que se trata de cuestiones en las que por motivos obvios se intenta que prevalezca la justicia frente a la seguridad jurídica³⁵ ya que son nuevos hechos o circunstancias excepcionales que nada tienen que ver con el derecho civil propio, las que viabilizan tales demandas de revisión. Nos preguntamos pues por que razón los TSJ de las Comunidades Autónomas, solo pueden entender en estos supuestos cuando se haya debatido una cuestión referente al Derecho civil propio.

7.- LOS FUEROS PRIVILEGIADOS Y LOS TSJ.

La garantía del **aforamiento** significa una alteración de las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial en virtud de la cual solo un Tribunal fijado legalmente es competente para enjuiciar a personas que gozan de inmunidad. La labor constitucional del parlamentario, para que pueda desarrollar su trabajo de forma totalmente independiente, exige que no pueda ser perseguido ni por el Poder ejecutivo ni el judicial por las opiniones que de; todo ello dio lugar al establecimiento de un aforamiento específico³⁶. En este sentido su existencia se justifica por las elevadas funciones jurídicas o políticas que cumplen quienes están protegidos por la inmunidad, garantizándoseles que no puedan quedar a merced del capricho o irresponsabilidad de los ciudadanos, sobre todo de sus venganzas políticas, razón por la cual se necesita una protección especial de su función.

Antes de solicitarse el suplicatorio a las Cortes, debe haber tenido lugar

35 - No de forma distinta se expresa MUÑOZ JIMENEZ cuando tratando de la cosa juzgada manifiesta que «la aplicación de la cosa juzgada, en todo caso, debe ser estricta, a mi juicio, de modo que las dudas fundadas sobre su apreciación se solucionen en su contra. La justicia del caso no debe sacrificarse en pro de la seguridad y la armonía de las resoluciones judiciales mas allá de lo imprescindible» Discurso de contestación al de ingreso en la Academia de Dña Isabel Tapia Fernández, por parte del Académico Sr. D. Francisco Javier Muñoz. Boletín de Academia de jurisprudencia de Baleares VIII Palma de Mallorca 2006 pág 68.

36 - GOMEZ COLOMER, JL y ESPARZA LEIBAR, I. en Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Tirant lo Blanch, Valencia 2009. Pág 178-179. En la misma obra, págs 44 y 45 entienden los autores que modernamente se atribuye sus orígenes al estado liberal y a la Revolución Francesa, marcando como hito el Decreto de 20 de julio de 1789, que proclamó abiertamente la inviolabilidad parlamentaria, rodeándola de determinadas garantías, contempladas por el Decreto de 26 de junio 1790, consecuente con su idea de trasladar la soberanía del rey a la nación, lo que se considera clave para entender el cambio del estado absoluto al liberal, y por tanto protegiendo al Parlamento y a su través a los parlamentarios frente al poder mediante la inmunidad.

algún tipo de investigación del delito y de la posible participación en el mismo de la persona que goza de inmunidad, por cuanto el trámite del suplicatorio no se abre automáticamente en el momento en que quede acreditada la función de Diputado o Senador o aforado del sospechoso de haber cometido el delito.

En este orden de ideas, refiriéndonos a la Sala Civil y Penal del TSJI, interesa destacar que en materia de competencia para conocer respecto de las personas aforadas a la aludida sala del TSJ, “la competencia para la admisión o inadmisión de la querrela, o para la instrucción de la causa, viene regulada en el artº 73.3.a) de la L.O.P.J. que autoriza a los Estatutos de Autonomía a reservar para dicha sala el conocimiento de determinadas causas penales.

Dicha competencia en relación, respectivamente, a los Diputados del Parlamento Balear, al Presidente del Govern Balear y a los miembros de este, tanto en el texto del EAIB dimanante de la L.O. 3/1999 de 8 de enero, como en el que resulta de la vigente LO 1/2007, de 28 de febrero, se confieren a esta Sala Civil y Penal para la inculpación, la prisión, el procesamiento y el juicio, pero no para la directa incoación de causa penal contra los aforados, ni para su inicial instrucción, ni para la simple imputación de los aforados” (todo ello según Auto del TSJIB de 3 de julio de 2009). En dicho Auto, que se remite a otros de la misma Sala del TSJ de idéntico contenido, finaliza disponiendo que: “por ello procederá remitir la causa al Decanato de los Juzgados que corresponda, a fin de que el Juez de Instrucción competente resuelva con libertad de criterio sobre la admisión o no a trámite de la querrela y, en su caso, practique las investigaciones que considere oportunas. Si agotadas las investigaciones considerase procedente alguna actuación que implique inculpación, prisión, procesamiento o juicio, respecto de alguna persona imputada cuya calidad de aforada haya sido debidamente acreditada se abstendrá de dictar Auto inibiéndose, como así mismo se abstendrá de remitir las actuaciones a este Tribunal, limitándose a elevar exposición razonada contra la que no se admitirá recurso alguno en tanto debe ser la Sala quien resuelva sobre su propia competencia para conocer”.

Una cuestión jurídicamente complicada consiste en determinar el valor procesal de los actos de investigación que hubiera acordado el Juez de instrucción en uso de sus competencias y que afectasen a derechos fundamentales del imputado, antes de que se supiera que el autor del delito podría ser un Diputado o Senador. La ley no dice nada al respecto. Hoy la jurisprudencia (véase el caso Filesa) ha resuelto la cuestión determinando que es el Juez de Instrucción el que debe ponderar y valorar la necesidad de practicar dichos actos de investigación, que son perfectamente válidos, sin que puedan ser atacados de nulidad alguna, cuando se han practicado sin haberse solicitado todavía el suplicatorio, porque no se sabía que el imputado

era un parlamentario (TS, 28 octubre de 1997, r.a. 7843/1997, caso Filesa)³⁷. Gómez Colomer da una serie de datos sobre la infinidad de casos de aforamientos que tenemos, toda vez que si a los parlamentarios añadimos otros campos como el judicial o fiscal (de menor incidencia cuantitativa en la vida judicial) y si contamos también a los miembros y cuerpos de seguridad que también están aforados, la cifra es realmente escandalosa. Ante esta situación, la competencia de los TSJ (y del TS) deben ineludiblemente verse condicionada por tantas y tan amplias competencias como las que la ley atribuye a los aforados; si a ello le unimos la extensión y complejidad de las causas en las que están implicados estos ciudadanos, el resultado obvio es una saturación de los Altos Tribunales entre los que se encuentran los TSJ.

8. EL DERECHO AL RECURSO EN SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS Y LA COMPETENCIA DE LOS TSJ.

Si a ello le unimos las competencias que va a tener que asumir los TSJ derivadas de la generalización de la doble instancia penal y encaminadas al cumplimiento de lo dispuesto en el art 14.5 del PIDCP de 1966 firmado en New York, y dispuesta ya esta apelación en el art. 73.3 c) de la LOPJ que prevee el conocimiento de los recursos de apelación contra resoluciones dictadas en primera instancia por AAPP, la ocupación de los TSJ llegará a ser **preocupación**, aunque de momento, conforme a lo previsto en la disposición final segunda de la LO 19/2003 de 23 de diciembre, se concedió al Gobierno un año para rendir a las Cortes los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas en la LOPJ. Esto supone que se mantiene la competencia para conocer además de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en el proceso ante el Tribunal del Jurado, atendido el art. 846 bis de la LECr, competencia que se aumenta en el anteproyecto de código procesal penal ensanchando el campo de aplicación de los delitos conexos .

La suscripción por nuestro país del PIDCP, en cuyo art 14.5 se consagra el derecho de toda persona condenada penalmente a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidas en vía de recurso a un Tribunal Superior (en sentido semejante se manifiesta el Protocolo 7º al CEDH, el cual ha sido

37 - GOMEZ COLOMER, JL ¿Demasiados aforados? Diario el País, 6 de abril de 1995, sección debates, pág 13. En dicho artículo decía que «me causaba sorpresa que el Gobierno no hubiera aprovechado la ocasión para atajar el problema de verdad, es decir, para reducir drásticamente los aforamientos existentes en España en vez de aumentarlos. Y es que la institución del aforamiento en España no tiene disculpa y perdón alguno. Somos el país que más aforamientos contempla».

ratificado por España), y, de otro lado, el hecho de que el art. 10.2 de la Constitución obligue a los poderes públicos a interpretar los Derechos Fundamentales de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados y Acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, según Garberí Llobregat³⁸ «*originó que desde un principio, el TC otorgara carta de naturaleza específica al derecho fundamental a los medios de impugnación en la esfera penal* (STC 29/2008, de 20 de febrero y 48/2008 de 11 de marzo)».

Aunque no haya existido por el momento desarrollo procesal, el legislador deberá acoger la tesis medular en virtud de la cual, cuando la revisión judicial tiene lugar sin audiencia pública, sin intermediación (respecto de la prueba de carácter personal), y permitiendo únicamente la revisión de las cuestiones, **se vulnera el PACTO**.

Esta vulneración tiene lugar, como expuse en reciente monografía refiriéndome a la jurisprudencia del TC, cuyo bastión se alza con la Plenarial Sentencia del TC nº 167/2002, que afecta a las sentencias absolutorias en primera instancia, que son revocadas convirtiéndolas en condenatorias, en sede de apelación³⁹.

En cualquier caso, el referido estado de cosas⁴⁰ condujo a que la generali-

38 - GARBERÍ LLOBREGAT, J. Constitución Española y Derecho procesal, Civitas, Thomson Reuters, Navarra 2009 pág 196. Afirma el autor que este derecho lo incorpora la jurisprudencia del TC (STC 246/2007) al derecho al proceso justo. Pero al asimilarlo también a la observancia del principio pro actione en la interpretación y aplicación de las normas procesales reguladoras de la admisión de los recursos, llega aquí hasta sus últimas consecuencias (tal y como lo hacía en el marco de un derecho de acceso a los órganos judiciales). Ver también SUAÚ MOREY, J en Tutela Constitucional de los recursos en proceso penal. Bosch Barcelona 1995, exponiéndose en pág 106 algunas opiniones que aclaraban que cuando se habla de Fallo se está refiriendo a que el recurso contra el mismo, no solo cabe en cuanto a la aplicación de la norma sino también a la fijación de los hechos que fundamentan el juicio jurídico de la Sentencia, lo que equivale a la posibilidad de revisar la actividad probatoria judicial de la instancia; recogiendo (pág 79) como Cortés Domínguez al tratar sobre el Recurso de Apelación le confería el carácter de medio de impugnación a la vez que de medio de gravamen mediante el cual se somete a revisión la justicia de la resolución.

39 - SUAÚ MOREY, J. Intermediación y apelación en el proceso penal. Bosch, Barcelona 2010 pág 76. En el Anteproyecto de CPP, se potencia la apelación de sentencias condenatorias, se viabiliza su apelación por el condenado, mientras que los acusadores (y otras partes perjudicadas) tienen mermadas las posibilidades de apelación de sentencias absolutorias, en lo que se refiere al pronunciamiento penal. Todo ello a pesar de que el TC había mantenido que del tenor literal del artículo 14.5 del PIDCP, no se deduce que se establezca propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un tribunal superior, su misión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley por lo que esta fijará en cada país sus modalidades.

40 - La libertad de configuración de la doble instancia a la que se refería el TC, no ha coincidido sin embargo con la opinión del órgano encargado de la supervisión del cumplimiento

zación de la doble instancia fuera acogida como una de las reformas a llevar a cabo de manera inmediata, como constaba en el Pacto de Estado para la reforma de la justicia de 2001 (apartado 3º y 17 e)⁴¹.

Hay que resaltar que no solamente el PIDCP se haya suscrito y ratificado por España sin reserva alguna, y que forma parte por tanto de nuestro Derecho interno art 96.1 de la CE y a la par interpretativa de las normas relativas a los Derechos Fundamentales y libertades que reconoce la CE (10.2 CE), **lo mismo sucede con el Protocolo adicional 7 al CEDH que ha sido ratificado por España también por lo que le vincula jurídicamente al ser un estado parte en el mismo**, habiendo entrado en vigor en nuestro país el 1 de diciembre de 2009⁴². Aunque como sostiene Arangüena Fanego⁴³, aún sin su entrada en vigor y de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, tiene la obligación, de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del Protocolo Adicional nº 7 por ser Estado firmante del mismo.

Por lo expuesto no se puede ignorar que la carga competencial que tendrán los TSJ al recibir los recursos de apelación a los que nos estamos refiriendo, puede preverse que será enorme. Sea cual fuere la naturaleza y los motivos

del PIDCP por sus Estados parte, el Comité de Derechos Humanos de las NNUU, que desde finales de los años noventa ha ido anunciando distintas y reiteradas decisiones contrarias a esta interpretación. Ténganse en cuenta los Dictámenes contrarios a España del Comité de Derechos Humanos de las NNUU (caso Gómez Vázquez, decisión 701/1996, comunicada el 11 de agosto de 2000; caso Semey, 986/2001, comunicada el 19 de septiembre de 2003; caso Sineiro Fernández, decisión 1007/2001, comunicada el 19 de septiembre de 2003; caso Alba Cabriada, decisión 1001/2002, comunicada el 15 de noviembre de 2004; caso Martínez Fernández, decisión 1104/2002, comunicada el 25 de mayo de 2005).

41 - Insistiendo en los diversos instrumentos internacionales que (unidos a las decisiones del Comité a las que antes nos referíamos, que exigían una reforma urgente, actualmente llevar a cabo orgánicamente pero no en vigor por inexistir plasmación en leyes procesales), dimanan del PIDCP (art. 14.5: textualmente expresivo de que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley» fechado en New York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante instrumento de 27 de abril de 1977 (BOE del 30, del año y mes citados, y el Protocolo Adicional al Convenio de Roma, nº 7, art. 2, adoptado el 22 de noviembre de 1984).

42 - El aludido Protocolo introduce los derechos al doble grado de jurisdicción en materia penal, a indemnización por error judicial, a la igualdad entre los esposos, así como ciertas garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros al principio de ne bis in idem.

43 - ARANGÜENA FANEGO, C. La proyectada generalización de la doble instancia en las causas penales por delito, pág. 133 dentro de la obra general Realismo jurídico y experiencia procesal, Atelier, Barcelona 2009, de autores varios como Líber Amicorum en homenaje al Profesor Serra Domínguez.

del recurso de apelación que se instaure⁴⁴.

Antes de abandonar esta cuestión conviene a los efectos de nuestro estudio, recoger una esquemática visión del sistema vigente y contemplar que tal sistema muestra que la doble instancia se adopta tanto en el enjuiciamiento de las faltas como en el de aquellos delitos que pudiéramos calificar como de menor entidad (genéricamente, aquellos que llevan aparejada pena privativa de libertad no superior a 5 años), al disponerse contra las sentencias recaídas en estos procesos el recurso de apelación y estando vedado en ambos casos su acceso a la casación. A ello se une (como recordará en Ob.cit. Arangüena Fanego) (43) el enjuiciamiento de las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado en el marco de la Audiencia Provincial, con la importantísima peculiaridad de que la sentencia dictada en apelación por el TSJ es a su vez susceptible de recurso de casación ante el TS. También para el enjuiciamiento de menores por el cauce especial de la LO 5/2000, para el cual se dispone de un recurso ordinario (apelación) con posibilidad en determinados casos de un ulterior recurso extraordinario (casación para unificación de doctrina).

9. LA REPERCUSIÓN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES ANTE LOS TSJ.

El renovado incidente de nulidad de actuaciones se incluye en la reforma de la LO del TC que afecta al art. 241 de la LOPJ dedicado a diseñar el incidente de nulidad de actuaciones. Dicho precepto contemplaba la posibilidad de instar la nulidad de actuaciones judiciales fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo y tras la reforma que introduce la Disposición Final primera de la L.O. 6/2007, dicha nulidad puede instarse por cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la CE. Con esta ampliación del ámbito material del art. citado de la LOPJ, el legislador consolida la competencia de los Tribunales ordinarios para corregir las violaciones de Derechos Fundamentales.

No podemos olvidar que ante los TSJ también se plantearán las peticiones de nulidad de actuaciones (en los supuestos en los que no quepa ningún otro recurso) que ocasionarán la tramitación del oportuno incidente, como requisito previo al planteamiento de un futuro recurso de amparo, siendo

44 - Conviene recordar en este sentido que el CGPJ ha informado que es contrario a la naturaleza de la segunda instancia que los órganos ad quo y ad quem estén a mismo nivel jerárquico, siendo anómalo que un mismo órgano se constituya ad casum, aunque conforme a criterio preestablecidos legalmente.

cuestión muy relevante el requisito de la motivación de la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones⁴⁵.

En este sentido la Disposición Final primera de la LO 6/2007, empieza sentando la regla general de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones para a continuación regular su admisión excepcional. No se trata de una referencia a la admisión a trámite de la pretensión de nulidad, sino a la admisión de esta vía que permite atacar una resolución firme para reclamar su nulidad y la de todo o parte del proceso en que se ha formulado. Sin embargo, esta referencia genérica ya da la pauta a seguir, la de interpretar restrictivamente esta figura en atención a su excepcionalidad.

Si la subsidiariedad del Recurso de Amparo proyecta sobre el recurso de nulidad de actuaciones (siempre en los casos en que proceda) la protección de aquellos derechos y garantías procesales (art. 53.2 CE) que sin tal tamiz correspondería entender al TC, ésta inicial restricción y excepcionalidad entendemos que no podrá erigir en obstáculo, cualquier intento del recurrente de reaccionar contra la vulneración de tales garantías procesales fundamentales. En definitiva, ante el previsible aumento de competencias de los TSJ, mayor será el porcentaje de incidentes de nulidad de actuaciones que obligatoriamente tendrán que plantearse ante ellos (o ante la jurisdicción ordinaria en general) como vía previa al amparo, al que se le potencia su carácter **subsidiario** (que impide que conozca ex novo cuestiones que no se han suscitado ante la jurisdicción ordinaria).

Finalmente como ya tenemos expuesto, en lo referente a la posible derivación competencial hacia los TSJ de las **revisiones** de sentencias firmes, podría añadirse, con las modificaciones legales pertinentes de tipo orgánico, la derivación hacia los TSJ de aquellos litigios que traten de cuestiones relativas al Derecho propio de nuestra Comunidad, que hayan sido sustanciados fuera de la misma; en estos supuestos la función genuina de la Casación, la que tiene lugar en aras a la interpretación del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, debería ser asumido por esta. En caso de que el Recurso de Casación correspondiese al TS, se produciría una bicefalia interpretativa contraria a las funciones uniformadoras y nomofilácticas de la Casación. No obstante según el art. 73.1.a) de la LOPJ, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, conocerá como Sala de lo Civil, del Recurso de Casación que establezca la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma. El

45 - SUAU MOREY, J. Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional LO 6/2007 de 24 de mayo. Requisito congruente con el carácter subsidiario del recurso de amparo. Una de las cuestiones que aborda el autor es si la intención del legislador (al introducir el incidente renovado y ampliado), fue o no desarrollar el artículo 53.2 de la Constitución. Revista Jueces para la democracia, nº 61, marzo 2008, pág 124 y 125.

carácter único y último del Recurso de Casación se vería defraudado ante la posibilidad de interpretaciones diversas, produciéndose la frustración, no solo en el concreto supuesto sino que podría resultar perjudicada la proyección en lo que a futuros supuestos se refiere, de la unidad interpretativa en pro de la ambigüedad. No se nos oculta la existencia de dificultades legales para cometer esta modificación, mas es imprescindible su consideración. En definitiva el aumento cuantitativo y cualitativo de la dedicación de los TSJ exigirá la implantación de reformas orgánicas a no muy largo plazo.

10.- CONCLUSIONES.

De las lecturas que puedan realizarse de este trabajo, se han ido desgranando a lo largo del mismo las conclusiones, incluso en ocasiones anticipándolas al posterior razonamiento, por lo que no cabe otra cosa que insistir en la enorme importancia y potencialidad de los Tribunales Superiores de Justicia, que junto a las atribuciones que tienen encomendadas y que han ido aumentando progresivamente (véanse las referencias al orden Contencioso-administrativo y Social), irrumpirán las derivadas de la doble instancia penal generalizada (mejor llamada revisión de sentencias penales condenatorias, si se quiere cubrir el minium exigido por los Tratados y Acuerdos internacionales sobre Garantías Fundamentales y Derechos Humanos), la nulidad de actuaciones que se requerirá previa al amparo (en el sentido expuesto) y otras que se han ido también exponiendo.

Las infracciones procesales, como se ha visto, tienen el conducto adecuado ante el TSJ concurrentes con la motivación basada en la normativa del Derecho específico y propio de nuestra Comunidad Autónoma.

Todo ello requerirá la instauración de medidas legislativas (algunas ya previstas en la LOPJ) como la creación de una Sala Penal, otras deberán ir configurándose. Se pasará en definitiva (se está pasando) de la “desocupación” de los primeros años a la “saturación” que puede avecinarse (la aludida doble instancia penal, la Ley de Jurado, el fuero privilegiado de los aforados, etc.).

Las genuinas funciones casacionales (uniformadoras e igualitarias en la aplicación de la ley) que constituyeron la esencia de la creación de los TSJ por el contrario, no son porcentualmente las más numerosas aunque su función sea esencial. En cualquier caso cabe valorar muy positivamente su actualidad, interés y viveza; a la par, discurre la potenciación y estímulo de las instituciones de nuestro Derecho civil desde el plano doctrinal y de la investigación, que se debe a la Academia de Jurisprudencia y Legislación e igualmente a la U.I.B. y al I.C.A.I.B.

2 . NATURALEZA Y FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Antonio Monserrat Quintana

El cumplimiento de las tradiciones –que no deja de ser esencial en una Academia– ha determinado que los actos de entrega de los Premios Luis Pascual González vengan ilustrados con la disertación, sobre un tema relacionado con el tratado en la obra premiada, por parte de algún Miembro de número de nuestra Corporación o jurista de reconocido prestigio. Con ocasión de entregarse el 20 de Febrero de 2012 el IX Premio Luis Pascual González al Doctor en Derecho y Abogado Sr. D. Jaime Suau Morey, se contó con la participación de un ilustre Académico, Magistrado de la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia –tratando precisamente la obra premiada sobre este Tribunal de Casación– y en la actualidad miembro del Consejo General del Poder Judicial Excmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana.

Como gran conocedor de la materia, en su exposición se hace un análisis completo de la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior, enlazando con los antecedentes que suministra la Real Audiencia del Reino de Mallorca, creada por Felipe II a petición del Gran i General Consell, tratando después de distintas características de estas Salas de lo Civil y Penal, relativas a la carga de trabajo, a una supuesta por algunos sectores críticos –y absolutamente infundada– politización de las mismas y a un aumento de sus posibles competencias, aunque no se deja de reconocer que el Tribunal Supremo siempre ha sido muy celoso de sus competencias, y, en cuanto a la futura doble instancia penal, señaló que el anuncio de su posible instauración es del año 2004, sin que hasta ahora se haya materializado.

I.- Introducción general.

Antes de empezar mi intervención propiamente dicha, desearía felicitar al Dr. Jaime Suau Morey por su trabajo *Tribunales Superiores de Justicia, Derecho Propio y otras competencias*, merecido Premio Lluís Pascual, que abre numerosas y sugestivas líneas futuras de reflexión, de trabajo e incluso de reformas legislativas. En particular, me parece oportuno destacar sus afirmaciones respecto de que “La pervivencia de nuestras instituciones, quedaría en pura entelequia si descuidásemos o desatendiésemos las funciones y el ámbito competencial del Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma”, así como que “el contenido de la actividad de este Tribunal ... muestra únicamente la visión del iceberg de su potencialidad futura”.

También resulta de justicia destacar las interesantes aportaciones del premiado al incluir en su trabajo, entre otras cuestiones, una cuidada y completa selección de jurisprudencia respecto de las que llama *casaciones mixtas*, es decir, las que se fundamentan en infracción de preceptos de Derecho civil propio y de Derecho común; o las que, junto a la primera clase de infracciones, suman algunas correspondientes al Derecho procesal.

El Doctor Suau dibuja una perspectiva de “enorme carga competencial” para los Tribunales Superiores de Justicia, a la par que augura una “disminución... que se va a producir en el Tribunal Supremo”, especialmente una vez aprobada la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

Tal vez en este último punto, sería yo algo más escéptico, puesto que, contemplando la realidad desde mi actual observatorio madrileño, creo que hay que estar siempre pendientes de la tendencia del Tribunal Supremo a ser muy celoso de sus competencias, a la vez que, como me decía un destacadísimo miembro de la Sala Primera hace muy pocos días, la ley de agilización procesal ha producido el efecto paradójico de que, toda vez que ha ampliado el campo de los recursos por interés casacional, se está aumentando el número de recursos de casación que acceden al Alto Tribunal, sin que se haya visto compensado por la reducción que se esperaba con el aumento de la cuantía requerida, que ahora es de 600.000 Euros. Y respecto del incremento de competencias de las Salas de lo Civil y Penal, me permito recordar, a modo de ejemplo, que el anuncio oficial de que se iba a introducir la doble instancia penal en los tribunales superiores de justicia, data de Septiembre de 2004, sin que hasta la fecha se haya materializado¹.

1 - Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, entonces Ministro de Justicia, “La Ley, Diario de Noticias”, 07.09.2004.

Sea como fuere, lo importante es que el trabajo premiado es una muy útil herramienta de análisis y ha de servir para desarrollos posteriores. De nuevo mi enhorabuena.

II.- Los Tribunales Superiores de Justicia en la Constitución de 1978.

Ahora permítanme hacer algunas breves reflexiones respecto de los Tribunales Superiores de Justicia y, muy en particular, sobre la Sala de lo Civil y Penal de los mismos.

Creo que el papel de las Salas de lo Civil y Penal, su misma creación, naturaleza y funciones han sido y son objeto de una amplia incompreensión y hasta desconfianza. En el origen de esta percepción se funden causas diversas, en las que se introducen aspectos tan difusos, pero presentes, como la pretendida politización y falta de independencia de la Justicia; la compleja configuración del Estado en la Constitución de 1978, e incluso las reticencias que despiertan en algunos sectores de la misma Carrera Judicial.

Como siempre, es muy útil para evitar juicios precipitados y temerarios, necesariamente injustos, analizar con alguna calma los diversos aspectos de la cuestión, a lo que voy a dedicar mi intervención.

Aunque parezca una obviedad, creo que la primera premisa que hay que tener en cuenta es la configuración del Estado en la Constitución de 1978, puesto que precisamente de esta configuración resulta la atribución de los recursos de casación en materia de Derecho civil propio a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia².

Como es ampliamente sabido, se ha venido aceptando que la concepción constitucional de España, obedece a lo que la doctrina conoce como un *Estado compuesto*.

Como saben Uds., entre los constitucionalistas es clásica la distinción entre el *Estado unitario* (también llamado por algunos *Estado-nación*) y el *Estado compuesto* que es aquél en que la titularidad del poder político –en particular, la potestad legislativa– está distribuida entre distintos órganos territoriales³. En este sentido es acertada la conocida definición de

2 - A partir de aquí, en lo sucesivo tomaré ideas de mi Ponencia *La casación en los Tribunales Superiores de Justicia*, Jornadas sobre *La reforma de la Casación*, organizadas por la Asociación Profesional de la Magistratura, Palma, Octubre de 2004.

3 - FERRADA BÓRQUEZ, Juan-Carlos: *El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado*, “Revista de Derecho” (Valdivia), v. 10, diciembre 1999.

GIANNINI, que define el *Estado compuesto* como “conjunto coordinado de entes”, o *Estado coordinador de entes*⁴.

Desde esta perspectiva, ha sido pacífica en nuestra doctrina constitucional la consideración del Estado *compuesto* como equivalente al Estado *autonómico*. Así, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, puede leerse lo siguiente:

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la importancia del principio de colaboración como criterio que ha de regir las relaciones entre los entes que integran nuestro *Estado compuesto*, señalando expresamente que Estado y Comunidades Autónomas están sometidos recíprocamente a un deber general de cooperación, que no es preciso justificar en preceptos concretos, sino que es esencial al *modelo de organización territorial del Estado* implantado por la Constitución (STC 80/1985, de 4 de julio)”⁵, en congruencia con la cual han de interpretarse todos los preceptos constitucionales”⁶.

He aquí, por las razones expuestas, que cobra toda su significación, desde la perspectiva del *Estado compuesto*, la atribución de la casación a los Tribunales Superiores de Justicia, tal como ya hicieron los constituyentes, que lo refirieron a aquellas Comunidades Autónomas con Derecho propio, extremo sobre el que recalaremos un poco más adelante.

Pero es preciso advertir ya en este momento que –para algunos– la expresión *Estado compuesto* tiene una significación bastante menos *neutral*.

Así, será bueno recordar que una persona tan moderada como PRAT DE LA RIBA, ya en 1906, decía lo siguiente:

“Del fet de la nacionalitat catalana neix el dret a la constitució d’un Estat propi, d’un *Estat Català*. Del fet de l’actual unitat política d’Espanya, del fet de la convivença secular de varis pobles, neix un element d’unitat, de comunitat, que’ls pobles units han de mantenir y solidar. D’aquí l’*Estat compost*.

Aquets dos fets primaris, fonamentals: el de la personalitat nacional de Catalunya y el de l’unitat d’Espanya, enfortits per dues lleys correlatives: la de la llibertat que implica l’autonomía y expontanitat socials, la de l’universalitat que porta a la constitució de potencias mundials, se resolen en una fórmula d’armonía qu’és la *federació espanyola*. Així’l nacionalisme català, que may ha estat separatista, que sempre ha sentit intensament

4 - FERRADA BÓRQUEZ, Juan-Carlos, *ibid*.

5 - Las cursivas son mías.

6 - STC (Pleno), 14 junio 1982, Pon.: RUBIO LLORENTE, FJ2.

l'unió germanívola de les nacionalitats ibèriques dintre de l'organització federativa, és aspiració enlairada d'un poble que, ab consciència del seu dret y de la seva força, marxa, ab pas segur, pel camí dels grans ideals progressius de la humanitat⁷⁷.

III.- Las funciones genuinas de los Tribunales Superiores de Justicia.

III. A) Su significado original: *Antecedentes*.

Los Tribunales Superiores de Justicia, a los que se refiere el artículo 152.1.2 de la Constitución de 1978, no carecen de antecedentes más o menos remotos, ligados todos ellos a la España de los reinos. Por situar la cuestión aquí en Mallorca, podemos mencionar la *Real Audiencia*, creada por Felipe II, a petición del *Gran i General Consell*, mediante la Pragmática Sanción de 11 de mayo de 1571.

Presidía la Real Audiencia el Lugarteniente General, y la formaban seis jurisconsultos, a saber: el Regente de la Chancillería y el Abogado del Fisco; y además, cuatro doctores (*oidores*), *de los que dos tenían que ser del Reino de Mallorca*, y los otros dos de fuera de éste, aunque de la Corona de Aragón.

Las resoluciones en causas *criminales* dictadas por la Real Audiencia eran *irrecurribles*. Las dictadas en materia *civil* eran *recurribles* por ante el Supremo Consejo de Aragón.

La situación descrita permaneció sin cambios hasta el Decreto de Nueva Planta –para el Reino de Mallorca– de Felipe V de 18 de noviembre de 1715⁸.

Este Decreto modificó parcialmente la Real Audiencia, que pasó a ser presidida por el Comandante General, aunque sin voto de justicia, y se componía de Regente, cinco Ministros y el Fiscal. *De los cinco Ministros, dos siguieron siendo –como antes– mallorquines*.

La Audiencia de Mallorca continuó con el sistema anterior, con ligeras variantes con respecto al número de Ministros, que llegaron a ser nueve, actuando en dos Salas, civil y penal, teniendo siempre su sede en el Palacio de la Almudayna.

Posteriormente, le afectaron la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 y la adicional a la Orgánica del

7 - Enrich PRAT DE LA RIBA : *La nacionalitat catalana*, Barcelona, Tip. L'Anuari de la Exportació, Passeig de S. Joan, 54, 1906, pp. 114-115. Hemos respetado la grafía original.

8 - *Novísima Recopilación*, Libro V, Tit. IX, Ley I.

Poder Judicial de 14 de octubre de 1882, y las leyes que las fueron complementando y variando, hasta llegar a la Constitución de 1978.

III. B) *Su significación en la Constitución de 1978:*

La configuración y contenido de las atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia se debatieron principalmente en las sesiones de las cortes constituyentes de 8 y 16 de junio de 1978. En las actas correspondientes (que aparecen en los respectivos *Diarios de Sesiones* de los citados días), se advierte que se contraponían básicamente dos posturas. Una era la del Partido Nacionalista Vasco que pretendía que la afirmación de que “el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes”, contuviera la salvedad de “las atribuciones que en los Estatutos se reconozcan a los territorios autónomos”, amparándose en el “poder judicial real de que van a gozar, una vez que hayan accedido a la categoría de comunidades autónomas los distintos pueblos del Estado”, afirmando que era necesario contemplar la previsión de que “deba existir en cada comunidad un Tribunal Superior, ante el cual deben verse los recursos de casación en estas materias, las que corresponden a la legislación de las comunidades autónomas”⁹. Contrariamente, Alianza Popular mantenía “el principio de que la Justicia es función del Estado y entendemos ... que no puede pasar a los territorios autonómicos”¹⁰. Tras una intervención del grupo Minoría Catalana aclarando que su postura era la recuperación de un tribunal superior a la manera del Tribunal de Cassació de Catalunya durante la vigencia del Estatuto de 1932¹¹, a modo de solución intermedia, el PSOE defendió “el principio de la existencia de tribunales superiores que recojan las competencias privativas del Derecho propio de las comunidades autónomas y también, por qué no, competencias de las Audiencias Territoriales”¹².

El problema fue tratado más en profundidad y resuelto definitivamente en la sesión del 16 de junio de 1978, en la que la Minoría Catalana explicó que la “autonomía política” había de definirse mediante “una autonomía con su fuente legislativa, con su asamblea legislativa, una autonomía con su poder ejecutivo, con el consejo de gobierno y a ello debía incorporarse la necesaria participación de estas comunidades autónomas en el ámbito judicial”¹³. Esta intervención dejó claro que se estaba “intentando recuperar, en una línea constitucional actual, lo que fue para la Generalidad su Tribunal de Casación”¹⁴.

9 - *Diario de Sesiones*, nº 84, 8 de junio de 1978, pp. 3118, 3119.

10 - Sr. FRAGA IRIBARNE, *loc. cit.*, p. 3119.

11 - Sr. SOLE BARBERÁ, *loc. cit.*, p. 3120.

12 - Sr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *ibid.*

13 - Sr. ROCA JUNYENT, *Diario de Sesiones*, nº 91, 16 de junio de 1978, p. 3403.

14 - *id. et ibid.*, p. 3404. En el mismo sentido, Sr. SOLE TURA, pp. 3410 y 3411.

III. C) La atribución de la casación a los Tribunales Superiores de Justicia.

En función de esa “participación de las comunidades autónomas en el Poder Judicial”, lo cierto es que, desde su constitución, los Tribunales Superiores de Justicia han venido asumiendo la casación y la revisión *en materias de Derecho Civil propio* allí donde existe, de modo que tienen atribuidas las competencias en dichos recursos las siguientes Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, en las materias que se indican:

a) País Vasco: “Derecho civil foral propio del País Vasco” (Art. 14.1.a) del Estatuto de 1979).

b) Cataluña: con calculada ambigüedad, como “última instancia jurisdiccional de todos los procesos iniciados en Cataluña ... sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina” (Art. 95.2 del Estatuto reformado por L.O. 6/2006, de 19 de julio), con referencias al “Derecho de Cataluña” (art. 95.3) y al “Derecho civil de Cataluña” (art. 129).

c) Aragón: “Derecho propio de Aragón” (Art. 63.2 Estatuto modificado en 2007).

d) Galicia: “Derecho civil gallego” (Art. 22.1.a) del Estatuto de 1981).

e) Murcia: Sorprendentemente, en materia de “Derecho consuetudinario murciano” (Art. 35.1.a) Estatuto de 1982).

f) Valencia: “Derecho civil foral valenciano” (37.2 Estatuto de 1982, modificado en 2006).

g) Navarra: “Derecho civil foral de Navarra” (Art. 61.1.a) Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento Foral de Navarra, de 1982).

h) Extremadura: “Derecho propio de Extremadura” (art. 50.2.a) y “Fuero del Baylío” (art. 50.2.b), ambos del Estatuto de 1983, modificado en 2011.

i) Illes Balears: “Derecho civil propio de las Illes Balears” (Art. 94.1.a) del Estatuto de 1983, modificado en 2007).

III. D) La “politización” de las Salas de lo Civil y Penal.

Es recurrente la afirmación de que la Justicia *está politizada*, en particular, en lo que respecta a los magistrados llamados *autonómicos* de las Salas de lo Civil y Penal. Se dice que su designación por los partidos les hace tributarios y sometidos a las instrucciones que de ellos puedan recibir.

Dejando de lado la implícita calumnia que este tipo de comentarios contienen, hay que tener en cuenta:

a.- Que dichos magistrados son, precisamente, la esencia constitucional

de la creación de esos Tribunales Superiores, por su imbricación en la estructura autonómica del Estado, o *Estado compuesto*.

b.- Que a dichos Magistrados no les nombra ningún partido político, sino que son propuestos, por mayoría cualificada del Parlamento autonómico, al Consejo General del Poder Judicial, quien, también por mayoría cualificada, les designa.

c.- Que con dicha designación del Consejo General, los magistrados elegidos entran a formar parte de la Carrera Judicial, sin mandato imperativo alguno, y por tanto, “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (*ex art. 117.1 de la Constitución*).

También los constituyentes de 1978 debatieron en profundidad la cuestión de la *independencia y politización* de los jueces en general. No estará de más recordar que, precisamente partidos tales como CIU y PSOE defendían, contra lo que dicen ahora el art. 127 CE y el 395 de la LOPJ, que los jueces pudieran afiliarse a partidos políticos y sindicatos, llegando a decir, por ejemplo, el Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET que “es evidente que no podemos prohibir a ningún miembro de la carrera judicial el pertenecer a un partido político”¹⁵. Añadiendo: “No hemos combatido jamás el ideario de los miembros de la carrera, hemos combatido, por la vía legal, sus resoluciones con recursos y con todos los medios que la ley ponía a nuestro alcance, porque el control de la independencia judicial no viene jamás ni por la represión ideológica ni por la discriminación política, sino que tiene que venir por el uso de los recursos que las leyes establecen...”¹⁶.

III. E) *La incidencia de la «escasa carga de trabajo» de las Salas de lo Civil y Penal.*

Ciertamente, casi desde el principio de su existencia, se vino denunciando la *escasa carga de trabajo* de las Salas de lo Civil y Penal, argumento que se utiliza –si bien, en honor a la verdad, más bien poco– para postular la atribución de la casación, más en plenitud, a dichas Salas.

El argumento me parece débil y manifiestamente insuficiente, por las siguientes razones:

a.- La queja no tiene en cuenta la especialísima configuración y origen de las Salas de lo Civil y Penal, paradigma de la significación de los Tribunales Superiores de Justicia en el modelo de Estado de 1978, a cuyo “bloque constitucional” pertenecen.

15 - “Diario de Sesiones” del Congreso de los Diputados, n° 84, 8 de Junio de 1978, p. 3129.

16 - *Ibid.*, p. 3128. Y el Sr. SOLÉ BARBERÁ (PSUC) decía: “tengamos la plena seguridad de que su militancia, dentro de una organización política, aumentará, si cabe, la necesaria pulcritud y la necesaria decisión en el momento de ejercer sus funciones” (*ibid.*, p. 3132).

Las Salas de lo Civil y Penal, en la mente del legislador de 1978 tienen un fuerte componente de significación política, *constitucional*, que se aviene poco con las argumentaciones sobre las elevadas o bajas cargas de trabajo que sólo son posibles cuando se efectúa una comparación entre órganos que a mi entender no son enteramente homólogos.

b.- La escasa carga de trabajo hay que ponerla en relación con el número de magistrados que integran dichas salas. Una posibilidad sería la ya apuntada en los primeros momentos de evaluación, de disminuir el número de magistrados asignados a dichas Salas, de tal modo que se mantuvieran el Presidente y uno o varios magistrados (siempre conservando los designados a propuesta parlamentaria autonómica, por la especial significación político-constitucional de estas Salas) con la posibilidad de ampliar con otros magistrados de las demás salas del TSJ o, en casos extremos, con magistrados de la Audiencia Provincial.

c.- Por cuanto ya se han habilitado soluciones de adscripción¹⁷ –parcial o total– a otras Salas del Tribunal Superior, solución que sólo está pendiente de mejoramiento o adaptación a las necesidades reales de las demás salas.

d.- La probable, aunque incierta en cuanto al momento, atribución de mayores competencias, en particular las relativas a la apelación de las resoluciones de las Audiencias Provinciales en asuntos penales aportará sin duda alguna un elevado número de asuntos a la actual carga de trabajo de las Salas de lo Civil y Penal.

IV.- Algunas ventajas e inconvenientes que presentaría la atribución más plena de los recursos de casación a los Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto a las *ventajas*, se podrían considerar como tales –y no digo que haya que entenderlas necesariamente así– las siguientes:

a) Las Comunidades Autónomas tendrían de este modo *más sensación de país*. Es un argumento recurrente esgrimido por algunos partidos nacionalistas y regionalistas.

b) En relación con la anterior, se estaría avanzando un paso más –y muy importante– hacia la configuración de un *Poder Judicial Autonomico*, que aparece como una aspiración constante en determinadas Comunidades Autónomas.

c) Se reduciría la carga de trabajo del Tribunal Supremo.

17 - Aun existiendo dudas sobre su legalidad, como apunta MONTERO AROCA: *La reforma de las Salas de lo Civil y Penal*, "Revista del Poder Judicial", n° 24, Diciembre 1991.

d) Correlativamente, se aumentaría la carga de trabajo –por ahora considerada insuficiente– de las Salas de lo Civil y Penal.

Por lo que respecta a los *inconvenientes*, cabe apuntar la fractura más que posible de la unidad jurisdiccional que el actual artículo 123 CE confiere al Tribunal Supremo, posibilidad excluida incluso por los constituyentes que postularon la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia, y el previsible *caos* que se podría formar ante la presencia de diecisiete tribunales *supremos* con la posibilidad –mejor dicho, certeza– de decisiones contradictorias. Entiendo igualmente que esta posibilidad tampoco se desvanecería del todo con la atribución al Tribunal Supremo de un recurso de unificación de doctrina, por la propia naturaleza y efectos de este recurso; y si se cambiaran esta naturaleza y efectos, nos hallaríamos ante un nuevo *recurso de casación de la casación*, perpetuando el problema.

V.- Las posibles respuestas.

V. A) Entresacando de los programas políticos de los diversos partidos, se pueden encontrar respuestas diversas a la cuestión de las atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia. He aquí algunas muestras:

1. *Esquerra Republicana de Catalunya* propone, junto con la creación de un *Poder Judicial Català amb un Consell Judicial de Catalunya* (en plena coincidencia con el PNV), la *Creació del Tribunal de Cassació per resoldre, en darrera instància, els recursos de processos judicials iniciats a Catalunya que completi els que té atribuïts (d)el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*¹⁸.

2. El PSOE, bajo el epígrafe *La justicia en el Estado Autonómico*, propugna las dos siguientes propuestas:

- “Los Tribunales Superiores de Justicia desarrollarán una función casacional *en todas las ramas del Derecho Autonómico*”.

- “La casación recuperará su condición de recurso extraordinario para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo”.

3. El P.P. se limita a decir: “En particular dotaremos de *amplias competencias civiles a los Tribunales Superiores de Justicia* de las Comunidades Autónomas y haremos del Tribunal Supremo y del recurso de casación un instrumento cada vez más eficaz para garantizar la interpretación uniforme de las leyes en toda España”.

18 - Capítulo 3.4 del Programa electoral.

V. B) Aparte de esas propuestas de partido, en teoría la materia de la atribución de la casación a los Tribunales Superiores de Justicia puede tener –por todo lo dicho hasta ahora– estas diversas respuestas:

1. Dejar las cosas como están (que tiene en su favor el dicho ignaciano¹⁹, *En tiempo de desolación nunca hacer mudanza*, pero tomando el consejo completo, puesto que San Ignacio sigue así: *mas estar firme y constante en los propósitos y determinación en que estaba el día antecedente a la tal desolación*²⁰).

2. La atribución de la casación respecto de toda la legislación autonómica. En todo caso, al no tratarse de *Derecho común del Estado*, creo que no puede sostenerse con absoluta intransigencia que no fuera posible la atribución de la casación sobre estos asuntos a los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, porque, al menos en principio, no está directamente amenazada la unidad jurisdiccional respecto de las normas emanadas directamente del Estado.

3. Dado que la dotación de carga casacional *por arriba* a los Tribunales Superiores de Justicia, por las razones apuntadas, parece problemática, se podría dotar de carga competencial de trabajo *por abajo*. Esta era la solución que apuntaba el mismo ROCA JUNYENT en la famosa sesión constituyente de 16 de junio de 1978 cuando decía:

“Cuando quizá yo he provocado una interpretación defectuosa ha sido al decir que para nosotros esto podía suponer recuperar lo que fue, desde el punto de vista de la simbología y nunca de la traslación mecánica (porque las cosas han variado suficientemente como para que esto no sea posible), el Tribunal de Casación en Cataluña. *Tengo que decir que muy posiblemente la punta de la pirámide en esta competencia será inferior, y posiblemente también que la base será muy superior*”²¹.

Sin embargo, cuando se habla de la *ampliación de competencias en materia civil*, me parece que no habría otra solución que extraerlas *de abajo*, es decir, de las Audiencias Provinciales. Pero de este modo estaríamos desnaturalizando tanto a las Salas de lo Civil y Penal como a las mismas Audiencias.

4. En materia civil –y aún penal– se podría pensar en la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de recursos de apelación *extraordinarios*

19 - Evidentemente, de forma analógica, por cuanto San Ignacio se refería a la sequedad espiritual.

20 - *Ejercicios Espirituales*, 318 (5ª regla), *Obras Completas*, B.A.C., Madrid, 1982, p. 280.

21 - *Diario de Sesiones*, cit., p. 3407.

frente a determinadas sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, similares en su configuración formal al actual recurso *de apelación* contra las sentencias del Tribunal del Jurado. Esos recursos *extraordinarios de apelación*, con motivos tasados y con cuidadosa selección de materias, se podrían configurar de modo que prácticamente cerraran las puertas a la auténtica casación ante el Tribunal Supremo.

VI.- Conclusión.

En cualquier caso, antes de atender a las posibles soluciones, sería muy importante aclarar qué problema se pretende resolver: si la *sobrecarga de trabajo* del Tribunal Supremo; o la *escasa carga de trabajo* de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; o la cuestión de la doble instancia penal; o si se trata –como en ocasiones parece– de una nueva vuelta de tuerca en la *reforma constitucional de la organización del Estado*. A problemas distintos soluciones distintas.

Y añadido yo –y perdónenme la licencia de parafrasear a Eugenio d’ORS–: *Los experimentos, con gaseosa*.

Muchas gracias.

IX.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO

RESERVAS HEREDITARIAS Y DERECHO CIVIL BALEAR

La reserva lineal y la reserva ordinaria o vidual –reguladas en los artículos 811 y 968 a 980 del Código civil respectivamente– se han considerado siempre de aplicación en nuestras Islas; y hoy pocas dudas puede haber de ello, a la vista de la referencia que el artículo 43 de la Compilación hace al artículo 811 del Código civil, y de la sentencia 3/2010 de 25 de Mayo de la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia, que declara la vigencia de la reserva vidual u ordinaria dentro de nuestro sistema jurídico.

Pero el Derecho autonómico comparado y, en particular el artículo 182 de la ley 2/2006 de 14 de Junio de Derecho civil de Galicia, y el artículo 411-8 de la ley 10/2008 de 10 de Julio del Parlament catalán, eliminan totalmente las reservas sucesorias hasta entonces vigentes.

En estas circunstancias, parecía idóneo estudiar en profundidad el tema, para determinar si nos decantábamos también por la eliminación de las mismas, o entendíamos que su inserción dentro de nuestro sistema sucesorio respondía a unas finalidades y objetivos merecedores de respeto y conservación.

El trabajo efectuado por la Comisión Académica de Derecho Privado muestra la magnífica ponencia que sobre el tema realizó el Académico Ilmo Sr. D. Carlos Jiménez Gallego, que incluye así mismo un proyecto de nueva regulación, para finalizar con las actas de las sesiones en las que se debatió la ponencia presentada, en las que intervinieron los Académicos Ilmos Sres. Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, D^a María Pilar Ferrer Vanrell, D. Jaime Ferrer Pons, D. Tomás Mir de la Fuente, D. Bernardo Cardona Escandell, además del Ponente D. Carlos Jiménez Gallego y del coordinador de los trabajos D. Miquel Masot Miquel; y remitieron informes los Académicos de Menorca i Eivissa Ilmos Sres. Josep María Quintana Petrus y José Cerdá Gimeno respectivamente.

Con este estudio, la Comisión Académica de Derecho Privado ha seguido la senda iniciada en trabajos anteriores, en los que se han abordado temas relacionados con nuestro Derecho civil propio, como son los contratos sucesorios, el sistema legitimario y las medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad.

PONENCIA Y PROYECTO

Carlos Jiménez Gallego

Sumario:

Introducción.

I.- Las reservas en el Código Civil.

II.- Panorama de Derecho comparado español.

III.- Derecho aplicable en Baleares.

IV.- De lege ferenda.

Introducción.

La reserva impuesta al viudo o viuda que contrae nuevo matrimonio es, como sabemos, una institución que nos ha llegado, en lo esencial, del Derecho romano post-clásico y justiniano, si bien en elementos accidentales ha ido siendo retocada por el Derecho histórico. Y la reserva llamada “lineal” es una creación ex novo del Código Civil de 1889, que fue aceptada por los Derechos especiales o forales e incluso se reguló en algunas Compilaciones. Desde hace años, sin embargo, tanto una como otra son cuestionadas por diversos juristas teóricos y prácticos. Las críticas no se han dirigido sólo a elementos accidentales, sino a la propia subsistencia de estas figuras, y han encontrado acogida en algunas reformas legislativas.

En estas notas se trata de informar sobre la evolución de la legislación en el Derecho Común y en los diversos Ordenamientos autonómicos y, en vista de la regulación derogada y la vigente, de sus aciertos y de los problemas que plantean, de su aplicación o no en los Derechos distintos del común, especialmente en el balear, y de la práctica vivida en Mallorca por quien suscribe, suministrar elementos de juicio para decidir si conviene mantenerlas, reformar la normativa o suprimirlas.

No es éste el lugar para hacer un estudio detallado sobre estas instituciones; simplemente se reseñará la regulación, los principales problemas que plantea y algunas soluciones que se han dado por jurisprudencia y doctrina.

Sobre la naturaleza jurídica de las reservas se ha escrito muchísimo y en general con bastante abstracción. Se ha hablado, entre otras cosas, de derecho de usufructo, de fideicomiso condicional (si cum liberis decesserit), de propiedad del viudo/a sujeta a condición resolutoria, expectativa de los reservatarios protegida jurídicamente, etc.

Creo que no corresponde aquí entrar en esta materia. Baste decir que siempre he preferido seguir la tesis de que no hay por qué intentar encajar unas instituciones en el molde de otras. Tampoco soy partidario de dar conceptos generales (¿para extraer consecuencias de ellos o simplemente para describir?) sino de ir explicando los efectos jurídicos que establece la Ley en cada caso. De todas formas, ya desde mis tiempos de opositor sigo la sencilla y fundamentada tesis de Vallet de que se trata de frenos o limitaciones a la facultad dispositiva, y por tanto, algo que se puede conseguir de diversas maneras. Si las finalidades que se pretenden conseguir con las reservas pueden conseguirse también, con éxito suficiente, por la vía de utilizar otras figuras jurídicas es algo que se comentará más adelante.

Me parece inevitable tener que hacer una mínima referencia al Derecho romano para comprender mejor la regulación actual.

La reserva impuesta a la viuda que contrae segundas nupcias aparece recogida en una lex atribuida a los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio fechada el año 382 (lex Feminae). Se recogió (parece que con alguna interpolación) en la Compilación de Justiniano como la ley nº 3 del libro V del Codex (el dedicado al matrimonio y la tutela), título IX (dedicado a las segundas nupcias, que consta de once leyes). Se trata de una extensa ley, que impuso a la viuda que tras el año de luto pasaba a segundo matrimonio (porque si se casaba antes de transcurrir el año perdía todos los bienes que hubiera conseguido de su primer marido, incluso por derecho de esponsales y por última voluntad) y tenía hijos del primero, que transmitiera íntegros (“..id totum ita ut perceperint, integrum ad filios quos ex praecedente coniugium habuerint, transmittant”) todo lo que hubieran recibido de sus anteriores maridos (el texto aparece en plural) por derecho de esponsales, por la solemnidad de las nupcias, por donaciones mortis causa, por testamento, fideicomiso, legado o por cualquier liberalidad a dichos hijos. La bñuba podía elegir libremente entre los hijos de ese primer matrimonio, pues la ley decía que se transmitirían a los hijos pero añadía “vel ad quemlibet ex filiis... in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit”. A continuación se decía que la bñuba no tenía facultad de disposición a favor de persona extraña (o sea, que no fueran dichos hijos), teniendo la facultad de poseer y disfrutar dichos bienes hasta el término de su vida (“possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam alienandi”). Si disponía a favor de persona extraña, los mismos bienes debían ser reintegrados para que fueran adquiridos por los hijos.

También dispuso que si la bñuba adquiría (habiendo contraído ya segundas nupcias) por testamento o abintestato bienes de un hijo del primer matrimonio tenía que dejarlos a los demás hijos de ese primer matrimonio, defiriéndose a ella la sola posesión de esos bienes hasta el fin de su vida (“in diem vita pro sibi debita portione sola tantum possessione delata”).

Pero finalmente añadía que si no había “successionem” (que aquí sólo tiene sentido traducir por “descendencia”) del primer matrimonio o todos los nacidos del primer matrimonio hubieran muerto, “pleno proprietatis jure obtineat” y tenga libre facultad para testar a favor de quien quisiera.

Un régimen análogo se estableció por una Ley del año 439 para los bñubos, con igual facultad del padre de hacer la división de los bienes entre los hijos o elegir a quien quisiera.

El Codex también recoge otra norma distinta, sobre las donaciones por razón de matrimonio, ya hubieran sido hechas por el marido ya por tercero, para disponer que la propiedad se separa siempre de la mujer y se distribuye entre los hijos por igual (“non arbitrio parentis permittitur”).

De todo esto puede extraerse, entre otras cosas:

- Que se habla de poseer y disfrutar por la viuda, pero también es cierto que la viuda es pleno propietaria si no hay descendencia del primer matrimonio,

por lo que concluir que el derecho de ésta es un usufructo es precipitado, máxime porque se ordena a las bínubas que “transmittant” o “relinquant” los bienes a los hijos del primer matrimonio; no es muy lógico usar estas palabras si los bienes pasaran directamente del primer cónyuge a los reservatarios.

- Que la Ley no menciona ni se remite a otras Leyes o doctrina referentes a fideicomisos ni sustituciones hereditarias. Como ocurre en el Derecho romano, no se usan conceptos previamente elaborados doctrinalmente para remitir a ellos los efectos jurídicos.

- Que se refiere a bienes del primer marido o de hijos del primer matrimonio. No se contempla el caso de bienes recibidos de otros parientes. Tampoco puede referirse a la dote ni a donaciones por razón del matrimonio. En todo caso, obsérvese que la reserva sólo afecta a bienes adquiridos por título lucrativo y que se da en casos en que falta una voluntad que haya señalado la trayectoria futura de los bienes. No está claro en las fuentes qué ocurría si el primer causante hubiera establecido una reglamentación del destino de los bienes en caso de segundas nupcias del cónyuge sobreviviente; en la regulación de fideicomisos no parece haber prevenciones contra la bínuba.

- Que el tránsito de los bienes reservables de la bínuba a los reservatarios no se precisa, por lo que podrá realizarse por cualquier título (gratuito), lo mismo que el reparto desigual o elección de reservatario. También parece que la facultad de elección no tiene limitaciones

- Que parece indudable un contexto “social” que no ve con agrado las segundas nupcias, y ello influye en la elección de algunas palabras (ej. “matre iam secundis nuptiis funestata”) pero creo que ello es un motivo muy mediato de la norma, al igual que sólo puede ser un motivo muy mediato de la *lex Hac Edictali* (que pretende en realidad proteger a los hijos del primer matrimonio) recogida en este mismo título del *Codex* como ley 6.

Esto lleva a plantear cuál era realmente la finalidad de la reserva, que es algo sobre lo que se discutió en los siglos posteriores sin alcanzarse consenso. Podemos señalar las dos tesis principales: la protección a los hijos del primer matrimonio y la presuposición de que la voluntad del primer causante respecto del destino de los bienes era la misma que se pretendía conseguir con la reserva. Yo creo que el fundamento de la reserva estaba más en la segunda que en la primera, pues la primera finalidad ya se conseguía con la *lex Hac Edictali* ya que la bínuba no podía recibir más que el menos favorecido de los hijos del primer matrimonio, y esto se refería no sólo al caso de sucesión *mortis causa* sino también a dotes y donaciones, que aunque estaban éstas últimas prohibidas entre cónyuges a veces se consolidaban por muerte, como la propia *lex* reconocía. La protección a los hijos del primer matrimonio se daba también con la reserva, pero ello parece un fin más mediato o más indirecto.

Una de las *Novellae Constitutiones* de Justiniano (la n° 22, de gran

extensión, pues consta de 98 capítulos y se refiere en general a las nupcias) modificó en algunos accidentes las obligaciones impuestas por *lex Feminae*. En el capítulo XXIII se habla de usufructo (“*solum ei derelinquens usumfructum*”) y en el XX y XXV se impone tajantemente un reparto igual entre los hijos, aunque con escasa justificación: “*omnes enim secundis similiter exhonorati sunt nuptiis*”, o: “si es un premio que va a ellos por virtud de la ley, no sea alterado” aunque esta alteración tiene una importante excepción en caso de ingratitud; ingratitud que tiene que apreciarse respecto de padre y madre, no sólo respecto del primero que murió, según el cap. XVI (“*circa ambos parentes, aut omnino circa posterius morientem factus aperte monstratur*”).

Vallet dijo (en los “Comentarios” dirigidos por el prof. Alabaladejo), que también en ese régimen “parece muy dudoso que el derecho del reservista pudiera calificarse con exactitud técnica de mero usufructo”, sobre todo al ver la eficacia de las enajenaciones si no subsistían hijos del primer matrimonio o la pérdida de derechos del hijo ingrato con el bínubo. La reserva se parece más al fideicomiso condicional “pero con evidente diferencia en los supuestos de ingratitud”. La tesis del fideicomiso tuvo mucho peso a la hora de redactarse la Compilación catalana de 1960.

I.- Las reservas en el Código Civil.

Nos referimos al Código con más detenimiento que a los otros Derechos civiles porque es la regulación que también se aplica en Baleares, aunque por algunos se haya cuestionado, si bien se ha tratado de una opinión muy minoritaria que además ha sido rechazada por los Tribunales, como luego se dirá.

a) La reserva viudal.

El Código Civil regula la reserva ordinaria, viudal o binupcial, en los artículos 968 a 980 inclusive. La redacción originaria de 1889 fue modificada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que modificó los artículos 971, 973, 975, 978.1º y 980, para adaptarlos a la nueva regulación de la filiación, y por la Ley 21/1987, de adopción, que modificó el art. 980, para eliminar la referencia a la adopción plena. Desde entonces no ha habido ningún cambio normativo.

Esquema básico de la regulación.

Es reservista el viudo/a que pase a segundo o ulterior matrimonio y tenga descendencia del primer matrimonio –o anteriores matrimonios–, así como el viudo que durante el matrimonio haya tenido o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial, y el viudo que adopte a otra persona, salvo que el adoptado sea hijo del cónyuge de quien descienden los reservatarios.

Son reservatarios los hijos y descendientes del primer matrimonio, conforme a las reglas de la sucesión intestada, si bien el reservista puede

utilizar la facultad de mejorar. La reserva se extingue si al morir el viudo/a reservista no hay hijos ni descendientes del primer matrimonio.

Son reservables todos los bienes que el viudo/a haya recibido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; también, los bienes adquiridos por esos títulos de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio (salvo que se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o madre sabiendo que estaban segunda vez casados) y los que haya habido de los parientes del difunto “por consideración a éste”. En el caso de bienes recibidos de los hijos se suele entender, creo que con acierto, también incluidos a los descendientes ulteriores (como transmitentes) ya que éstos son tomados en consideración en otros artículos de la sección dedicada a las reservas. A mi parecer, esto último no es extender el ámbito de aplicación de normas excepcionales (como serían las reguladoras de la reserva, según algunos) sino meramente interpretar la norma utilizando los medios hermenéuticos usuales (incluido la lógica y el sentido común), que llevan a concluir que la norma dice algo más de lo que resulta de su estricta literalidad. En caso de donaciones o actos entre vivos equiparables, da igual si se han realizado antes o después de fallecer el primero de los cónyuges; la reserva no rige en el solo caso de que el donante ya supiera que su padre o madre está de nuevo casado.

Los efectos de la reserva son, para el reservista:

- Obligación de asegurar a los reservatarios el valor de los inmuebles enajenados antes de contraer segundas nupcias.

- Obligación de no enajenar los inmuebles reservables después de haber contraído segundas nupcias. Esta enajenación, si se hiciere, sólo subsiste si al fallecer el reservista no hay reservatarios, sin perjuicio de que se aplicarán las normas de protección de terceros de la Ley Hipotecaria. En caso de que la enajenación resulte inatacable, el reservista tiene obligación de reservar el valor.

- Obligación de indemnizar el valor de los bienes muebles enajenados tanto antes como después de contraer segundas nupcias

- Obligación de garantizar con hipoteca la restitución de los muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de la muerte del reservista, el abono de los deterioros que se causen por culpa o negligencia del reservista, la devolución del precio o valor de los muebles enajenados y el valor de los inmuebles válidamente enajenados.

Principales cuestiones dudosas que se plantean:

Las siguientes cuestiones no pretenden agotar toda la problemática de esta reserva, sino sólo señalar los puntos que se cree que deben ser tenidos en cuenta a efectos de redactar la propuesta de regulación que se reseña al final de este trabajo.

1)- Acerca del reservista se plantea la cuestión de que hay situaciones personales parecidas en las que no nace la reserva: ¿habrá que incluir todos los supuestos de disolución del matrimonio y/o equiparar al matrimonio la unión de hecho, ya esté regulada o no?

Vamos a citar distintos casos posibles que pueden darse:

- El divorciado que contrae nuevas nupcias.

Se ha defendido la aplicación de la reserva por analogía (ej. el prof. Lacruz, el Notario Juan José Rivas; también Vallet, en los “Comentarios al CC y compilaciones forales” aunque lo dijo casi “de pasada”).

En mi opinión, alegar la analogía no es del todo convincente. La reserva implica una grave limitación a las facultades dispositivas y excepciona las reglas sucesorias generales. No es que defienda una aplicación restrictiva de las normas de las reservas, pues no hay por qué impedir las consecuencias a que naturalmente lleva la utilización de los diversos métodos de interpretación; simplemente creo que estamos más en el ámbito del art. 4.2 CC que en el del art. 4.1. Pero hay otra razón que me parece más convincente: en el caso de divorcio, la situación patrimonial entre los antiguos cónyuges queda revisada y establecida para el futuro en el convenio regulador, ya sea acordado por los cónyuges o impuesto por el Juez en defecto de acuerdo, por lo que si en el convenio nada se establece sobre el destino de los bienes que podrían ser reservables, es porque el cónyuge de quien proceden los bienes así lo consiente, pudiendo haber reaccionado contra ello. O sea, en caso de divorcio, el cónyuge de quien proceden los bienes sigue vivo y puede reaccionar y tiene medios para hacerlo (distinto será que el Juez lo apruebe, pero esto es otro tema, y en todo caso habrá una actuación judicial interpuesta); es decir, no se da el caso de que es imposible, como lo es en el caso de muerte, que la voluntad del cónyuge primer transmitente actúe. Me parece que esta imposibilidad de que se manifieste de forma eficaz la voluntad del cónyuge primer titular de los bienes es uno de los pilares de la reserva, tanto en el Derecho histórico como en el actual. El hecho de que uno de los ex cónyuges fallezca antes de que el otro ex cónyuge contraiga nuevo matrimonio no cambia la cuestión (no se pueden equiparar la muerte y el divorcio). Si examinamos los distintos casos que pueden darse de transmisión de un cónyuge al otro, la cuestión espero que se aclarará aún más: la sucesión de un cónyuge al otro por testamento puede ser fácilmente evitada cambiando el testamento ya hecho (será algo normal habiendo un divorcio por medio); si no se cambia, me parece excesivo obligar al cónyuge “reservista” a reservar, cuando ni su excónyuge ni la Ley (al menos con claridad) lo imponen; la sucesión intestada de un cónyuge a otro habiendo hijos será algo excepcional, pues exige la repudiación de todos los descendientes (o que se den otros supuestos aún más raros, como indignidad de todos), pero es que además ha podido ser fácilmente evitada por el cónyuge que transmitió los bienes (simplemente haciendo testamento) y en todo caso un cónyuge no heredaría abintestato al otro si hay separación de hecho o de derecho (art.

945 CC). Sólo queda el caso de las donaciones (o actos de liberalidad equiparables) ya hechas; pero aquí hay que distinguir: si se trata de donaciones por razón de matrimonio, podrán ser revocadas si se dan los requisitos del art. 1343 CC (aunque este artículo es mejorable); si no, la revocación es cierto que está mucho más restringida, pues tendrá que encajarse en uno de los supuestos generales de los arts. 644 y ss CC (que también podrían ser modificados). Pero es que repetimos que el mantenimiento de estas transmisiones tiene que pasar por el tamiz del convenio regulador o medidas judiciales subsidiarias. Se puede contra-argumentar que la reserva no nace con el divorcio ni en general con la disolución del matrimonio, sino con un nuevo matrimonio, pero esto no disminuye la fuerza del razonamiento anterior; el caso es que si hay disolución del matrimonio no causada por la muerte, ha habido ocasión para impedir (o al menos intentarlo, aunque creo que en buena medida se puede conseguir) que se dé en el futuro la situación que la reserva regula.

- Los cónyuges que formaron un matrimonio nulo. En este caso parece haber bastante consenso en que la reserva se produce si hay nuevo matrimonio de uno de los ex cónyuges (y el otro ya falleció), pues según el art. 79 CC no se invalidan los efectos del matrimonio –declarado nulo– ya producidos respecto de los hijos de ese matrimonio, de forma que al progenitor “soltero” (tras la nulidad) se le considera a este efecto “viudo” si la persona con quien casó (cuyo matrimonio se declaró nulo) fallece. Lo que tal vez podría pensarse, de lege ferenda, es la no aplicación de la reserva a este supuesto, pues en la tramitación de la nulidad también habrá convenio regulador o medidas judiciales subsidiarias.

- El viudo que lleva vida marital, ya sea pareja estable regulada legalmente o no. Este supuesto cabe en el art. 980 CC, si hay un hijo de esa relación (o de otra relación ocasional), pero la reserva en tal caso no nace desde el momento de inicio de la relación de pareja, sino desde el nacimiento de este hijo.

- El separado, judicialmente o de hecho, o el cónyuge cuyo matrimonio se declaró nulo (pero cuyo otro excónyuge todavía vive), que pasa a llevar vida marital, ya sea pareja estable regulada legalmente o no, si hay un hijo de esta nueva relación o de otra relación ocasional. Estos casos no caben, en principio, en el art. 980 CC. Sobre si procede o no la aplicación analógica de la reserva, se pueden alegar razones parecidas a las del caso de divorcio.

- El conviviente de una pareja estable (ya sea pareja regulada legalmente o no) que contrae matrimonio o que inicia una nueva pareja estable, si de la primera relación hay hijos. Este caso tampoco cabe en el art. 980 CC. Me inclino asimismo por la no aplicación de la reserva porque el conviviente que transmitió los bienes sigue vivo y puede reaccionar de diversas maneras. No obstante, quizá habrá que examinar si a esa relación de convivencia se le aplica alguna regulación autonómica que dé a las parejas estables que cumplan ciertos requisitos efectos iguales o similares a las parejas casadas, porque entonces, en caso de disolución de la pareja por muerte de uno de ellos (sólo en

este caso, por lo que llevamos dicho) se podría defender que el “viudo/a” se convierte en reservista. Nos referiremos a esto al comentar el caso de Baleares.

En todos los casos que acabamos de comentar el transmitente de los bienes es el cónyuge. En caso de bienes dados por hijos del primer matrimonio o por parientes, dichos hijos o parientes tienen parecidas posibilidades de reaccionar contra la transmisión por ellos realizada al “reservista” (aunque en cuanto a la revocación de donaciones sería conveniente darles por Ley una facultad de revocación más clara) siempre que el divorcio, la separación o la convivencia de hecho del reservista se produzcan antes de su muerte. El caso es distinto si el transmitente muere antes. En mi opinión, éste es el supuesto en que más cabría defender la aplicación analógica de la reserva, porque el primer causante no tiene manera de reaccionar o bien, de lege ferenda, suprimir ésta. De todas formas, para decidir sobre la supresión hay que valorar adecuadamente los diversos intereses en juego: por un lado, están los hermanos (y eventualmente los sobrinos, si ha de operar el derecho de representación) del primer transmitente, que serían los reservatarios; por otro, los sucesores del reservista (entre los que es posible que figuren los anteriores, aunque también puede que no sea así) y en definitiva el propio reservista con sus facultades dispositivas limitadas más de lo normal si hay que proteger el interés de los reservatarios, o limitadas sólo como en cualquier sucesión con hijos (si no hubiera reservatarios); y por otro lado está la presumible voluntad del primer causante, que creo es lo más importante a tener en cuenta: ¿a quién hubiera preferido: a sus hermanos o a quien su padre o madre libremente elija como sucesor? Probablemente nos inclináramos a favor del criterio del padre o madre, pero si éste/a queda viudo/a y posteriormente se casa, creo que el primer transmitente preferirá asegurar los bienes a sus propios hermanos. Esto ya es así de lege data y seguramente no debe cambiarse. La cuestión es ahora si en vez de muerte, los padres del primer transmitente, una vez muerto éste, se divorcian o se separan. En mi opinión este interés es atendible, y creo que la reserva debe aplicarse por analogía. Si no se recurre a la analogía, sólo cabe reaccionar en los casos en que la primera transmisión hubiera sido una donación y pueda calificarse como donación por razón de matrimonio, lo que quizá no es fácil, si no se dijo así expresamente; pero si se dijo, la acción, por tratarse de revocación por incumplimiento de cargas, es revocable con efectos reales (art. 647 CC) y la acción parece incluso transmisible a los herederos de los reservatarios.

En contra de todo lo dicho, cabría alegar que, dado que el matrimonio hoy es, legalmente, tan parecido a una unión de hecho, todo debiera tratarse como si fuera unión de hecho; o sea, prescindir de la reserva. Pero es que, como se dirá en los siguientes párrafos, creo que la reserva trata más bien de asegurar el cumplimiento de la voluntad de un transmitente de bienes, no de proteger a los hijos de un matrimonio.

Hoy por hoy, para evitar problemas, lo mejor sería prever el caso en el

testamento o donación, estableciendo una reglamentación convencional, como por ejemplo una sustitución fideicomisaria en el testamento o una cláusula de reversión de la donación (art. 641 CC).

La vigencia de la reserva se vuelve a replantear por la posible inconstitucionalidad debido a provocar una desigualdad injustificada entre hijos. Así, se ha dicho que si el fundamento es proteger a los hijos del matrimonio anterior y sólo a ellos, se crea una discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, pues resulta que sólo los hijos matrimoniales pueden ser reservatarios y no lo serían los hijos habidos de una unión no matrimonial. La Ley puede dar efectos jurídicos distintos a las personas en función de si se casan o no, “pero esta diferencia de regulación no puede implicar una diferencia de trato respecto de los hijos” (González Bou). Este autor añade “Y decir que la reserva no tiene por objeto proteger a los hijos en general sino evitar que los bienes salgan de un determinado ámbito familiar supone ignorar que el único fundamento que puede tener hoy esa institución es presumir que la voluntad del causante, con independencia de su estado civil, es la de proteger a sus hijos, y para mantenerla es imprescindible superar la interpretación literalista.”

Por otro lado, también se ha dicho que en el caso de padre o madre divorciado y vuelto a casar, los hijos del primer matrimonio no tienen derecho a la reserva, pero la tendrían si el padre o madre hubiera muerto.

Vallet dijo que el fundamento, como alegaron muchos autores en el Derecho histórico, estaba y está en la presunta voluntad del cónyuge que transmitió los bienes al reservista; no en la protección a los hijos del primer matrimonio (aunque este motivo también fue alegado por autores diversos) pues para ello ya estaban las legítimas y la *Lex Hac Edictali*, y menos aún por el castigo a la injuria que supondría para el cónyuge premuerto unas nuevas nupcias del sobreviviente, que calificó de “opinión está aislada y superficial” (opinión que hoy por cierto sería muy difícil mantener).

Hoy ya no tenemos la *lex Hac Edictali*, que hasta hace poco tiempo se recogía en el art. 253 de la Compilación catalana de 1960 (que fue declarado inconstitucional por el TS) y 53 de la Compilación balear de 1961, pero la protección a los hijos se sigue obteniendo con las legítimas. En mi opinión, las legítimas sí son una norma cuyo fundamento y efecto directo es la protección de los hijos (o de otras personas que sean legitimarios) pero no lo es la reserva. Con la reserva se consigue, esto no se puede negar, una protección a los hijos del primer matrimonio, pero esto es un efecto secundario, como de rebote, pues me parece de mucho mayor peso la tesis de la presuposición de la voluntad del primer causante.

Por ello, no creo que la cuestión sobre el mantenimiento de la reserva tenga que ser la constitucionalidad o no de la misma; creo que la reserva no crea una discriminación injustificada entre hijos, sino que se limita a señalar

el camino que deben seguir unos bienes en ciertos casos en que la persona de quien provienen no ha podido señalarlo por no prever un evento (nuevas nupcias de su cónyuge) que ha tenido lugar tras la muerte, y frente al que, por tanto, le es totalmente imposible reaccionar. En esto me parece que está la piedra de toque que diferencia de manera suficientemente importante (para evitar que se hable de discriminación injustificada) el caso del bínubo cuyo anterior cónyuge murió y el del bínubo divorciado o separado o el del mero conviviente.

Por otro lado, no niego que puede haber dificultades de encaje desde que se introdujo legalmente el principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación, y no se modificaron otras instituciones, como las reservas. Pero el debate es un debate de legalidad ordinaria, no constitucional. Y la solución no tiene por qué ser la eliminación de las reservas, pues atienden a intereses que continúan siendo legítimos. El desencaje se soluciona, por ejemplo, dando la posibilidad clara de revocación de donaciones (tanto al cónyuge como a los hijos y demás parientes que donaron) en los casos de crisis matrimoniales.

2)- La determinación de los reservatarios ¿se hace al tiempo de fallecer el reservista o el primer causante? Del art. 971 CC parece que deducirse que son los que existan al tiempo de fallecer el reservista. También lo estableció la STS de 14 de enero de 1911 (los reservatarios adquieren su derecho al fallecer el reservista y no antes). Este criterio de determinación parece ser también el criterio del Derecho histórico.

En todo caso, para ser reservatario hay que ser hijo del primer matrimonio, no basta serlo sólo del cónyuge premuerto. Lo que ocurre es que si ha de aplicarse el derecho de representación (por premoriencia de un hijo reservatario) pasarán a ser reservatarios los descendientes de éste, ya sean o no matrimoniales.

3)- Bienes reservables recibidos de parientes del difunto: se ha entendido, y es opinión mayoritaria, que debe aplicarse el límite de la sucesión intestada. Sin embargo, esto me parece una arbitrariedad: ¿por qué se va a poner esta frontera si se trata de bienes donados por un pariente del difunto “en consideración a éste”? En el comentario a este artículo del Magistrado D. Alfonso Villagómez (en la obra “Comentario del CC” dirigida por Ignacio Sierra) no se descarta esta tesis: “al decir el precepto parientes, también podría comprender a todos sin distinción alguna, con lo que cabe poder incluir a los más remotos”.

El problema mayor que plantea este artículo es cómo se probará que los bienes se han dado en consideración al difunto, pues ello parece un móvil psicológico (que por cierto tendrán que alegar y demostrar los reservatarios). Pero esto es una cuestión de prueba. Quizá por este motivo las Compilaciones que regularon la reserva no incluyeron este supuesto.

4)- Si son reservables los bienes en propiedad recibidos por el viudo/a en caso de conmutación del usufructo vidual. Parece que no, si su valor no excede el del usufructo, pues de otro modo el viudo saldría perjudicado (recibe el mismo valor que el usufructo, pero con las limitaciones de la reserva). Sería reservable el exceso (o el valor de éste).

Otras muchas dudas se plantean referidas a la posición jurídica del reservista y de los reservatarios:

5)- Obras realizadas por el reservista: se aplicarán las reglas de liquidación del estado posesorio, a falta de otra regulación específica. No creo que pueda acudirse a la doctrina del enriquecimiento injusto, que es algo aplicable en defecto de cualquier otro remedio legal, según jurisprudencia consolidada, que sólo ha acudido a este remedio cuando resulta imposible el resarcimiento por cualquier otra vía.

El único Derecho que contiene normas sobre esta cuestión es el vizcaíno, que aplica una solución distinta, cual es indemnizar el valor actual. Pero no parece posible aplicar esta regla por analogía en otros Derechos.

6)- Enajenaciones del reservista tras haber nacido la obligación de reservar: ¿sólo está protegido el adquirente que reúna los requisitos de la LH (art. 34 o eventualmente 37) o también todo adquirente a título oneroso de buena fe? El CC remite a la LH, pero cabe preguntarse qué ocurre si la reserva no constaba en el Registro y el tercero no inscribe. Creo que la remisión del CC no tiene por qué evitar la aplicación de las reglas generales de protección a terceros en caso de falta de inscripción. No hay que hacer de peor condición al tercer adquirente si se ve afectado por una reserva que si su adquisición se ataca por causa distinta.

Otra cuestión que se ha planteado es si el reservista puede enajenar con consentimiento de los reservatarios. Se ha entendido que sí, pues se puede determinar quiénes son los reservatarios en ese momento, y no habrá más reservatarios que ellos (pues se trata de hijos del anterior matrimonio); salvo que opere el derecho de representación, pero la renuncia es por sí y por toda la estirpe, ya que no hay derecho de representación en la renuncia; ley 277 navarra lo permite, con el consentimiento de los que en ese momento son reservatarios. Y lo mismo debe entenderse en el CC. La autorización no implica per se renuncia a la condición de reservatarios; la reserva recaerá sobre los subrogados. En todo caso, habría que acreditar de manera indubitada quiénes son los reservatarios (el medio notarial adecuado será un acta de notoriedad).

7)- Cuál es el alcance de la facultad de mejorar por el reservista. Sobre esto ha habido opiniones para todos los gustos. Se ha dicho que la facultad de mejorar alcanza a todos los bienes reservables (pues éstos se equiparan a la mejora), a los dos tercios (considerando que la parte libre de la herencia más la mejora suman dos tercios del caudal), a la mitad (considerando que

la mejora es la mitad de la legítima) o a un tercio (dado que la mejora es un tercio del caudal).

En opinión de Vallet, si no nos olvidamos que el reservista es propietario de los bienes (aunque estén afectos a la reserva) y entendemos la reserva como un freno a la libertad dispositiva, las dudas se despejan. La Ley permite que el reservista pueda disponer (en el Derecho común) del tercio libre a favor de quien quiera (y por tanto a favor de un hijo o descendiente del primer matrimonio) y del tercio de mejora a favor de hijos o descendientes (y por tanto, también a favor de un hijo o descendiente del primer matrimonio). No hay más limitaciones que el respeto a la legítima estricta de los descendientes del reservista. Respetando esto, el reservista puede distribuir los bienes reservables a favor de uno o varios reservatarios sin que haya que acudir a ninguna de las anteriores teorías.

Se podría alegar que la palabra “mejora” en el CC nunca se refiere a toda la legítima, y por lo tanto aplicada a la reserva no debiera referirse a toda ésta. Pero creo que éste es un argumento de muy poco peso y además hay que tener en cuenta que la legítima estricta de los demás hijos comunes del bínubo y del premuerto (no de los demás hijos de sólo el bínubo, claro) se calcula computando el valor de los bienes reservables.

Si esto es así, como en mi opinión lo es, lo mismo vale para los Derechos “especiales o forales” a que se aplique también el CC, tanto si hay libertad de testar, o legítima electiva, o legítima formal; también si no hay mejora y hay distribución igualitaria.

La remisión a las normas de la sucesión intestada (no a las de la legítima) ha hecho pensar a muchos que no se pueda mejorar a un nieto viviendo el ascendiente de éste que sea descendiente del causante de la reserva (reservatario). Pero parece artificioso, pues las normas de la sucesión intestada sólo se aplican en defecto de uso de la facultad de mejorar.

8)- Si la facultad de desheredar a que se refiere el art. 973 corresponde sólo al causante de la reserva o también al reservista.

Ya hemos visto como en la Compilación Justinianeana la facultad de desheredar correspondía también al reservista. Así debe entenderse también en el CC: hay argumentos literales (los arts. 971, 972 y 973.1 usan las mismas palabras que el 973.2 referidas al reservista, no al primer causante), contextuales (en el caso del art. 969 los bienes reservables no proceden del cónyuge premuerto), de antecedentes históricos y también finalistas (¿cómo no va a poder reaccionar el reservista frente a una mala conducta de los reservatarios? La facultad de mejorar puede no ser medida suficiente). También puede alegarse la tesis de que los reservatarios suceden realmente al reservista, pero creo que no hace falta basarse en esto cuando de la propia Ley resultan otros argumentos suficientes. Esta es la opinión mayoritaria en la doctrina. Roca Sastre fue uno de los autores insignes que no la compartió

(porque entendía que la reserva era una sustitución fideicomisaria).

9)- Responsabilidad de los bienes reservables por deudas del causante de la reserva y/o del reservista. Los acreedores son siempre preferentes a los sucesores mortis causa o entre vivos a título gratuito. Si el reservista tiene deudas, los bienes reservables responden de ellas; los reservatarios suceden en el sobrante. Respecto de las deudas del primer causante habrá que examinar el título de transmisión al reservista: si es por herencia, el reservista responderá con los bienes reservables como heredero; si es por donación, los acreedores tendrán igualmente las mismas medidas de ataque que en toda donación.

10)- No está claro a quién suceden los reservatarios: si al reservista o al causante de la reserva. Se ha dicho que esto importa para determinar la incapacidad para suceder, las indignidad, la posible desheredación, la renuncia... También se ha dicho (Emilio González Bou, en la obra "Instituciones de Derecho Privado", editada por el Consejo General del Notariado y Thomson-Civitas) que si suceden al primer causante, se abre la puerta para que éste pueda regular o suprimir la reserva en su herencia: si el fundamento es la presunción de la voluntad del causante, es lógico que el causante pueda destruir esa presunción estableciendo que no se aplique la reserva. También alega que las normas fiscales aplican el parentesco que une al sucesor con el primer causante, no con el reservista, y que si se sucede al reservista, un cambio de vecindad de éste puede frustrar la reserva.

Creo que las cuestiones citadas en primer lugar, incluida las de la posible dispensa, no dependen de la respuesta a esta pregunta. La referencia a las normas fiscales es cierta, pero el criterio de las normas fiscales no debe seguirse a la hora de dilucidar la eficacia de las normas sustantivas. La cuestión de derecho internacional privado también es cierta, como se deduce del actual art. 9.8 CC, pero ello es uno de los múltiples cambios (drásticos) que pueden producirse cuando aparecen en una relación jurídica elementos conectados con varios Ordenamientos y en todo caso es un problema que debe resolverse en el Derecho internacional privado.

Por todo lo que llevamos dicho creo más seguro entender que los reservatarios suceden al reservista. El deseo de eliminación de las reservas que manifiesta el compañero González Bou es mejor buscarlo en otros argumentos (como él también hace). Intentar forzar la interpretación del Derecho positivo para disminuir el efecto de la reserva puede llevar a alegaciones que en el fondo resultan innecesarias. En especial, para que el primer causante pueda dispensar la reserva, no hace falta decir que los reservatarios suceden a dicho primer causante.

11)- No está claro si el reservatario puede transmitir su derecho.

En general se entiende que el reservatario sólo tiene una mera expectativa y, por tanto, una serie de facultades para asegurar esa expectativa, por lo que no se entiende bien qué es lo que podría transmitir. Esta es la doctrina

mayoritaria. Algunos autores (Roca Sastre), influidos por la tesis de que la reserva es un fideicomiso condicional, fueron partidarios de la posibilidad de enajenación. Una STS de 1 abril 44 admitió el embargo, pero esto no parece contrario a lo que se acaba de decir, por cuanto parece posible (y justo) asegurar para los acreedores cualquier bien o derecho que pueda acabar en el patrimonio de su deudor.

Otra cuestión es si los reservatarios podrían ejercitar el jus delationis. Creo que si son herederos del reservista, el supuesto encaja en el art. 1006 CC. Pero si se trata de exigir el cumplimiento de la reserva, no creo que alguien que no sea reservatario pueda hacerlo, pues me inclino a pensar que este derecho es personalísimo.

12)- ¿Qué efectos tiene la renuncia de sólo alguno de los reservatarios? ¿Lo renunciado acrece a los reservatarios? Recogemos la tesis de Vallet de que esta pregunta está mal planteada, pues los reservatarios sólo pueden renunciar a las medidas para asegurar y hacer efectiva la reserva, de forma que el reservista cumple aun transmitiendo los bienes reservables a quienes hayan renunciado a la reserva (en uso de la facultad de mejorar). Lo que implica la renuncia por los reservatarios es que no podrán impugnar los actos dispositivos del reservista contrarios a la reserva.

13)- Si el cónyuge causante de la reserva puede dispensarla.

Se han dado razones a favor y en contra. En contra, se ha dicho que la reserva se establece en beneficio de los hijos, por lo cual éstos pueden dispensarla, pero no puede dispensarla el causante de la reserva; y que si se permitiera dispensar, habría peligro para la libertad del causante de la reserva por presiones del futuro reservista. A favor, se ha dicho que es cierto que se establece en beneficio de los hijos del anterior matrimonio, pero no en términos tales que la reserva se imponga a quien transmite los bienes; o que la verdadera ratio es la presuposición de que la transmisión gratuita no se habría producido si los bienes no acabaran en los hijos del primer matrimonio (si no, no se explica la excepción del 970 in fine: “sabiendo que estaban segunda vez casados”) o dicho con otras palabras, que el primer causante habría querido el efecto de la reserva si hubiera conocido el hecho que la motiva.

Me inclino por esta última tesis, aunque reconozco, dada la variedad de opiniones doctrinales y lo imprevisible de la jurisprudencia, que sólo autorizaría una escritura con una tal cláusula si se añadiera, tras la redacción de la dispensa, “si ello fuere posible según la Ley que rija la sucesión” o alguna frase similar. Por ello, sería mucho mejor tener en la Ley un apoyo más claro.

b) La reserva lineal.

La reserva lineal es objeto de regulación en el conocido art. 811, cuya regulación ha permanecido intocada desde 1889 y que ha planteado siempre muchas dudas, que sin embargo nunca se han aclarado mediante modificaciones legales.

A continuación se reseña el esquema de la regulación y (a efectos de sugerir modificaciones legales) algunas de las principales dudas que se han planteado.

1- Reservistas.

Se ha discutido si el parentesco entre el reservista y el descendiente que le transmite los bienes tiene que ser matrimonial, pero no hay razón para limitarlo una vez admitida la igualdad de las filiaciones. El reservista es la persona que puede desviar los bienes a que se refiere el art. 811, y este desvío puede hacerlo tanto si es matrimonial como si no.

Por otro lado, se ha dicho que la reforma del orden intestado de 1981 amplía tanto la posibilidad de supuestos análogos a los del 811 “que deja a éste carente de sentido” (Giménez Duart). Desde entonces, el cónyuge se ha antepuesto a los colaterales en el orden intestado, por lo que el cambio de línea de los bienes puede darse en muchos más casos que antes, ya que el cónyuge sobreviviente puede heredar directamente a su cónyuge premuerto sin mediación de un descendiente, y en tal caso no opera el art. 811. En el mismo sentido, Albaladejo comentó que debiera haberse creado un nuevo caso de reserva. No obstante, decir que el artículo queda carente de sentido no deja de parecerme una exageración, pues no se pretende evitar todo cambio de línea de los bienes, sino sólo un cambio de línea que haya sido difícil de prever.

2- Reservatarios.

Se ha planteado, tras la reforma de la filiación de 1981, si los parientes tienen o no que estar vinculados con el reservista con parentesco matrimonial. Algún autor (Puig Brutau) defendió que podía seguirse sosteniendo que sólo cabía el parentesco matrimonial, pero la mayoría entiende que es muy difícil que hoy prospere esta tesis.

El requisito del tercer grado se ha aclarado con el tiempo por la doctrina y la jurisprudencia. Hoy parece haber pocas dudas que se computa desde el descendiente que es heredado por el ascendiente reservista.

Más división hay en la cuestión de si hay un orden de preferencia entre los reservatarios: por algunos se defendió que heredan todos por igual; por otros, que heredan los más próximos en grado, como en la sucesión intestada, aunque no todos admiten el derecho de representación; por otros, que heredan los más próximos en grado, pero no conforme a la sucesión intestada, sino que los de segundo grado, aunque sean colaterales, excluyen siempre a los del tercero, aunque sean ascendientes; Vallet entendió que se aplican las normas de la sucesión intestada del reservista, y heredan los parientes que en dicha sucesión cumplan los requisitos del 811; ésta es la tesis que causa menos trastornos en la sucesión y permite cumplir la finalidad de la reserva.

El TS ha admitido (creo que con razón) la aplicación del jus delationis en caso de fallecimiento de los reservatarios posterior al reservista, pero

siempre que sean a su vez reservatarios.

El requisito de la línea de procedencia de los bienes ha dado lugar a tres opiniones doctrinales: sólo cabe hablar de línea paterna o materna; la línea ha de establecerse entre el descendiente que causa la reserva y el ascendiente o hermano de quien adquirió dicho descendiente (tesis mayoritaria); y la línea, entendida como la tesis mayoritaria, tiene como límite la persona por quien entraron los bienes reservables en la familia (Vallet), tesis ésta que me parece la más sensata y la que más se ajusta a la finalidad que apuntaba Alonso Martínez.

3- La determinación de los bienes reservables:

Se exige “título lucrativo” (en la 1ª transmisión), ya sea entre vivos o mortis causa. Hoy es pacífico que la norma se refiere a toda clase de bienes, muebles o inmuebles, fungibles o no, y no se exige ningún requisito a la adquisición del ascendiente o hermano que los transmitió al descendiente causante de la reserva: no han de ser bienes de procedencia familiar y da igual el título oneroso o gratuito de adquisición.

En la segunda transmisión se exige que sea “adquirido por ministerio de la ley”: en esta cuestión ha habido gran división de opiniones: por unos se ha incluido tanto la sucesión testada como la intestada; por otros sólo la intestada; por otros sólo lo adquirido por sucesión intestada y, en la testada, sólo lo adquirido en concepto de legítima (tesis mayoritaria); por otros, sólo la intestada y la legítima adquirida contra testamento o la legítima asignada voluntariamente pero en este último caso sólo si se trata de todo lo que el descendiente deja al ascendiente reservista (tesis de Vallet), porque en los demás casos una voluntad interfiere en la trayectoria de los bienes.

Por otro lado, en general se entiende que la reserva afecta a los bienes subrogados.

4- Posición jurídica del reservista:

Esta materia no está regulada por el art. 811, por lo que doctrina y jurisprudencia han acudido a las normas de la reserva ordinaria, con excepción de los artículos que se refieren a elementos personales y reales diferentes de los presupuestos por el art. 811; estos artículos inaplicables a la reserva lineal son, siguiendo a Juan José Rivas, los 968, 969, 979, 980 y también el art. 974, pues éste se refiere a enajenaciones antes de haber nacido la obligación de reservar, que en el 811 no pueden darse porque la reserva lineal nace siempre en el mismo momento de adquirir los bienes el ascendiente.

Se entienden aplicables los artículos referidos al cese: 970 (con matizaciones, pues la determinación de todos los que sean reservatarios no puede realizarse en rigor hasta la muerte del reservista) y 971. También se entienden aplicables los artículos referidos a las facultades dispositivas del reservista (arts. 975 a 978).

Los artículos de aplicación más discutible son los que se refieren a las facultades de mejorar y desheredar.

Respecto de la posibilidad de mejorar por el ascendiente ha habido siempre disparidad en la doctrina. Se ha alegado que no es posible porque el 811 no la prevé, que sólo es posible entre los reservatarios que sean descendientes del reservista (que por tanto serán descendientes comunes del reservista y del ascendiente que transmitió al descendiente causante de la reserva), o que es posible mejorar con libertad entre los reservatarios (tesis de Vallet). Una STS de 21 de octubre de 1991 admite la facultad de mejorar sin limitación, siempre que se respeten las legítimas de quienes corresponda. Rectifica jurisprudencia anterior y dice que hoy “debe prevalecer el respeto a la libertad y cuando al hacer uso de ella no se rebasen los límites de los preceptos prohibitivos no cabe hablar de la nulidad contemplada por el art. 6.3 del Código”.

Parecida disparidad ha habido en cuando a la facultad de desheredar: unos la han limitado a los descendientes del reservista y otros, creo que con más razón, la admiten respecto de cualquier reservatario. Puede parecer extraño que el reservista desherede a personas extrañas a su familia, pero no se negará que es peor sostener que el reservista no podría desheredar a un reservatario en quien concurriera una causa de desheredación.

Respecto de la dispensa de la obligación de reservar, creo que se puede reproducir lo dicho sobre esto en la reserva ordinaria.

5- Posición jurídica de los reservatarios:

Los principales puntos a comentar son los siguientes:

A quién suceden los reservatarios.

Creo que, a falta de regulación expresa, no debe diferenciarse una reserva de otra, de forma que si en la reserva ordinaria hemos sostenido que los reservatarios suceden al reservista, lo mismo sostenemos para la reserva lineal.

Transmisión de su “derecho”.

Los reservatarios tienen una mera expectativa jurídica, que se concreta sólo en las facultades para asegurar su futuro derecho. Por ello, y en contra de algunas opiniones, creo que no tienen derecho objeto de posible transmisión.

Distinta de la transmisión voluntaria es la actuación del *jus delationis*. Lacruz entendió que sí era posible porque el derecho del reservatario no es personalísimo hasta el punto de que sea intransmisible a los propios herederos, y alegó que lo mismo ocurría con la legítima. Una STS de 21 de diciembre de 1989 parece aceptar el ejercicio del *jus delationis*, aunque parte de que el reservatario tiene una adquisición suspensivamente condicionada (lo cual no deja de ser un apriorismo). Vallet distinguió si el reservatario era heredero (testamentario o intestado) del reservista, en cuyo caso es aplicable el 1006 CC y por tanto el sucesor de ese reservatario puede ejercitar el *jus delationis*,

y el caso de que la reserva no hubiera sido cumplida por el reservista y hubiera que reclamarla por el reservatario: en este caso, si el reservatario falleció sin haber ejercitado su derecho, los herederos del reservatario no lo pueden ejercitar (salvo que a su vez sean reservatarios), porque es personalísimo y los bienes reservables no pasaron ope legis al patrimonio del reservatario. El Notario Juan José Rivas cita a Domínguez de Molina que considera que la adquisición por el reservatario se realiza de forma automática, por lo que no es correcto plantearse si opera o no el jus delationis. A mi parecer, esto sólo sería posible en que el reservista hubiere cumplido la reserva utilizando la figura del legado.

También distinto es el caso del derecho de representación. Doctrina y jurisprudencia evolucionaron desde una situación de rechazo a una postura de admisibilidad, por razones de equidad (supongo), siempre que los “representantes” estén dentro del tercer grado, aunque así acaban recibiendo los bienes reservables personas que no son todas del mismo grado. Pero por otro lado se posibilita que los hijos de un premuerto adquieran la parte de éste en los bienes reservables.

Posición de los reservatarios en caso de colisión de reservas.

La respuesta a esta pregunta ha suscitado menos controversia doctrinal (aunque ésta se ha dado). En general, hay consenso en que la reserva ordinaria prevalece sobre la lineal. Como dijo Roca Sastre “no es de presumir que la ley dispusiera que los bienes pasaran a los parientes del tercer grado de que habla el art. 811 CC con perjuicio de la común posteridad del reservista”.

Una vez examinada la normativa del Código civil corresponde hacer un examen comparativo de los distintos Derechos civiles existentes en España, que dará una idea de cómo ha evolucionado la legislación en los últimos años (evolución que no ha tenido lugar en el CC).

II. Panorama de Derecho comparado español.

Derecho de Cataluña.

La Compilación de 21 de junio de 1960 reguló las reservas en los artículos 269 a 272, y admitió tanto la vidual como la lineal. Dado que se trata de una normativa que fue derogada hace ya muchos años no vale la pena entrar a examinarla. No obstante, puede ser de interés reseñar lo siguiente:

- La reserva vidual afectaba a todos los bienes adquiridos por cualquier título lucrativo del difunto consorte, ya fuera “directamente o bien por sucesión intestada de su hijo común o descendiente legítimo de éste”. Se daba en caso de segundas nupcias contraídas por el viudo o viuda, pero nada se decía para el caso de adopción o de hijos extramatrimoniales. Los bienes reservables sólo podían proceder del cónyuge premuerto o por sucesión intestada de un hijo

común, por lo que no eran reservables cualesquiera otros bienes dados o donados por hijos o descendientes al cónyuge bínubo, ya antes o después de contraer ulterior matrimonio, ni tampoco por parientes del cónyuge premuerto.

- Los reservatarios (en la reserva vidual) son los que existan al tiempo de fallecimiento del reservista (parece que esta misma solución es la del CC, aunque en éste no se dice expresamente).

- Opera siempre en la reserva vidual la subrogación real en los bienes reservables (en el CC rige más bien el criterio de indemnizar el valor).

- Los reservatarios (en la reserva vidual) adquirirán los bienes como “sucesores del cónyuge premuerto”. La desheredación que se tiene en cuenta es la que hubiera sido realizada por el cónyuge premuerto. No obstante, el cónyuge bínubo podía “distribuir para después de su muerte entre los reservatarios los bienes reservables”. En este caso se decía (art. 270 in fine) que los bienes perdían por ministerio de la Ley el carácter de reservables al fallecimiento del reservista y tales bienes se estimaría que pertenecían a todos los efectos legales a la herencia del reservista y en esta herencia se computaba su valor a efectos del cálculo de las legítimas y se imputaban en pago de éstas.

Creo que los autores de la Compilación se dejaron llevar por la “aparición” de las Novellas de Justiniano más que por el fondo de la regulación de éstas.

- Se aplicaba la reserva lineal del art. 811 CC, pero no eran reservables los bienes que el ascendiente hubiera adquirido del descendiente impúber por sucesión intestada de éste (para salvaguardar la regulación que la Compilación hacía de esta materia). También se dijo que esta reserva no afectaba a la legítima del ascendiente en la sucesión del descendiente. El reservista podía distribuir los bienes reservables, pero sólo si los reservatarios eran hijos o descendientes del reservista.

La reforma introducida por el D. Legislativo 1/1984, de 19 de julio, no afectó a esta materia, salvo en lo relativo a equiparación de las filiaciones.

La Ley de 25 de mayo de 1987, de sucesión intestada y reservas, eliminó la reserva lineal en el Derecho catalán, pero mantuvo la vidual, aunque con un importante cambio, como ahora se dirá.

Esta regulación fue recogida por el Código de sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) en sus artículos 387 a 391. También se trata de Derecho ya derogado, pero reseñar lo siguiente puede ayudar a comprender la evolución:

- La reserva sólo opera en defecto de voluntad contraria del testador, donante o heredante. Es decir, puede ser excluida la aplicación de la misma, pero si el testador, donante o heredante no dice nada en contra, rigen las normas de la reserva (criterio éste contrario al aragonés).

- La reserva afectaba a todos los bienes adquiridos por testamento, donación o heredamiento (sólo por estas tres vías, no por cualquier título

lucrativo, por lo que no entra, al menos expresamente, el caso de sucesión intestada del cónyuge premuerto) del difunto consorte, ya fuera directamente o por sucesión intestada de un hijo común o un descendiente (ya no se dijo “legítimo”) de éste. La reserva operaba también en caso de que el cónyuge sobreviviente tuviera un hijo extramatrimonial o adoptara uno.

- En lo demás, se mantuvo básicamente la regulación de la Compilación de 1960. Entre otras, cosas, se mantuvieron las reglas de que los reservatarios eran los que existieran al tiempo de fallecimiento del bñnubo y heredaban no a éste sino al cónyuge premuerto, así como también se mantuvieron las facultades de distribución por el reservista. Pero desapareció la anómala norma del art. 270 in fine de la Compilación antes citada.

Por otro lado, el Código de Sucesiones no recogió el contenido del antiguo art. 253 de la Compilación (Lex Hac Edictali).

La Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprobó el título IV del Código Civil catalán, relativo a las sucesiones, suprimió la reserva vidual, de forma que en el Derecho catalán no hay ya ninguna reserva. Así lo dice, para que no haya duda, el art. 411-8: “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”. La extensa exposición de motivos no justifica en absoluto este cambio; simplemente se limita a decir, al citar algunas de las modificaciones: “la introducción del artículo 411-8, sobre reservas y reversiones legales, que constata su supresión en el derecho catalán”.

En mi opinión, hubiera sido de agradecer alguna justificación de este cambio, pues es legítimo defender la odiosidad de la institución pero tal carácter odioso –de la institución en sí, no de accidentes de la misma– no es una evidencia.

Derecho de Aragón.

La Compilación de 1967 dispuso en su art. 139 que la reserva de bienes sólo tendrá lugar si fuere impuesta por un cónyuge al otro, dentro de los límites legales, en testamento u otro documento público, “rigiéndose en tal caso por el Código Civil”. La reserva vidual no había sido aceptada por el Derecho histórico aragonés, que se apartó en esto del Romano.

Esta materia no fue modificada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, que se limitó a realizar las mínimas adaptaciones a la Constitución. Por mi tiempo de ejercicio notarial en Aragón y por comentarios tenidos con posterioridad con algún compañero, me consta que la reclamación de bienes reservables es algo muy raro, si bien a menudo se distingue al hacer testamento la procedencia de los bienes para asignarlos por el testador a unos descendientes u otros, de manera análoga a como resultaría de aplicar las reservas (ordinaria y lineal).

Se discutió si se refería sólo a la viudal (tesis con más partidarios) o a ambas. De todas formas, hay que notar que en la sucesión intestada aragonesa rige la troncalidad, referida a bienes muebles e inmuebles adquiridos por título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado. Por ello, la adquisición por el descendiente que causa la reserva afectará siempre a bienes troncales, ya que los habrá recibido a título gratuito de un ascendiente o de un hermano. Y como rige la troncalidad, y su regulación es imperativa, se superpone a la regulación de la reserva, que creo debe ser postergada: si se aplicara la normativa de la reserva se aplicaría el orden intestado, y por tanto habría que aplicar las normas de la sucesión troncal. Sólo quedaría la duda de si el reservista podría mejorar o desheredar, pero entrar en esta cuestión creo que excede de estas notas.

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones, dispone en su art. 149 que “la reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública”. Parece que se refiere sólo a la reserva viudal. Algún autor entiende que el art. 149 se refiere a ambas reservas. De todas formas, por lo antes dicho sobre la sucesión troncal, el tema es muy poco relevante.

En todo caso, ahora no se dice cuál debe ser la regulación aplicable. Entendemos que se aplicará la normativa del CC, ya sea como derecho supletorio de último grado o bien como integrante de la tradición jurídica, pues a él se remitió la Compilación de 1967.

Esta regulación ha pasado sin cambios al vigente Código de Derecho Foral de Aragón (Ley de 23 de abril de 2011).

Derecho de Navarra.

La Compilación de 1 de marzo de 1973 reguló ambas reservas (ordinaria y lineal) en las leyes 274 a 278. La regulación de la reserva binupcial fue fragmentaria, por lo que la propia Compilación remitía al CC.

La normativa puede resumirse de esta manera:

- La reserva ordinaria afectaba a los bienes recibidos por cualquier título lucrativo del cónyuge anterior, de los hijos comunes y de los descendientes legítimos de éstos. No se enumera ningún otro pariente, a diferencia de lo que hace el CC. Se imponía “al padre o madre que reiterase nupcias”, sin limitarse, al menos expresamente, a la disolución del matrimonio por muerte. Por ello, será aplicable a los casos de nulidad matrimonial y, dado que desde 1981 es posible el divorcio, la reserva también regirá en caso de contraer el divorciado nuevas nupcias. Es el único caso en los distintos Derechos civiles españoles en que la reserva ordinaria se aplica (al menos, por disposición expresa de la Ley) en caso de divorcio. Nada se decía de la adopción ni del caso de tener el viudo hijos extramatrimoniales, aunque se ha defendido la aplicación supletoria del CC (art. 980).

- La reserva no podía ser dispensada –por el cónyuge causante de la misma– al cónyuge reservista.

- El bínubo podía disponer de los bienes “con entera libertad” entre los reservatarios. Si no usaba esta facultad, se aplicaban las normas de la sucesión legal.

- La reserva se extinguía por renuncia de todos los reservatarios y en los casos de incapacidad, desheredación y premoriencia (de todos) al reservista, aunque operaba el derecho de representación pero sólo en caso de premoriencia.

- Se reguló la reserva lineal, que se calificó de “troncal”, pues en Navarra es cierto que tiene relación con la troncalidad que se aplica en la sucesión legal o intestada, en la ley 275, en términos menos amplios que el CC y con algo más de precisión: tenía lugar cuando un ascendiente heredare de un descendiente legítimo por sucesión legal bienes inmuebles que éste hubiera adquirido a título lucrativo de otro ascendiente de distinta línea. Eran reservatarios los más próximos parientes troncales –que sobrevivieran– del descendiente, dentro del cuarto grado. El reservista podía disponer libremente de los bienes reservables y, en su defecto, se aplicaba el orden de la sucesión troncal –del descendiente– establecido en la ley 307.

- Se estableció expresamente que la reserva ordinaria era preferente a la troncal, en caso de concurrencia. Con ello se resolvía una disputa que se había planteado en el Derecho común.

- Se efectuó remisión al CC en lo relativo a enajenación de bienes reservables y garantías de los reservatarios. Pero en caso de enajenación, la reserva tenía por objeto los bienes reservables.

Al lado de estas reservas, la Compilación de 1973 estableció otra limitación de disponer a favor de los hijos de anterior matrimonio en las leyes 272 y 273, que mencionamos aquí por ser una figura próxima que parece atender a la misma finalidad: no debían recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio. Se da el derecho de representación a favor de los descendientes legítimos de hijos de anterior matrimonio No afectaba esta limitación a disposiciones a favor de cualesquiera otras personas. Este derecho de los hijos de anterior matrimonio era independiente de la reserva ordinaria, que se aplicaba además en toda su extensión; pero por el contrario, esta limitación no afectaba en absoluto a los bienes que el bínubo hubiera adquirido a título lucrativo del nuevo cónyuge o de ascendientes o descendientes de éste, de los que el bínubo podía disponer libremente.

La reforma introducida por la Ley 5/1987, de 1 de abril, eliminó la reserva “troncal” y retocó la redacción de las leyes 274 a 278, referidas a la reserva vidual, única que subsiste hasta hoy.

La reserva troncal de la anterior ley 275 se mantuvo para los fallecidos abintestato antes del 1 de marzo de 1973 (no 1987) si hubiera recaído auto de declaración de herederos.

A este efecto, se recogió en la disposición transitoria tercera de la Ley la normativa de la anterior ley 275, eliminando la palabra “legítimo” relativa al descendiente causante de la reserva e incluyendo la misma norma antes existente sobre concurrencia de reservas. También se declararon válidos los actos de enajenación o gravamen realizados con el consentimiento de todos los parientes troncales que sean reservatarios al tiempo de la enajenación o gravamen. Estas normas, dado el tiempo transcurrido desde 1973 apenas tendrán ya aplicación.

Las escasas novedades de la regulación de 1987 sobre la reserva viudal son:

- Se elimina la mención “legítimo” aplicada a los reservatarios.

- Se mantiene la remisión al CC en materia de enajenaciones, pero se dice que son válidos “los actos que el reservista realizare con el consentimiento de todos los que, al tiempo de la enajenación o gravamen, fuesen hijos reservatarios o descendientes de los premuertos”. Dado que esta norma se aplica sólo a la reserva viudal, no aporta demasiado.

La reforma de 1987 mantuvo las limitaciones a favor de los hijos de anterior matrimonio, que por tanto siguen vigentes hoy día. La redacción de las leyes 272 y 273 no fue alterada, con la única excepción de que desapareció la palabra “legítimo” referida a los descendientes de los hijos del anterior matrimonio. No nos consta que se haya planteado su posible inconstitucionalidad (que tampoco me parece tan clara).

Derecho del País Vasco.

La Compilación de 30 de julio de 1959 reguló las reservas en sus artículos 35 a 37, aplicables en la Tierra Llana Vizcaína y en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio.

Declaró aplicable el art. 811 CC, si bien la sucesión troncal del viudo/a en los bienes comprados o ganados constante matrimonio –y heredados del cónyuge premuerto por los hijos comunes habidos en el matrimonio– era preferente a la del art. 811 CC.

Los arts. 36 y 37 regularon dos reservas con la finalidad de impedir que bienes inmuebles de procedencia familiar salieran de ésta.

El art. 36 impuso al padre o madre (curiosamente no dijo “viudo”) que pasare a segundas nupcias la obligación de reservar los bienes raíces (no otros) adquiridos por ministerio de la ley o por herencia voluntaria (no por otros títulos gratuitos) de un hijo (no de otras personas, ni siquiera del cónyuge del reservista) que éste a su vez hubiera heredado (no adquirido por

otros títulos) de su padre o madre, a favor de los hermanos de doble vínculo del hijo fallecido (o los descendientes legítimos de dichos hermanos).

El art. 37 impuso al viudo o viuda que contrajere ulteriores nupcias, la obligación de reservar a favor de los hijos o descendientes legítimos del primero, y en defecto de descendientes, a favor de los parientes tronqueros de la línea de procedencia de los bienes, los bienes raíces (no otros) “que por comunicación hubiere adquirido procedentes de la línea del cónyuge fallecido”; esto es algo que no era posible conseguir aplicando el CC, porque el cónyuge adjudicatario no adquiere a título gratuito, sino en pago de la cuota que le correspondía en la sociedad conyugal que se liquida. Ello está conforme con la fortaleza de la troncalidad, pues se trata de evitar que los bienes troncales que se adjudiquen a un cónyuge no salgan de la familia troncal. A la vez, se permite la liquidación de la sociedad conyugal adjudicando bienes troncales al cónyuge que no es de esa familia troncal. Es una solución sensata al conflicto que se puede plantear entre las dos instituciones (comunicación foral de bienes y troncalidad). En todo caso, se trata de bienes que el cónyuge adjudicatario no recibe de sus hijos. El bínubo podía “designar herederos” (sic) entre los reservatarios “en la forma establecida para la sucesión testada”.

Y el art. 38 dispuso que en los bienes raíces donados o datados para un matrimonio, antes o después de su celebración, sucederán los hijos o descendientes legítimos en él, con exclusión de la descendencia que el cónyuge bínubo pudiere haber de ulterior matrimonio.

No se dijo nada sobre la reserva ordinaria regulada por el CC, si bien por la doctrina se entendió aplicable por ser el CC Derecho supletorio.

La Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil del País Vasco, ha regulado las reservas en sus artículos 84 a 90, aplicables a la Tierra Llana vizcaína y a los dos citados municipios alaveses.

La reserva lineal se regula en el art. 84, que es copia del art. 811 CC, con la única salvedad de que se refiere sólo a bienes no troncales; así, dice “El ascendiente que heredare de su descendiente bienes no troncales...”. Con ello se sigue respetando la troncalidad (que también se ha mantenido en el art. 20) a favor del cónyuge respecto de los bienes ganados o comprados constante matrimonio.

Se mantiene en el art. 85 la reserva del anterior art. 36, pero se amplía su ámbito de aplicación: en primer lugar, la reserva afecta ahora a todos los bienes adquiridos a título gratuito, tanto por el cónyuge reservista como por el hijo causante; en segundo lugar, la reserva afecta no sólo al cónyuge sobreviviente que contrae ulterior matrimonio sino también si tiene un hijo que no lo sea del cónyuge premuerto; y en tercer lugar, también es reservatario el propio hijo que transmite a título gratuito bienes a su padre o madre, porque ya no se contempla sólo la herencia sino también la donación. Por lo demás, se sigue diciendo “padre o madre”, no viudo ni viuda, por lo que no sólo cabrá el supuesto de muerte del primer cónyuge.

Se mantiene asimismo la reserva del anterior art. 37 (bienes obtenidos por comunicación foral), pero también se amplía su ámbito de aplicación: ya no se impone sólo al viudo que contraiga nuevo matrimonio (aunque se sigue empleando las palabras “viudo o viuda”), sino también al que tenga un hijo que no sea del cónyuge premuerto. Por lo demás, la mención a los reservatarios se ha simplificado, pero sin cambiar el criterio, pues ahora se dice sólo “a favor de los parientes tronqueros de su expresado cónyuge”.

Se ha creado una reserva nueva, que complementa la anterior: si al disolverse la comunicación foral de bienes el viudo recibe bienes cuyo valor supere la suma de los bienes de su procedencia (o sea, de procedencia del cónyuge adjudicatario) y la mitad de los ganados, también está obligado a reservar el exceso a favor de los hijos y descendientes del matrimonio.

Estas dos reservas parece que no podrán ser dispensadas, por su relación con la troncalidad.

Se mantiene la reserva de los bienes donados para un matrimonio (ya no se dice “dotados”): sucederían los hijos o descendientes habidos de ese matrimonio “con exclusión de cualesquiera otros”. Esta reserva no es troncal y se entiende que puede ser dispensada por el/los donantes.

Y en el art. 88 se ha regulado (cosa que la Compilación del 59 no hacía) la reserva vidual clásica del CC, aunque con un alcance más limitado: el viudo o viuda que pase a ulterior matrimonio o tenga un hijo que no sea de su difunto consorte (parece que aquí se incluirá el caso de adoptar un hijo y el de tener un hijo extramatrimonial, pero no se incluirá el caso del divorciado vuelto a casar que tiene hijos de este segundo matrimonio) está obligado a reservar a los hijos y descendientes del cónyuge premuerto “todos los bienes que haya adquirido de éste por testamento, donación u otro cualquier título lucrativo”. Obsérvese que la reserva sólo afecta a bienes recibidos del cónyuge premuerto, no de hijos ni descendientes ni de otros parientes.

Como normas comunes a todas las reservas, incluida la del art. 84, se dice que las reservas alcanzan los edificios plantíos y mejoras realizados por el reservista (“superficies solo cedit”) pero con obligación de indemnizar al reservista el valor actual, y que el reservista puede designar sucesor entre los reservatarios “en los términos establecidos para la sucesión testada”. Salvo estas normas, no hay más regulación, por lo que cabe defender la aplicación del CC como Derecho supletorio.

Derecho de Galicia.

La Compilación de 1963 nada decía sobre esta materia, por lo que siempre se estimó vigente el CC.

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia tampoco reguló nada sobre esto, por lo que se siguió entendiendo aplicable el CC.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ha eliminado las dos reservas en el Derecho civil gallego. Su art. 182 dice tajantemente “En las sucesiones regidas por la presente ley no habrá lugar a reversión legal ni a obligación de reservar”. Tampoco hay ninguna justificación de esta medida en la exposición de motivos, si bien ésta es breve y no se refiere (¿por qué?) al Derecho sucesorio, cuya regulación por lo demás aumenta considerablemente en extensión.

Recapitulación.

Del examen realizado en los distintos Derechos civiles españoles resulta que la evolución legislativa no ha sido favorable a las reservas: en el Derecho catalán ya no queda ninguna (la lineal desapareció en 1987 y la vidual en 2008); en el Derecho gallego tampoco queda ninguna, pues ambas fueron bruscamente eliminadas el año 2006; en el Derecho navarro sólo queda la reserva ordinaria, pues la lineal se eliminó el año 1987, aunque parece que la primera mantiene su robustez, pues coexiste junto con las limitaciones de disponer a favor de hijos de anterior matrimonio y ni siquiera se cambió la imposibilidad de que el cónyuge premuerto la hubiera podido dispensar; en el Derecho aragonés no ha habido cambios, pero la regla ha sido (al menos desde 1967) que las reservas sólo se aplican si se imponen por un cónyuge al otro.

Sólo en el Derecho de Vizcaya se han extendido a más supuestos de los que había y se han creado reservas nuevas.

En el Código Civil subsisten prácticamente intocadas desde 1981.

III. El Derecho aplicable en Baleares.

La Compilación de 19 de abril 1961 no reguló ninguna de las dos reservas ni tampoco se introdujo ninguna regulación en la reforma de 1990.

El vigente art. 43 in fine reconoce la vigencia de la reserva lineal, cuando al regular la legítima de los ascendientes dispone que “lo dispuesto en los párrafos precedentes se entiende sin perjuicio de lo establecido en los arts. 811 y 812 del Código Civil”.

En general, se ha entendido que la reserva ordinaria también es aplicable en el Derecho balear.

No obstante, en una controversia judicial (de Derecho mallorquín) que llegó hasta el TSJIB se planteó por una de las partes que la reserva vidual no debía aplicarse por resultar contradictoria con principios fundamentales del Derecho mallorquín como la esencialidad de la institución de heredero y las reglas *semel heres semper heres* y *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Y que además tampoco podría aplicarse por ser

inconstitucional: es comparable al supuesto de la Lex Hac edictali, que fue declarada inconstitucional por STS de 6 de abril de 1992 (respecto del Derecho catalán) y es contraria al principio de igualdad por la discriminación que crea respecto de parejas no casadas: la reserva opera en caso de segundo matrimonio pero no en caso de que el viudo inicie una relación de pareja no casada.

Estos argumentos fueron rechazados por la sentencia de 25 mayo 2010, que puso fin al procedimiento. Afirmó que la institución de la reserva no es contraria a los principios sucesorios citados, ya que dichas reglas tienen también su origen en el Derecho Romano, en cuyo ordenamiento se encontraba también la reserva del bínubo, de modo que la concepción del heredero con las limitaciones derivadas de la reserva por contraer segundas o ulteriores nupcias no contradice la institución hereditaria sino que forma parte de su régimen jurídico propio. Añade que se aplicaba en Mallorca el Derecho romano justinianeo en que se encuentra el origen de la institución pero que no puede estimarse contraria al Derecho mallorquín por el hecho de que no se recogiera en la Compilación; al revés, si el legislador hubiese querido su no aplicación debiera haberlo excluido expresamente.

También mantuvo la constitucionalidad del régimen de la reserva viudal, alegando que la reserva no es comparable a la limitación de la Hac Edictali, pues ésta afectaba a todos los bienes del bínubo, mientras que la reserva afecta sólo a bienes recibidos a título gratuito del primer cónyuge. La finalidad de la reserva es la protección de los hijos del primer matrimonio y el fundamento es la presunción de la voluntad del cónyuge premuerto. Y no hay discriminación entre matrimonio y parejas estables inscritas, ya que están legalmente equiparadas (art. 13 de la Ley de parejas estables y disk. Ad. 2ª) y que la discriminación entre matrimonio y parejas no inscritas no está injustificada: “la libertad matrimonial tiene que tener un contenido específico, un mínimo indisponible, que justifica diferencias de trato” y la no equiparación no se produce sólo en obligaciones, sino en derechos.

Además, denegó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se solicitaba, si bien esto se justificó en que no había hijos del segundo matrimonio.

Comentando esta sentencia, Miquel Masot (en RJIB 2009) dice elimina las escasas dudas que pudiera haber sobre la aplicabilidad de la reserva viudal en nuestro Derecho, que no puede entenderse contraria a la esencialidad de la institución de heredero ni a la regla semel heres porque la reserva se refiere a bienes concretos y esas normas se refieren al heredero o sucesor universal. Y los sucesores están perfectamente determinados; no se produce una situación en que un heredero deje de serlo.

En otro comentario a esta sentencia que se incluye en ese mismo número de la RJIB, la prof. Antonia Paniza tampoco manifiesta dudas acerca de la

aplicación de las reservas viudal y lineal, y cita otros autores (Jaime Ferrer, Pedro Munar Bernat) y diversas sentencias de la AP de Palma en este mismo sentido. También entiende que la reserva viudal no vulnera la constitución y comparte los argumentos que dio la sentencia. Y parece dar a entender que la reserva se aplica a las parejas que se hayan constituido e inscrito conforme a la Ley balear de parejas estables.

En mi opinión no hay duda de que tanto la reserva ordinaria como la lineal son aplicables en todas las islas, no sólo en Mallorca sino también en Menorca y en las Pitiusas, y no tienen tacha de inconstitucionalidad. Sobre ellas sirven los comentarios antes realizados sobre el régimen del Código Civil.

No mantengo una postura tan tajante, en cambio, en la cuestión de si la reserva debe ser aplicable al conviviente de la pareja estable constituida conforme a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre (de parejas estables). El art. 13 de esta ley dice “Tanto en los supuestos de sucesión testada como en los de intestada el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho civil balear prevé al cónyuge viudo”. Parece que la equiparación no pretende ser total. Sin embargo, de los diversos artículos de la Ley resulta que sí se da a los convivientes una equiparación sustancial a los cónyuges casados: contribución a las cargas familiares, responsabilidad por deudas causadas por el levantamiento de cargas, pensión periódica en caso de cese, predetracción del ajuar familiar en caso de muerte del otro, subrogación en derechos arrendaticios, equiparación en lo relativo a tutela, curatela, incapacitación, ausencia y prodigalidad; incluso la Ley da derecho a una sorprendente compensación económica en caso de cese de la convivencia, cosa que no da la Compilación a los casados (aunque no toca ahora comentar esto). Si la equiparación es tal en derechos y deberes, resulta difícil sostener que el conviviente que sobrevive no tiene que “cargar” con la reserva, aunque el art. 13 citado parece pensar sólo en derechos y no en deberes.

Mis dudas, no obstante, se mantienen por otra razón: si hay tal equiparación legal con el matrimonio, la sombra de inconstitucionalidad está servida, no por la regulación en sí, sino por la competencia para legislar. Comentar esto excede de estas notas, y por eso me limito a señalar que ante el “vaciamiento” legal del matrimonio, las diferencias entre matrimonio y las parejas inscritas según la Ley balear se producen sólo en elementos accidentales: básicamente, en las formalidades de constitución y disolución. En este caso, la pareja estable no deja de ser otra “forma de matrimonio” cuya regulación reserva al Estado el art. 149.1.8 de la Constitución. Si se planteara litigio sobre la aplicación de la reserva a un conviviente cuya pareja falleció creo que el Juez tiene suficientes razones para plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que sí nos planteamos a continuación es si sería conveniente modificar la regulación de las reservas mediante ley autonómica. La competencia de la C.A. para legislar sobre esto parece que no plantea dudas.

IV.- De lege ferenda.

De todo lo que llevamos dicho hasta aquí, y aun teniendo en cuenta el examen que se ha hecho de la reciente legislación autonómica, se desprende que mi postura no es contraria a las reservas, aunque sí soy partidario de una modificación de la regulación que intente eliminar tantas dudas como hemos visto que se plantean. La modificación podría producirse en el Código Civil y tal vez fuera aceptable en el Derecho de Baleares, pero como ello no está en el horizonte, sí puede sugerirse una iniciativa autonómica.

En todo caso, he tenido presentes las críticas dirigidas a estas instituciones.

El compañero notario Emilio González Bou recogió (en su trabajo antes citado) una batería de argumentos contra las reservas, que me atrevo a resumir así:

Las reservas tienen sentido cuando la sociedad se basa en la propiedad agraria, que no es objeto de mercado y que debe mantenerse en la familia. Pero hoy la sociedad no es así: es industrial, urbana y dinámica, la familia amplia ha pasado a ser más bien familia nuclear, con lo que la reversión de bienes a la familia, en sentido amplio, pierde sentido, al igual que lo ha perdido el mantenimiento de la unidad de la Casa; hay divorcio; el patrimonio no es normalmente heredado sino adquirido por el trabajo, con posibilidad de fácil transmisión, del que se debe poder disponer sin limitaciones inter vivos y mortis causa. Además, hoy no es nada extraño que el individualismo haya marcado las relaciones familiares y entre padres e hijos y hay cónyuges que prefieren claramente a los hijos de segundas nupcias, quizá porque con los de anterior matrimonio no hay buena relación. La protección a los hijos ya es suficiente si hay legítimas. Por si esto fuera poco, se percibe en las notarías la demanda de libertad de testar, el rechazo hacia las limitaciones y el desconocimiento de las reservas; la primacía de la voluntad del testador inspira todos los Ordenamientos civiles españoles, pero se ve cercenada por instituciones como la reserva. En su opinión, el único argumento capaz de sostener hoy la necesidad o conveniencia de las reservas es la autonomía de la voluntad del causante.

También justifica un ataque adicional y específico contra la reserva lineal:

El fundamento de la reserva lineal también es cuestionable por más razones, que se añaden a las anteriores: hay que preguntarse si la situación que se pretende solucionar es realmente injusta, pues “obedece al normal funcionamiento de las reglas de las sucesiones legal y voluntaria”. Y el concepto de familia nuclear hoy imperante no permite atribuir derechos a parientes “por el solo hecho de serlo y sin constar la voluntad en este sentido del testador”. Se trata de una vinculación familiar de los bienes propia de épocas pasadas. Sólo cabría admitirla en la sucesión intestada, pues la Ley

suple totalmente lo que hubiera podido prever el causante. A esto añado un comentario del también compañero Rivas Martínez (aunque no se pronuncia sobre lo que convendría hacer de lege ferenda): no puede negarse una “falta de fe en preservar bienes para los parientes” y un cierto temor a crear complicaciones y pleitos para un fin frecuentemente poco efectivo.

Estos argumentos, si no me equivoco, fueron y son en general también compartidos y difundidos por numerosos y prestigiosos profesores y juristas prácticos catalanes.

Sin embargo, a pesar de todo, me parece mejor no sumarme al vendaval asolador de las reservas que ha pasado por Cataluña y Galicia, y que amenaza con llegar a Baleares, pues entiendo estas limitaciones a las facultades de disposición mortis causa pueden tener un fundamento bastante en la sociedad actual y pretender un fin justo.

De entrada, hay que decir que si se examina con un poco de serenidad la realidad y las críticas reseñadas, caerá uno en la cuenta de que se trata de frases de mucha generalidad. Por ejemplo: hoy la propiedad agraria tiene poca importancia, es verdad, pero ¿qué tiene eso que ver para intentar que los hijos conserven un piso que fue de su padre y que su madre puede dar a hermanastros? La reducción de la familia a la familia nuclear es un hecho cierto, pero la reserva binupcial sólo beneficia a hijos y descendientes. Hay divorcio, pero al tiempo de divorciarse se concreta (mejor o peor) la situación patrimonial de la familia en los convenios reguladores. Los bienes deben ser objeto de fácil transmisión, en esto estamos todos de acuerdo, pero ¿y qué opinión merecen tantas limitaciones que se ponen voluntariamente en los testamentos? ¿y las limitaciones que se ponen en los convenios reguladores? ¿y las limitaciones que tantos quieren introducir para disponer de la vivienda habitual familiar? ¿y las limitaciones derivadas de fines sociales o urbanísticos y tantos otros? En cuanto pensamos en “intereses dignos de protección” nos vienen a la cabeza a los juristas limitaciones a las facultades de disponer. La cuestión por tanto está más en dilucidar qué intereses son dignos de proteger y no tanto en si admitir o rechazar limitaciones a la libertad de disponer. Defender que se deben eliminar las reservas porque se inspiran en un sistema de recelos y desconfianza es desconocer que éste es precisamente el fundamento de muchas otras instituciones que no se ponen en entredicho (en Derecho de obligaciones, por ejemplo, las normas de protección preventiva de créditos y en general la normativa de protección de consumidores). También es cierto que no es raro ver malas relaciones entre padres e hijos, pero ¿esto sin más va a justificar que el padre o madre –a saber si influido por su nuevo cónyuge o pareja– sea libre de dejar todo o casi todo lo recibido de su anterior cónyuge a hijos de otra unión o de sólo su nueva pareja? Cuando se alega que los hijos quedan protegidos con las legítimas, no hay que olvidar que también a éstas se las ataca. La libertad de testar está muy bien, pero ¿también haciendo tabla rasa de los desastres familiares que el testador haya tal vez causado?

En fin, cada argumento puede tener su contra-argumento y éstos a su vez pueden ser nuevamente criticados. La discusión no debe reproducirse sin fin. Más bien no debe impedir ver la realidad.

En mi ejercicio como Notario he visto que hay testadores a quienes molesta la legítima, pero son pocos o muy pocos. No puedo sostener, a la vista de mis casi dieciséis años de ejercicio en Palma, que las limitaciones a la libertad de testar son socialmente odiosas. Al revés, creo que la mayoría de ellas se aceptan con naturalidad. También he percibido, por el contrario, que los cambios de línea de los bienes no preocupan tanto. Pero hay que ser cautos con esta afirmación, pues se refiere más bien a cambios de línea que son previstos o incluso consentidos. Mis primeros años de ejercicio notarial fueron en territorio de Derecho común (tres años) y en Aragón (dos años escasos). En ambos, la institución de heredero a favor del cónyuge era desconocida si había descendientes. Es cierto que las legítimas eran más largas y que la institución al cónyuge no se podía recomendar. Pero tampoco se pedía. Cuando empecé a ejercer en Palma no me sorprendió que un cierto número de testadores con hijos prefiriera una institución recíproca entre cónyuges acompañada de sustitución vulgar a favor de los descendientes. La legítima corta lo pone más fácil (pero creo que no es ésta la razón). Hoy diría que más de la mitad de los progenitores (padre y madre) de familias bien avenidas así lo hace. Pero digo que no me sorprendió porque me daba cuenta que en estos casos el cambio de línea no se produciría, o sería raro que se produjera, puesto que al final, si la familia continúa bien avenida, los testamentos no se revocan y los hijos comunes heredan todo. La institución al cónyuge tiene realmente la finalidad de que el sobreviviente pueda vender si lo necesita sin tener que pedir el consentimiento de los hijos. Esto es un fin familiar, pues trata de que el sobreviviente no se tenga que “humillar” ante sus propios hijos; se revela además la robustez de la familia en el hecho de que los hijos aceptan esto sin problemas. Por eso, si hay crisis matrimonial, es usual cambiar el testamento e instituir directamente a los hijos. Dicho de otra forma: el cambio de línea es algo que no se quiere realmente. Simplemente en vez de quedar atado jurídicamente el paso de los bienes a los hijos se deja, por confianza, en manos del cónyuge. Incluso en caso de que sólo venga a testar uno de los cónyuges, a mi comentario sobre la posibilidad de cambio de línea de los bienes, el testador comenta que está seguro que su esposo/a ya ha instituido heredero/s a los hijos o lo tiene pensado hacer. Cuando en lugar de la institución recíproca prefieren los cónyuges testadores instituir a los hijos y legarse recíprocamente el usufructo universal, es usual que quieran que el usufructo se reduzca a la cuota legal en caso de contraer el sobreviviente nuevas nupcias o llevar vida marital con otra persona. Al decir usual quiero decir que siempre, prácticamente sin excepción, al plantear que los hijos comunes no podrían disfrutar los bienes y que los disfrutaría (de hecho) una nueva familia, todo testador quiere disponer que ese usufructo se reduzca a lo legal; y muchas veces (no me atrevo a decir

más de la mitad, pero no se anda lejos de esta mayoría) en realidad querrían que el sobreviviente perdiera todo.

No siempre las cosas son así, pero me atrevo a decir que en la gran mayoría de casos es así. Por eso, sigo creyendo que si un cónyuge dona o instituye heredero al otro no pretende que el adquirente haga lo que quiera con esos bienes, sino que, si se diera el caso de existencia de hijos de una futura unión del sobreviviente, dispondría que esos bienes volvieran a los hijos comunes. Estoy de acuerdo en que la libertad del reservista es muy importante, y por ello, las reservas deben implicar solamente las limitaciones que sean necesarias para conseguir el objetivo que se proponen. En este sentido, no soy partidario de extender la aplicación de la reserva a situaciones en las que el primer transmitente puede reaccionar, como el caso de divorcio o separación. Pero, volviendo a la cuestión, no debe presuponerse una voluntad del primer causante ignorante de sus hijos. Al revés, debe presuponerse que el causante quiere beneficiar a éstos. A mi parecer, esto no se consigue dejando que la reserva sólo se aplique cuando el primer causante lo disponga, pues es muy fácil que se olvide, dado que para que entre en juego la reserva tienen que suceder cosas en las que no le va a gustar pensar y que los juristas que le asesoren, por múltiples motivos, incluso por prisas o por olvido, quizá no le planteen. Se consigue disponiendo que la reserva se aplique, aunque estoy de acuerdo en que la norma no debe imponer la reserva hasta el extremo de impedir que el primer causante la pueda dispensar; o sea, lo contrario que dice la Compilación navarra, pero lo que en mi opinión ya permite el CC. Tener en cuenta estos intereses no es ir contra el bñnubo, que por lo demás conserva plenos poderes sobre los bienes no reservables; más bien creo que es una consideración equilibrada de todos los intereses en juego. Y creo, por lo demás, que la finalidad que la reserva pretende no puede conseguirse igual ni mejor acudiendo a otras figuras jurídicas, ni siquiera la reversión, ya que ésta (y otras que pueden pensarse, como sustituciones) es un cauce mucho más estrecho, que no aporta la flexibilidad de la reserva, que se identifica más que nada por su finalidad de política jurídica antes que por una “forma negocial” concreta.

Respecto de la reserva lineal, creo que también tiene una finalidad digna de ser atendida, pues es el caso que planteó Alonso Martínez puede darse igual hoy y creo que la injusticia de este caso se sigue considerando hoy más o menos con parecida intensidad y que el interés de determinados familiares (no de cualesquiera familiares que estén dentro del tercer grado) del ascendiente causante de la reserva es más digno de tutela que la libertad completa del reservista de disponer de esos bienes. Otra cosa es que haya de redactarse la norma con más precisión que la que tiene, especialmente para asegurar la mínima desviación respecto de las normas generales que rigen la sucesión del reservista.

Un problema igual o más grave que ése, respecto de la reserva lineal, y al que hay que dar respuesta cuanto antes, es qué hacer en los casos en que se produce un cambio de línea sin intermediación de descendientes: es decir qué hacer cuando el cónyuge hereda intestado directamente de su cónyuge fallecido (porque no hay descendientes y el orden legal lo antepone a los colaterales). No es comparable esta situación al caso de que el cónyuge sobreviviente sea sucesor testamentario o donatario del otro cónyuge, porque en este caso hay una voluntad manifestada del primer fallecido y aquí no sería lógico ni justo plantear una reserva (además, el testador o donante puede imponer sustituciones). Establecerla por la Ley en este supuesto va más allá de lo que se pretendió con el art. 811, que sólo previó el caso de que los bienes llegaran al cónyuge en defecto de previsión del otro cónyuge.

En la sucesión intestada hay que tener en cuenta que si hay ascendientes, éstos heredan con preferencia al cónyuge. Por ello, el problema sólo se plantea, en el CC y en el Derecho de Baleares, cuando la sucesión intestada se defiende al cónyuge y existen parientes colaterales del causante. En mi opinión, en la sucesión intestada tampoco debe aplicarse la reserva, porque es muy fácil evitar el cambio de línea haciendo testamento, de forma que si no se hace testamento, el cambio de línea de los bienes es en cierta manera imputable al cónyuge que no testó. Obsérvese que aquí no se puede dar el caso de que se fallezca antes de haber alcanzado la edad de testar. Por eso no acabo de compartir la postura de quienes ven en esto una laguna digna de ser colmada.

Otra cosa es re-examinar el orden intestado para ver cuál tendría que ser el orden de sucesión del cónyuge viudo (y del conviviente pareja estable), especialmente a la vista del vaciamiento legal del matrimonio hoy día. Quizá habría que reformar el orden intestado distinguiendo según la procedencia de ciertos bienes, o el tiempo de duración del matrimonio o de la pareja estable inscrita. Pero creo que no es conveniente acudir a la figura de la reserva para resolver la cuestión del cambio de línea de los bienes en este caso.

En fin, para finalizar este trabajo se reseña a continuación una propuesta de regulación de las reservas que recoge las opiniones vertidas en este trabajo, con las modificaciones que han sugerido los miembros de la Academia.

Reserva ordinaria.

Art. 1. El cónyuge viudo que contraiga ulterior matrimonio estará obligado a reservar a los descendientes comunes del matrimonio anterior los bienes que haya recibido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo.

Esta obligación de reservar será también aplicable al cónyuge viudo que durante el matrimonio haya tenido, o en estado de viudez tenga, un hijo no matrimonial, o adopte a otra persona, salvo que el adoptado sea hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios. Dicha obligación

de reservar surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o la adopción del hijo.

No se aplicará la reserva si matrimonio hubiera sido declarado nulo antes del fallecimiento del cónyuge transmitente de los bienes.

Tampoco se aplicará la reserva si el primer causante la hubiera dispensado en testamento o en escritura pública.

Art. 2 Lo dispuesto en el artículo anterior, incluida la facultad de dispensar la reserva, es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el cónyuge viudo, tanto antes como durante su viudedad, de cualquiera de los descendientes de su anterior matrimonio. La reserva también se aplicará, respecto de los bienes objeto de este artículo, en caso de separación, nulidad y divorcio del primer matrimonio del bínubo, siempre que tales bienes hayan sido adquiridos por éste antes de la interposición de la demanda. La reserva no se aplicará si el descendiente transmitente la hubiera dispensado, en testamento o en escritura pública.

(Nota explicativa: no se incluyen bienes transmitidos por otros parientes, por varias razones: estas transmisiones tendrán lugar normalmente por título entre vivos o por testamento, por lo que en los respectivos títulos puede preverse el destino futuro de los bienes; el caso de la sucesión intestada es inverosímil; la reserva del actual 969 CC exige la consideración al cónyuge difunto, algo que no resultará del propio título y es muy difícil de probar, y en todo caso no hay reserva si no hay esa “consideración” y parece injustificado crear una reserva donde antes no la había; si la transmisión es por donación propter nupcias, habrá sus propias causas de revocación y no vale la pena regular más; finalmente el supuesto de donación por parientes es hoy tan excepcional que no merece una normativa expresa)

Art. 3 Serán reservatarios los hijos que sobrevivan al reservista, y habrá lugar al derecho de representación a favor de los descendientes en el solo caso de premoriencia. Adquirirán los bienes reservables como sucesores del reservista, sin perjuicio de que también se tengan en cuenta respecto del primer causante la capacidad y dignidad para suceder.

Art. 4 Si el reservista no dispone expresamente de los bienes reservables, los reservatarios sucederán en ellos conforme a las reglas de la sucesión intestada en línea descendente, aunque en virtud de testamento del primer causante hubieran heredado desigualmente a éste o hubieran repudiado la herencia del mismo. El desheredado justamente por el primer causante o por el reservista perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere descendientes, éstos ocuparán el lugar de aquél.

El reservista puede siempre distribuir libremente los bienes reservables entre los reservatarios, incluso asignarlos a un descendiente viviendo el ascendiente de éste, sin perjuicio en todos los casos de los derechos de quienes resulten legitimarios.

Art. 5 Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el cónyuge sobreviviente antes de producirse el hecho que da lugar a la reserva, con la obligación, desde tal momento, de asegurar el valor de aquellos a los reservatarios.

Las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el cónyuge viudo después de nacer ésta subsistirán únicamente si a su muerte no quedan reservatarios, sin perjuicio de la protección de los adquirentes de buena fe y a título oneroso, y de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Serán no obstante válidas si se realizan con el consentimiento de quienes en tal momento ostenten la cualidad de reservatarios. La reserva afectará a los bienes subrogados, salvo declaración en contra de dichos reservatarios.

Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de haber nacido la reserva serán válidas, salvo siempre la obligación de indemnizar.

La expectativa jurídica de los reservatarios, antes de suceder en los bienes reservables, no es transmisible.

Art. 6 El cónyuge viudo, una vez nacida la obligación de reservar, hará inventario de todos los bienes sujetos a reserva, anotará en el Registro de la Propiedad la cualidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasaré los muebles.

Art. 7 Estará además obligado a asegurar con hipoteca:

1° La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte.

2° El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

3° La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4° El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Art.8 Cesaré la obligación de reservar cuando todos los reservatarios renuncien a la reserva o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos o descendientes a su ascendiente sabiendo que estaban nuevamente casados.

También se extingue la reserva si al morir el reservista no existen hijos ni descendientes del primer causante.

Reserva lineal.

Art. 1 El ascendiente que heredare por sucesión intestada de su descendiente bienes que éste hubiera adquirido por título gratuito de otro ascendiente o de un hermano está obligado a reservar dichos bienes a favor de los parientes que se hallen dentro del tercer grado, contado desde el

descendiente causante de la reserva y que pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan.

No habrá lugar a la reserva cuando hubiese sido dispensada, en testamento o en escritura pública, por el ascendiente o hermano que transmitió al descendiente causante de la misma.

Art. 2 Se aplican a esta reserva las normas de la reserva ordinaria, con las siguientes particularidades:

1ª Serán reservatarios los parientes que sobrevivan al reservista, y sólo habrá lugar al derecho de representación a favor de reservatarios.

2ª Si el reservista no dispone expresamente de los bienes reservables, los reservatarios sucederán en ellos conforme a las reglas de la sucesión intestada de aquél.

**ACTA DE LA SESIÓN DE LA
COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO
CELEBRADA EL 26 DE MARZO DE 2012.**

En el mencionado día se reúnen, en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, los Académicos D^a María Pilar Ferrer Vanrell, don Eduardo Martínez-Piñeiro y Caramés, don Jaime Ferrer Pons, don Bernardo Cardona Escandell, don Tomás Mir de la Fuente, don Carlos Jiménez Gallego y don Miquel Masot Miquel. Han excusado su inasistencia D^a Isabel Tapia Fernández, don Antonio Monserrat Quintana, don José Cerdá Gimeno y don Josep Maria Quintana Petrus, habiendo remitido los dos últimos un informe sobre el tema a tratar.

Dándose inicio a la sesión, acuerdan todos los reunidos, unánimemente, felicitar al Académico Carlos Jiménez Gallego por el magnífico estudio realizado sobre el tema de las reservas hereditarias, en el cual se hace un amplio y detallado examen de la regulación de la reserva ordinaria y de la reserva lineal, tanto en el Código civil como en las diferentes legislaciones autonómicas, para centrar después el análisis en la existencia de las dos reservas en nuestro Derecho sucesorio y proponer, *de lege ferenda*, una posible regulación de las mismas más simplificada, a la par que resolutoria de las diferentes cuestiones que la práctica de la institución ha suscitado.

A continuación se entra en la consideración de si las dos indicadas reservas deben mantenerse en nuestro Derecho –como se propugna en el estudio– por resolver situaciones injustas que pueden darse –y, de hecho, se han dado– en algunos casos, o, por el contrario, es preferible apuntarse a la tendencia, que se observa en las legislaciones autonómicas, de supresión radical de las mismas, como se ha hecho en Cataluña y Galicia. No falta quien indique que la supresión de las reservas podría fundamentarse en un argumento de peso, cual es el hecho de que, en la realidad social de nuestros días, el legislador ha de tender a la eliminación de las limitaciones o vinculaciones legales, favoreciendo, por el contrario, la desvinculación de los bienes; y, además, pueden resultar problemáticas unas reservas de las que, en muchos casos, no hay constancia registral. A pesar de lo atinadas que resultan estas consideraciones, los reunidos se inclinan, mayoritariamente, por la conservación de las reservas, considerando que los argumentos que se dan en el estudio aportado por el Académico Carlos Jiménez Gallego son convincentes, dándolos aquí por reproducidos.

A pesar de la opinión favorable al mantenimiento de las reservas, se apunta por algunos de los Académicos reunidos que, dado el hecho de venir

reguladas las reservas por el Código civil, posiblemente sería prudente no incluir en el estudio proyectos de modificación de esta legislación general, evitándose que, en el futuro, y de llegar a aprobarse una ley autonómica sobre la materia, nos veamos sorprendidos por una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un órgano judicial, como ha venido sucediendo últimamente. Sin embargo, la mayoría considera que nuestra Comunidad Autónoma tiene un título competencial indudable para legislar sobre la materia, al tratarse de una institución de Derecho sucesorio, que se ha venido aplicando tradicionalmente entre nosotros, según ha puesto de relieve –en lo que respecta a la reserva ordinaria– la sentencia de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ 3/2010 de 25 de Mayo, y el propio artículo 43 de nuestra Compilación, que remite a los artículos 811 y 812 del Código civil.

Pasando ya a la consideración de algunos aspectos concretos del estudio, se hace referencia, dentro de la reserva ordinaria, a los supuestos en que la extinción del primer matrimonio no tiene lugar por fallecimiento del cónyuge transmitente de los bienes después reservables, sino por divorcio, separación o nulidad. Se considera que no es extensible a estos casos la existencia de la reserva, porque en ellos ha habido una liquidación de los bienes de los cónyuges, sea a través del convenio regulador, sea a través de las resoluciones judiciales mediante las que, a falta de convenio, se adjudican los bienes entre uno y otro cónyuge, permitiendo al cónyuge transmitente alegar que los bienes donados al consorte realmente lo fueron con la intención de que pasaran luego a los hijos. Además, tanto el divorcio como la sentencia de nulidad extinguen totalmente el matrimonio, por lo que no parece lógico que tras las sentencias de divorcio y nulidad, que tienen carácter constitutivo, y la consiguiente liquidación de los bienes del matrimonio, queden flotando los flecos de las reservas. Por otra parte, no puede olvidarse que, según la actual redacción del artículo 4 de la Compilación –aunque existe un anteproyecto de la Comissió Assessora de Dret civil modificativo–, la separación, el divorcio y la anulación del matrimonio, si el donatario ha procedido de mala fe, son causas de revocación de las donaciones entre cónyuges.

La extensión de la reserva ordinaria a la pareja estable, debidamente inscrita en el Registro especial, parece que es una consecuencia necesaria de la asimilación de la misma al matrimonio, derivada de la ley 18/2001 de 19 de Diciembre del Parlament balear, que, en su artículo 13, concede al miembro de la pareja que sobreviva al otro los mismos derechos que la Compilación establece para el cónyuge viudo, y, en la disposición adicional segunda, nos dice que los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Illes Balears se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable. De todos modos, no falta quien pone de relieve que esta equiparación de la pareja estable al

matrimonio puede llegar a producir situaciones de inconstitucionalidad –como pone de relieve también el estudio del Académico Carlos Jiménez Gallego–, aunque se opina que mientras se trate de cuestiones de carácter económico matrimonial y sucesorio, el título competencial de nuestra Comunidad Autónoma es indudable.

Se pasa a considerar, a continuación, la reserva establecida por el art. 969 Cc, que impone al viudo o viuda la obligación de reservar los bienes adquiridos por testamento, sucesión intestada, donación o cualquier otro título gratuito, de cualquiera de los hijos del primer matrimonio, así como de los parientes del cónyuge premuerto por consideración a éste, opinándose, sobre el particular, que este último requisito –el hecho de haberse efectuado la donación en consideración al cónyuge difunto– no tiene sentido, ya que es de *probatio diabolica*, al tratarse de una cuestión meramente interna del donante, de ahí que sería conveniente su supresión; y, por otra parte, parecería conveniente establecer una limitación de grado a los parientes de que trata el precepto, pues debe prevalecer el concepto legal de parentesco –que es el que proclama el Código civil como límite de la sucesión intestada, coincidiendo con el cuarto grado– sobre el concepto general de parentesco, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, sería todo vínculo, conexión o enlace por consanguinidad o afinidad, por lo que podría extenderse *ad infinitum*, según lo que resulte del árbol genealógico.

En cuanto a las obras realizadas por el reservista en los bienes reservables, se manifiesta la conformidad –apuntada en el estudio– con las reglas de liquidación del estado posesorio, señalando que el reservista, como poseedor de buena fe, tiene derecho a resarcirse de las obras necesarias y útiles, pero no de las de mero ornato y recreo.

Se entra después en la cuestión de la enajenación por el reservista de los bienes inmuebles reservables, la cual –según el artículo 975 Cc– subsistirá si, a la muerte del reservista, no quedan reservatarios, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Y, particularmente, se plantea la cuestión de la virtualidad de una reserva no inscrita, de la que no ha podido tener, por tanto, conocimiento el adquirente de la finca. Se considera que la protección de este tercero dependerá de su buena fe y, consiguientemente, si tenía o no conocimiento de la reserva, por lo que podría darse el caso de que, a pesar de la falta de inscripción de la reserva, podría la misma oponerse al tercero que, extraregistralmente, hubiere tenido conocimiento de la misma.

Se considera evidente que el reservista puede enajenar los bienes reservables con autorización de los reservatarios, pero ya plantea más dudas la cuestión de si, en estos casos, la reserva sigue subsistiendo sobre los bienes subrogados. En todo caso debe estarse, de entrada, a lo pactado; pero, a falta de pacto

explícito, es indudable que la autorización para la venta por parte de los reservatarios es un acto propio que les vincula, ya que han dado su conformidad a la venta sin formular reserva o protesta alguna, por lo que habría que entender extinguida la reserva.

Por lo que respecta a la facultad del reservista de distribuir los bienes reservables entre los reservatarios, se considera que puede efectuarlo con total libertad, dado que la facultad de mejorar, a la que refiere el artículo 972 Cc, es explicable en el contexto del Código civil, pero no debe ser utilizada la palabra “mejorar” al enfocar el tema dentro de nuestro Derecho, criterio seguido con acierto en el proyecto *de lege ferenda* con el que finaliza el estudio, en el que se habla de “libre distribución”.

La responsabilidad de los bienes reservables por las deudas del transmitente o del reservista da lugar a diferentes opiniones que, en definitiva, vienen a coincidir en la consideración de que la responsabilidad de estos bienes por las deudas del transmitente es obvia, pues son bienes de su herencia que, como tales, están afectos al pago de las deudas de la misma, teniendo los acreedores un derecho prioritario para resarcirse de ellas. En cambio, suscita muchas más dudas la responsabilidad por las deudas del reservista, particularmente cuando se está ante una reserva debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, pues, de esta manera, los acreedores conocen la cargas o limitaciones que pesan sobre el bien en cuestión. Téngase en cuenta, además, que si los bienes reservables respondieran *prima facie* de las deudas del reservista, éste podría dejar sin efecto la reserva mediante la simulación de unas deudas. Todo ello permite llegar a la conclusión de que, cuando se trata de una reserva debidamente inscrita –como exige, por otra parte, el artículo 977 Cc– el posible apremio de los bienes por parte de los acreedores del reservista viene condicionado por la existencia de la reserva.

También suscita dudas la cuestión de si los reservatarios suceden al transmitente o al reservista.. Ello va ligado al tema de la naturaleza jurídica de la reserva, habiendo dado lugar a opiniones que identificaban al reservista como un mero usufructuario de los bienes reservables, otras, por el contrario, lo consideran propietario de estos bienes, aunque con la limitación de la reserva, y hay quienes opinan que, en realidad, lo que existe es una sustitución fideicomisaria, en la que el reservista es el fiduciario y los reservatarios los fideicomisarios. Como la tesis del usufructo no parece la más fiable, ello llevaría a la conclusión de que el reservista ha pasado a ser propietario –aunque limitado por la reserva– de los bienes reservables, y de él los recibirían los reservatarios.

Se plantea la cuestión de si cabe la dispensa de reserva por parte del transmitente. Aun cuando el artículo 968 Cc se manifiesta de manera imperativa

–“estará obligado a reservar”, dice textualmente– y la STS de 4 de Junio de 1987, si bien referida a la reserva lineal, estableció que la obligación de reservar es una norma imperativa, que no deja margen a la autonomía de la voluntad para dejarla sin efecto, la opinión unánime es que el transmitente del bien reservable puede dispensar de la reserva, y ello por el hecho de fundarse la misma en que su consentimiento al donar el bien reservable al cónyuge se formó sobre la base de que el no dispondría del mismo a favor de persona distinta de sus hijos comunes. Por tanto, viniendo la reserva dirigida a la protección de este *animus*, es claro que deje de existir al evidenciarse que se efectuó la donación sin tener en cuenta estos condicionamientos.

Se finaliza la sesión, dejando para la próxima el estudio de la reserva lineal, de la que se dice por uno de los Académicos reunidos que, en las islas Pitiusas, hay una verdadera tradición en cuanto a que los bienes no salgan de una u otra línea.

La próxima sesión tendrá lugar en la sede de la Academia el día 30 de Abril próximo a las 18 horas.

**ACTA DE LA SESIÓN DE LA
COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO
CELEBRADA EL 30 DE ABRIL DE 2012.**

En el mencionado día, a las 18 horas, se reúnen en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears los Académicos Señores don Bernardo Cardona Escandell, don Jaime Ferrer Pons, don Carlos Jiménez Gallego, don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, don Miquel Masot Miquel y don Tomás Mir de la Fuente. Excusan su inasistencia D^a María Pilar Ferrer Vanrell, don José Cerdá Gimeno, quien anteriormente había presentado un informe, y don Javier Muñoz Jiménez, todos ellos por motivos relacionados con su salud .

Abierto el acto, se continua con el estudio del trabajo presentado por el Académico Señor Jiménez Gallego, en el punto en que se dejó en la anterior reunión, pasándose a tratar, por tanto, de la reserva lineal.

Los Académicos asistentes muestran su conformidad con la afirmación de que el art. 811 Cc no queda carente de sentido por el hecho de que, según la actual normativa, en la sucesión intestada el cónyuge sobreviviente pueda heredar directamente del premuerto con mayor facilidad que antes, al haberse antepuesto a los colaterales, con lo que el cambio de línea puede darse con mayor frecuencia que antes. En este sentido, se afirma que el artículo 811 puede seguir siendo conveniente para remediar situaciones anómalas, ya que se refiere no solamente a los padres, sino también a otros posibles parientes, como los abuelos y los hermanos.

Igualmente se muestra el total acuerdo con la posible facultad del reservista de distribuir libremente los bienes reservables entre los reservatarios –lo que la doctrina civilista común llama facultad de mejorar– que se deriva del propio art. 811 Cc, que no impone en modo alguno la igualdad entre los reservatarios, y sobre la que ha hecho muy atinadas precisiones la STS de 21 de Octubre de 1991 –citada en el informe–, al decir que “el criterio establecido por la sentencia de 8 de Junio de 1954, según la cual el art. 811 implica una distribución de los bienes por igual entre los reservatarios si hay pluralidad de titulares, no parece aconsejable mantenerlo, por cuanto hoy debe prevalecer el respeto a la libertad, y, cuando al hacer uso de ella, no se rebasen los límites de los preceptos prohibitivos no cabe hablar de la nulidad contemplada por el art. 6.3 Cc”. Y añade la sentencia que “la premisa de la citada sentencia de 8 de Junio de 1954 que habla de imposibilidad de disposición post mortem, debe entenderse como imposibilidad de disposición a favor de parientes distintos de los reservatarios, concluyendo que la absoluta igualdad entre los

llamados por ser del mismo grado no se obtiene de las premisas del silogismo. Aparte de la existencia de otras sentencias —cual la de 25 de Marzo de 1933— favorable a la facultad de mejorar”.

Se está de acuerdo también con las consideraciones que se hacen en el estudio sobre la naturaleza del derecho del reservatario, que constituye una simple expectativa jurídica, que se concreta tan solo en las facultades para asegurar su futuro derecho. En este sentido, se recuerda la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de Febrero de 1969, expresiva de que “el derecho a la reserva de bienes del art. 811 es de carácter personalísimo y sólo cabe su ejercicio por la persona que reúna las circunstancias previstas en la ley, sin que pueda transmitirse a otras personas que no estén dentro del tercer grado, ya que, debido a aquel carácter, la acción quedó extinguido si no la ejercitó el reservatario, y solamente si éste fallece después de haber hecho la reclamación, sus herederos podrán pedir los bienes reservables, pero no porque se les haya transmitido su derecho a la reserva, sino como continuadores de la personalidad del causante y haber éste manifestado su voluntad de adquirirlos”.

Se da la total conformidad, sin que nada haya que añadir, a los apartados II y III, relativos, respectivamente, al Panorama del Derecho comparado este último, la siguiente precisión: por uno de los Académicos reunidos se expresa su total acuerdo con las manifestaciones que se hacen en el estudio sobre la “sombra de inconstitucionalidad” que se cierne sobre la regulación de las parejas estables, al prever para las mismas, unos efectos, y, en definitiva, una situación jurídica, igual a la del matrimonio; en este sentido se comenta que, al parecer, la Sala Civil y Penal del TSJ de Galicia ha planteado cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley de parejas estables gallega. Se indica, por parte de otro Académico, que no puede dudarse de la constitucionalidad de las disposiciones de la ley de parejas estables balear referidas al régimen económico de la pareja y sucesorio, ya que la competencia legislativa de nuestra Comunidad Autónoma en ambas materias es indudable. Se apunta que el título competencial en el que se fundamentan muchas de las leyes de parejas estables aprobadas no radica en el Derecho civil propio, sino en el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley y la protección a la familia, que no se circunscribe a la matrimonial.

Entrando en el anteproyecto de ley con el que finaliza el estudio del Académico Señor Jiménez Gallego, los reunidos muestran su conformidad al mismo, introduciendo algunas pequeñas correcciones.

Asimismo, por parte de uno de los Académicos reunidos se manifiestan sus dudas sobre la no aplicación de la reserva ordinaria en los casos de matrimonio nulo, según se establece en el art. 1 del proyecto, particularmente al poder haber existido en el mismo un contrayente de buena fe que, como tal,

estaría necesitado de protección jurídica. Se considera, empero, que en el proceso de nulidad matrimonial tiene que existir una liquidación de los bienes, mediante el convenio regulador o, a falta del mismo, en virtud de resolución judicial, adjudicándolos a uno u otro cónyuge, y, en dicho procedimiento liquidatorio, los cónyuges podrán hacer las manifestaciones que juzguen oportunas sobre el carácter reservable de ciertos bienes; aparte de suponer la declaración de nulidad la extinción del matrimonio, por lo que no parece lógico que queden flecos pendientes. Distinto es el supuesto de los bienes donados por los descendientes del anterior matrimonio (art. 2 del proyecto), en cuyo supuesto procederá la reserva siempre que se trate de donaciones efectuadas antes de la interposición de la demanda de separación, nulidad o divorcio.

Uno de los Académicos reunidos expone, certeramente, que, en caso de adquirir refrendo legal la consideración de que la reserva lineal solo entra en juego por sucesión intestada, pero no mediante el juego de la legítima de los padres –innovación que se juzga acertada, al no tener demasiado sentido el pago de una legítima mediante bienes reservables–, sería necesario indicar en el art. 53 de la Compilación, referido a la sucesión ab intestato, , que, de la remisión al Código civil que realiza el precepto, debería quedar excluido el art. 942 Cc, en cuanto establece que lo dispuesto en el art. 811 es aplicable a la sucesión testamentaria.

Es objeto de lectura a los reunidos el dictamen del Académico de Eivissa Señor Cerdà Gimeno, que, tras la exposición de los correspondientes antecedentes, finaliza de la siguiente manera:

“Desde el año 1990 en las islas de IBIZA y FORMENTERA, en esta materia de las “Reservas Sucesorias”, **rige y es vigente** la normativa del Código civil”.

“**Idéntica aplicación** en ambas islas es dable observar en todo el ámbito del Derecho Sucesorio del Código Civil *supletoriamente* aplicable (en defecto del expresamente compilado: hoy por la ley 8/1990 de 28 de Junio del P.I.B.)”.

“Concordando con nuestra mejor doctrina especializada en el tema de las **remisiones normativas**, habrá que precisar que las correspondientes remisiones al Código Civil efectuadas en cada caso debatido o supuesto concreto deberían siempre entenderse en su dimensión **dinámica** (esto es, en la versión actualizada y vigente del C.c. en ese concreto momento de la remisión)”.

Por su parte, el Académico, también de Eivissa, Señor Cardona Escandell hace diversas consideraciones, manifestando que el tema de las reservas ha sido objeto de especiales controversias, particularmente en el seno de los Tribunales, por lo que considera positivas todas las mejoras legislativas, siempre que vengán impulsadas por el propósito de hacer la normativa lo más clara y

precisa posible, evitando las cuestiones dudosas que, en bastantes ocasiones, se han planteado ante los Tribunales. Señala que las reservas tienen bastante arraigo en la conciencia popular, dado que la misma no considera lógico que los bienes cambien de línea por el juego de los hechos que dan lugar a las reservas.

Por el Presidente de la Academia se agradece a todos la importante colaboración prestada, y se conviene que el informe de la Comisión Académica, sobre el tema de las reservas sucesorias, comprenderá el trabajo elaborado por el Académico Señor Jiménez Gallego y las actas de las sesiones realizadas.

Y sin más asuntos que tratar se levantó la sesión.

X.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO

La Comisión Académica de Derecho Público sigue avanzando gracias a los meritorios esfuerzos del Académico de Número y Secretario de la Corporación D. Tomás Mir de la Fuente.

En la presente ocasión, la aportación del Ilustre Académico de Número es de notoria actualidad e interés.

Por una parte, nos hace partícipe de sus meditaciones sobre un tema que, incluso, ha aparecido en la prensa –si bien referido a Grecia– cual es el de la posibilidad de vender alguna de las islas constitutivas de su territorio nacional. Tal es el tema del trabajo titulado “Islas en venta”, en el que el Sr. Mir de la Fuente muestra sus amplios conocimientos de la Nesología, o ciencia de las islas, ya puestos de relieve en el Boletín XI de la Academia, en el que figura un artículo suyo titulado “Archipiélago e Islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía”.

La segunda aportación del Sr. Mir de la Fuente consiste en el extenso trabajo titulado “Las Islas Baleares en la historia del constitucionalismo”, que da múltiples datos que pueden ser de evidente interés para los constitucionalistas –y para el público jurídico en general–, a través de las cuatro vías de investigaciones a través de las cuales se estructura el trabajo, tratando separadamente de las Constituciones históricas que hablan de las Islas Baleares, de las que no lo hacen, de las que no hablan de islas, pero sí del territorio, y de las que no mencionan las islas ni el territorio.

Indudablemente, la aportación del Sr. Mir de la Fuente es un motivo más de agradecimiento al mismo por parte de nuestra Academia.

1. ISLAS EN VENTA

Tomás Mir de la Fuente

SUMARIO.

- I. LA CIENCIA DE LAS ISLAS: NESOLOGÍA Y NESOGRAFÍA.
- II. EL DERECHO DE LAS ISLAS O LA ISLA COMO OBJETO JURÍDICO: LA NESONOMÍA. EL TEMA DE LA PROPIEDAD DE LAS ISLAS, PRIMERO DE SU RAMA DE DERECHO CIVIL, Y DE ACTUALIDAD INESPERADA.
- III. LA VENTA DE LAS ISLAS ESPAÑOLAS COMO COROLARIO DEL PROBLEMA DE SU PROPIEDAD.
 - 1) ISLAS DEL ESTADO O DE LOS PARTICULARES.
 - 2) LA SOLUCION DEL PROBLEMA:
 - a) La literatura sobre la propiedad de las islas españolas.
 - b) Perspectivas de un tema multidisciplinar:
 - 1. Historia.
 - 2. Situación actual tras la Ley de Costas de 28 de julio de 1988:
 - 2.1 Los textos y su alcance.
 - 2.2 Las islas Baleares (y Canarias) ¿de dominio público?.
 - 2.3 Régimen jurídico de las islas españolas del Estado.
 - c) Venta de las islas del Estado por ley.
 - d) Venta de las islas de particulares:
 - 1. Las limitaciones del contenido de derecho de propiedad.
 - 2. Los cuestionables compradores extranjeros:
 - 2.1 La ley 8/1975 de 12 de marzo.
 - 2.2 La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991 y los ciudadanos de Estados miembro de la CEE.

I

LA CIENCIA DE LAS ISLAS: NESOLOGÍA Y NESOGRAFÍA.

La ciencia de las islas se llama Nesología. No insulogía ni insulología. Porque, en griego, isla es nes o nesos. Y del logos griego viene la logía. Como del latín insula.

El primero que habló de ella fue, en el siglo pasado, el psicólogo francés ABRAHAM MOLES, estudioso de la influencia del medio sobre la personalidad. Para no hablar de la insularidad o aislamiento, sin duda, lo hizo de la isleidad. Realmente, bautizó su ciencia con el nombre de *Nessiologie*, que sería Nesiología.

En España, hay que reconocer que sin demasiado éxito, hace menos, aspiró a darle más contenido, a lo que llamó Nesología, el catedrático de Filología Griega de la Universidad de Madrid MARCOS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, quien ambicionó incluir en ella todos los conocimientos sobre las islas, en los ámbitos de la Mitología, la Religión, la Historia, la Geografía, la Filosofía, la Psicología y la Literatura.

Empezó por su concepto, concluyendo con LUIS ÁLVAREZ CRUZ, que lo único seguro es que las islas son porciones de tierra rodeadas de teorías por todas partes, y siguió, como era de esperar, por su especialidad, con el estudio de los nombres de las islas Míticas, comenzando por las Canarias (las Afortunadas o de la Bienaventuranza en sus relaciones con la Atlántida), distinguiendo: la *Nesonímia* (sobre los nombres, de dioses –Crono–, de héroes –Aquiles–, de mitos –Hespérides–, de animales –Cabrera–, de vegetales –del Perejil¹– o minerales –de la sal–), y la *Polinomia* o *Metanomasia* (sobre los distintos nombres, según quien se lo dé –como las Gimnesias y las Baleárides de griegos o fenicios, luego Baleares de los romanos, que para los naturales no lo eran– y sobre los cambios de nombre –como el de la isla de Delos, que, antes de ser visible, mientras estuvo errante y no cayó de los cielos, fue Adelos–), y descubriendo otras ramas, como la *Nesogonia* (sobre la muerte de las islas) y la *Nesogenia* (sobre su origen, por metamorfosis, emersión, o otras causas mitológicas).

Y las clasificó según variados criterios en: reales, utópicas, escatológicas, flotantes, mágicas, encantadas o literarias. Como, con criterio turístico, hoy²,

1 - De cuyo nombre se ha dicho procede el de España. Lo hizo M. Víctor Bérard, en *Los orígenes de La Odisea*, donde dijo que era la isla de Calipso -de kalipto = ocultar, esconder- o la isla del Escondrijo I-spanea, en cuya gran cueva había perejil.

2 - En el n° 19 de la Revista Grandes Viajes, de 1996.

se habla de paradisíacas, por descubrir, de cine, de las especias, de piratas, del Tesoro, históricas, salvajes, de misterio o de hielo.

Realmente el primer nesólogo fue el historiador Diodoro de Sicilia o Sículo (Siglo I a. JC), autor de una *Neosotiqué* (neosotícos = insular), que empieza por Sicilia. Estudio de las islas más amplio que los respectivos capítulos *De insulis*, de obras anteriores, más universales, dentro del *finisterre y el mare nostrum*, como las de Plinio, Estrabón y Pomponio Mela. Y, aún, de las Etimologías de San Isidoro de Sevilla. Verdadero precursor de los Isolari, italianos renacentistas, superadores de los atlas, portulanos y planisferios de Jafuda Cresques y demás cartógrafos mallorquines, entre otros, y de los tratados sobre las islas, más modernos y todavía más completos que los islarios. Como, por citar los más conocidos, los de Doménico Silvestri³, Alonso de Santa Cruz⁴, André Threvet⁵, Jean Matal⁶, Nicolaus Eptein (autor de una *Nesographiae generalis*) y el almirante turco-otomano Prî Reis (autor del *Kitab-I* o Libro para navegantes).

La primera rama de la Nesología, para mí, es la Nesografía o Geografía de las islas, por ser presupuesto y punto de partida de mi particular contemplación jurídica. Y porque la isla es, antes que nada, un accidente geográfico. Importante y frecuente. Tanto que, como dice José Cervera Pery⁷, hay más de quinientas mil islas en el mundo, que van desde Groenlandia (de más de dos millones de Km2, tan helados como el agua del océano polar Artico con el que se confunde) hasta millares de islas perdidas y mínimas, muchas de ellas visibles solamente con la marea baja, o que presentan dudas sobre su calificación como tales. Y es que, realmente, en el Planeta Tierra, no hay más que islas, pues lo son, vistos desde el espacio sideral, sobre el mar azul, todos y cada uno de los cinco continentes de Euroasia (Europa y Asia), de África, de América, de Oceanía (formada por Australia y más de 25.000 islas⁸), y de la Antártida⁹. Estrabón, en su día, ya había dicho que el planeta entero es una isla, rodeada de aire. El planeta azul.

3 - Autor de *De insulis et earum proprietatibus*.

4 - Autor de *Isolario general de todas las islas del mundo*.

5 - Autor de *Le grand isolaire et pilotage*.

6 - Autor de *Insularium: orbis aliquot insulam tablis aeneis delineationem, in quo describuntur multae per oceanum sparsae insulae, operi geographico... Europa, Asia, Africa et América describuntur*.

7 - *El Derecho de Mar. Evolución, contenido, perspectivas (de las bulas papales al Convenio de Jamaica) 1992*.

8 - Que se agrupan en Polinesia, Micronesia y Melanesia.

9 - El Ártico es agua helada.

II

EL DERECHO DE LAS ISLAS O LA ISLA COMO OBJETO JURÍDICO: LA NESONOMÍA. EL TEMA DE LA PROPIEDAD DE LAS ISLAS, COMO PRIMERO, EN SU PARTE DE DERECHO CIVIL, Y SU ACTUALIDAD INESPERADA.

Yo, además de isleño, entre otras cosas, soy nesólogo (desde que no hace mucho cayó en mis manos un Número monográfico de la Revista de Occidente sobre las islas). Posiblemente, ya sea un nesónomo (de la rama de la Nesonomía, de nomos = norma). Porque, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, propuse, como tema científico de la Comisión Académica de Derecho Público, al constituirse, el de Las islas y el Derecho o la isla como objeto del Derecho. Como lo es, de los Derechos Internacional, Constitucional, Administrativo, Tributario, Civil, Mercantil, Penal y Procesal. Y, para dar ejemplo, elaboré un estudio, que se publicó en el nº XI del Boletín, titulado *Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía*. Con lo que he empezado el estudio jurídico de las islas que tengo más cerca y conozco más. Estudio en el que las Islas Canarias (que son islas ultraperiféricas, en los términos del Tratado de Roma, y tienen una Universidad con mucha solera, y tradicionalmente han tenido instituciones insulares propias –los 7 Cabildos insulares– y provinciales –las 2 mancomunidades intersulares de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife– y una particular sensibilidad hacia el conjunto del archipiélago, en cuyas islas mayores –o de mayor relieve, en los pronósticos metereológicos– tienen asiento, incluso itinerante, los órganos de la Comunidad Autónoma), nos llevan mucha ventaja, y al que, ahora, contribuyo con una aportación de Derecho Civil –que es donde hay que situar el tema de la propiedad de las islas (y su inscripción en el Registro de la Propiedad, como finca, en su caso) y su tráfico jurídico– válido para todas las islas españolas.

Tema que me sugiere la actualidad, pues, una de las posibles medidas anticrisis, para evitar lo que se ha venido en llamar el rescate de Grecia, era la venta de las islas griegas. Lo que, si pudiera ser, no sorprendería, porque, en tiempos de escasez, para conseguir dinero, si no se tiene crédito, hay que vender –*vendre sa casa y anar de lloguer*, se decía aquí– despues de empeñar o vender las joyas. Las de la Corona, o las reservas de oro del Banco de España, si se trata del Estado.

Se dice también, que, cuando veas las barbas de tu vecino pelar, pon las tuyas a remojar, por lo que conviene empezar a pensar en la necesidad, utilidad y posibilidad de vender las islas españolas (que seguramente, y

proporcionalmente a la longitud de la costa, sean menos que las griegas¹⁰ y, desde luego, menos famosas como conjunto, aunque también con su larga historia).

Pensando solamente en las islas Baleares, recordaré que la de Menorca fue *cedida* (con sus tierras y sus habitantes) a Gran Bretaña y pasó a Francia (en ambos casos como Colonia), y la de Cabrera¹¹ fue vendida por el Estado (cuando había que privatizar, como, antes, hubo que desamortizar), y más tarde recuperada, por expropiación forzosa, en 1916.

III

LA VENTA DE LAS ISLAS ESPAÑOLAS COMO COROLARIO DEL PROBLEMA JURÍDICO DE SU PROPIEDAD.

1) ISLAS DEL ESTADO E ISLAS DE PARTICULARES.

Si hubiera que vender islas españolas, habría primero que saber quién, porque, aunque la compraventa no sea un contrato real, sino meramente obligatorio, lo suele hacer solamente su dueño, por lo del *nemo dat quod non habet*. Y, si hay que vender para que el Estado obtenga dinero pronto, en cantidades importantes, hay que pensar en las islas de su propiedad.

La pregunta que surge es ¿cuáles son? ¿Todas o sólo algunas? La respuesta, hoy, es: no todas, sino solo algunas, y no las *mejores*, aunque sean muchas¹².

Por hablar solamente de las adyacentes a las islas Baleares, de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera¹³, diremos que hay 137, que, en su total conjunto, y con aquéllas, constituyen lo que el Estatuto de Autonomía –que

10 - Hay aproximadamente 5.000, de las 100 están habitadas, siendo 220 las llamadas Cícladas, 163 las del Dodecaneso, 31 las Sasánidas, 12 las Egeas del Norte y 11 las Espórades del Norte, además de Creta de 8.300 Km. Y Eubea de 3.684.

11 - Como lo fue el *Estany des Peix*, en la isla de Formentera, como finca inundada por el mar, siendo realmente una parte de éste con su lecho.

12 - En el Atlas Nacional de España SIGNA, se dice que (sin incluir las 5 islas Baleares mayores, ni las 7 Canarias mayores más las de Alegranza y Graciosa, que tienen más de 10 Km2) el número de islas pequeñas, islotes, peñascos y roques (excluyentes de peñones, escollos y farallones) es de 3.000, de las que 750 tienen nombre propio, 12 tienen más de 1 Km2 y 79 más de 0,4.

13 - En una Geografía de las Islas Baleares moderna, y en un anexo de elaboración propia del autor (sobre datos facilitados por la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma y la Dirección General de Puertos y Costas de la misma –no del Ministerio de Economía y Hacienda, donde está la Dirección General del Patrimonio del Estado, ni de los Ministerios de Defensa y de Medio Ambiente–), se relacionan 137 islas e islotes (con 55 Km2 de superficie, que suponen el 1'1% del total), de los que 37, 34, 48 y 13, son adyacentes, respectivamente, a las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, y 18 constituyen el subarchipiélago de Cabrera.

se aprobó por Ley Orgánica del Estado— llama *Illes Balears* (cuando, en su artículo 12, afirma que la denominación de la Comunidad Autónoma es *Illes Balears*, después de haber dicho, en el 2, que el territorio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears es el formado por el de las Islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y el de las otras islas menores adyacentes).

Pues bien, de estas 137 islas o islotes¹⁴, 34 son, según parece, de propiedad privada¹⁵ o de particulares y 103 de propiedad del Estado u otros entes públicos. Una es del Municipio de Maó (*del Rei*). Otra del Consejo Insular de Mallorca (Dragonera). Las demás del Estado, 17 de las cuales están afectadas al Ministerio de Defensa.

2) SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.

a) La literatura sobre la propiedad de las islas en España.

Para tratar con rigor técnico de la propiedad de las islas españolas, hoy, conviene consultar la mejor bibliografía, que, para mí, está en los dos libros siguientes: 1º *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*. Civitas 2000 Madrid, de JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, Registrador de la Propiedad y Catedrático de Derecho Administrativo, en cuyo Capítulo VI Alteraciones físicas. Régimen del dominio público y propiedad privada resultante. Las islas e islotes, en su epígrafe 6 trata del Régimen de la propiedad de las islas e islotes (arts. 5 y 4 apartado 6 y DT II.3 de la LC y DT XIV del RC), págs. 239 a 251; 2º *El régimen jurídico de las costas españolas*. Aranzadi. 1995 Madrid, de JUAN CALERO RODRÍGUEZ, Abogado del Estado, en cuyas págs. 230 a 235 trata, dentro del Capítulo IV sobre El demanio marítimo-terrestre natural originario, de las islas e islotes, y en las 274 a 278, en el Capítulo V sobre El demanio natural sobrevenido, se refiere a las islas que se forman. En sus consideraciones está la inspiración de las líneas nesológicas y nesonómicas que siguen.

b) Perspectivas de un tema multidisciplinar.

El tema de la propiedad de las islas es de interés antiguo. Multidisciplinar, de Derecho Civil y de Derecho Administrativo, y aún, de Derecho Constitucional, visto el artículo 132.2 de la Constitución Española, para el que, recordémoslo, son bienes de dominio público estatal los que declare la ley y,

14 - Entre ellas unas llamadas *Ses Illetes, S'illot y S'illó*. En castellano Las islitas, el islote y el isleo.

15 - La mayoría de las de más de 1 Km² (*Conillera, de l'Aire, Formentor, Vedrá, Vedranell, den Colom, des Bosc, Tagomago, Espardell, Espalmador y Redona*). Sólo las de Cabrera y Dragonera, no lo son.

en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y plataforma continental, inspirándose su régimen jurídico en los principios de inalienabilidad imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. De lo que resulta que, constitucionalmente, no son de dominio público las islas. Y no lo han sido, y no lo son aún todas, legalmente hasta la Ley de Costas de 28 de julio de 1988.

1. Historia.

Antes de la Ley de Aguas de 1866 las islas (islotas incluidos) eran *res nullius*, sin dueño, susceptibles de adquisición por ocupación. La Ley XXIX, De cuya debe ser la isla que se hace nuevamente en la mar, del Título XXVIII de la Partida III, era bien expresiva, cuando disponía Pocas veces acaesce que se fagan yslas nuevamente en el mar, pero si acaesce que se ficiesse y alguna nueva ysla de nuevo surja, dezimos que debe de ser de aquel que la poblase primeramente e aquel o aquellos que la poblaran deven odebecer al señor, en cuyo señorío es aquel lugar do apareció la ysla.

Fue la Ley de Aguas de 1866 la que dispuso, en su artículo 3, que las islas marítimas ya formadas, que, por no haber sido ocupadas, eran *res nullius*, y las que se formasen, pasaran a ser de dominio privado del Estado (dejando a salvo, expresamente, los derechos adquiridos, que reafirmaba el artículo 299), con la consecuencia de impedir su adquisición por ocupación, por parte de cualquiera, pero no por usucapión, y permitir su tráfico jurídico privado, como bienes patrimoniales del Estado. Lo mismo que sucedía con la legislación sobre bienes mostrencos¹⁶.

El artículo 3 de las Leyes de Puertos de 1880 y 1929, por su parte, dijeron que pertenecen al Estado, y el artículo 371 del Código Civil de 1889¹⁷ que las islas que se formen en los mares adyacentes a las costas de España pertenecen al Estado.

El artículo 2 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 dispuso, al fin, de esta serie histórica, que las islas formadas, o que se formen en el mar territorial..., pertenecerán al Estado en calidad de bienes patrimoniales, salvo

16 - El artículo 1 de esta Ley de 9 de mayo de 1835 había dispuesto que corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles e inmuebles, derechos y prestaciones siguientes: 1º Los que estuvieran vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación alguna.

El artículo 6 disponía: Los bienes que, por no poseerlos ni detentarlos persona ni Corporación alguna, carezcan de dueño conocido se ocuparán desde luego a nombre del Estado, pidiendo la posesión real corporal ante el juzgado competente, que la mandará dar en la forma ordinaria.

El artículo 11 decía: La prescripción con arreglo a las leyes comunes incluye las acciones del Estado y cierra la puerta a sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia.

17 - Del que dijo la STS de 11 de noviembre de 1969 RA 5168 que no había seguido lo que decían Las Partidas, inspiradas en el Derecho Romano que las consideró *res nullius*, adjudicándolas al primer ocupante. En un asunto relativo a la isla de Portals o d'en Sales.

las que sean de propiedad privada o procedan de la desmembración de ésta.

2. Situación actual después de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988.

La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 rompe la tradición legislativa y proclama la demanialidad de las islas e islotes en los términos de sus artículos 4.6 y 5.

2.1 Los textos y su alcance.

· Dispone el artículo 5 que son también del dominio público estatal (no dice marítimo-terrestre estatal) las islas que estén formadas o se formen por razones naturales, en el mar territorial o en las aguas interiores o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas, salvo que sean de propiedad privada de particulares o entidades públicas o procedan de la desmembración de ésta (en cuyo caso serán de dominio público su zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan este carácter, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 4). Después de haber dicho, en el artículo 4.6, que pertenecen al dominio público marítimo-terrestre estatal (además de los que lo son, en todo caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución), los islotes en aguas interiores y mar territorial, sin perjuicio de que, de acuerdo con la Disposición Transitoria 2ª. 3, los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley conservarán esta condición, si bien sus playas y zonas marítimo-terrestre (pero no los acantilados) seguirán siendo (realmente, pasarán a ser, porque antes no lo eran) de dominio público en todo caso.

El artículo 6.1 del Reglamento de 1 de diciembre de 1989 dice que lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley sobre el dominio público de los islotes, se entiende siempre aplicable a las rías y desembocaduras de los ríos hasta donde sea sensible el efecto de las mareas.

· La Ley no dice lo que entiende por islote. Las leyes anteriores lo trataban como cualquier otra clase de isla. Como es, sin duda, acudiendo la doctrina, a falta de definición legal, a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código Civil, que conducen al Diccionario de la Lengua española, para el que es una isla pequeña y despoblada, y peñasco muy grande rodeado por el mar. Como isla es, porción de tierra rodeada de agua por todas partes. Y península, tierra cercada por el agua y que sólo por una parte relativamente estrecha está unida y tiene comunicación con otra tierra de extensión mayor.

· Realmente, aunque solamente a sus efectos, hay definiciones legales de isla e islote, en el Convenio de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua de 29 de abril de 1954, ratificado el 25 de febrero de 1971 BOE de 24 de noviembre de 1971, y en la Convención de la ONU sobre Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982, ratificado el 20 de diciembre de 1996 BOE de 14 de

febrero de 1997, para los que, isla es una “extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”, lo que supone excluir los bajíos y las islas artificiales, pero plantea dudas sobre las islas de hielo y los mismos mares y océano árticos. No son islas, a efectos del derecho a tener zona económica exclusiva y plataforma continental, pero sí mar territorial, sin decir que sean islotes, las “rocas en el mar, no aptas para mantener la habitación humana o vida económica”¹⁸.

JESÚS GONZÁLEZ SALINAS nota a faltar en la Ley de Costas la contemplación de las islas formadas o que se formen (no en el mar territorial o las aguas interiores) en la zona marítimo-terrestre, que, a contrario, deduce, en consideración del régimen de sus alteraciones, que son de dominio público cualquiera que sea la causa de su formación. A diferencia de las islas que procedan de la desmembración de propiedades privada en tierra, que son privadas, según lo visto, siguiendo el precedente de la Ley de Puertos 1880 y la de Costas de 1969.

Realmente tales islas, de las que hablaba el Reglamento de la Ley de Puertos, no se formaron en la zona marítimo-terrestre, sino que, por desmembración de ésta, quedaron en la zona marítima (no marítimo-terrestre) de la que hablaba la Ley de Aguas de 1866, como sinónimo del mar litoral. En la zona marítimo-terrestre se pueden formar montículos o aterramientos, no islas, porque aquélla, está en tierra, formando con las playas la ribera del mar, aunque se pueda inundar por el flujo y reflujo de las mareas, las olas o la filtración del agua.

2.2 Las islas Baleares (y Canarias) ¿de dominio público?

La Ley de Costas de 1988, cuando se refiere a las islas formadas o que se formen en el mar territorial y las aguas interiores, no piensa en las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y demás islas menores adyacentes, que según el Estatuto constituyen las Illes Balears (que es denominación oficial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears), sino en las formadas y que se formen en las aguas que bañan las costas de España (Península, Canarias, islas adyacentes y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, en expresión del antiguo artículo 1 del Código Civil), sean las interiores (las comprendidas entre la línea interior del mar

18 - España cree que son rocas Rockall (peñasco rocoso deshabitado, bajo soberanía británica, en el océano Atlántico, a partir de las que el Reino Unido estableció zona económica exclusiva en perjuicio de buques pesqueros españoles, entre otros) y las Islas Salvajes (portuguesas, entre Madeira y las islas Canarias, por deshabitadas y con faro automatizado, respecto de las que Portugal hizo unilateralmente una delimitación basada en el trazado de su línea media). Y, por el contrario, defiende que la isla de Alborán, entre las costas peninsulares y marroquíes, no es roca sino isla porque alberga un destacamento militar, sin que haya establecido zona económica exclusiva (a diferencia de Marruecos).

territorial¹⁹ y las líneas de base recta a que se refiere la Ley 10/1977, de 4 de enero –como las del RD de 5 de agosto de 1977²⁰– o la línea de bajamar escorada) sean las marítimas, de su mar territorial²¹.

Las cinco islas Baleares (como las siete islas mayores del archipiélago de las Canarias) no son, por serlo, de propiedad del Estado, como no lo el resto del territorio nacional, sino parte de su territorio de soberanía. Por más que la isla de Cabrera, que perteneció al Estado, y, como de su propiedad particular, adquirida por ocupación, fue vendida y luego readquirida por expropiación, precisamente por razones relacionadas con la soberanía²². Pasando, con la expropiación y el pago del justiprecio, al dominio público, antes de la demanialización general de la Ley de Costas, por su afectación al Ejército.

2.3 Régimen jurídico de las islas españolas del Estado.

· Las islas e islotes del Estado son, desde la Ley de Costas de 1988, bienes de dominio público, afectados al uso público o, en su caso, al servicio público, como la defensa²³, y en tal caso la desafectación de ella no los degrada y convierte en bienes patrimoniales del Estado, sino que las devuelve al uso público, y gestión en materia costera. Afectación que, en cualquier caso, se realizó, sin acto administrativo, sino por la propia Ley de Costas²⁴, apoderada al efecto por la Constitución misma.

19 - Se extiende, hasta la línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base. Según el Convenio de Ginebra. Pero, a tenor de la Ley de Puertos de 24 de noviembre de 1992, sin extenderse, en relación con los países vecinos. O con aquellos cuyas costas se encuentren frente a las españolas, más allá de la línea media delimitada de tal forma que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base, a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial en cada uno de los países, trazadas de conformidad con el Derecho Internacional.

20 - Trazó, para la delimitación de las aguas jurisdiccionales, a que se refiere el artículo 2 de la Ley 20/1967 de 8 de abril, líneas de base rectas en las costas peninsulares e insulares. Respecto de éstas. Solo se establecieron entre las islas que están suficientemente cercanas: en las Baleares, entre Mallorca y Cabrera y entre Ibiza y Formentera; y en las Canarias, entre Fuerteventura y Lanzarote, Alegranza, Graciosa, Montaña Clara y Lobos.

21 - Que incluye las que lindan con la costa hasta que el Gobierno no trace las líneas de base en todos los parajes concretos, donde no lo haya hecho.

22 - Han fracasado los intentos de reversión, por cambio de afectación, porque, no fueron expropiadas en 1916, por necesidades de la defensa nacional, sino por el peligro que para el Estado suponía la eventual propiedad de extranjeros, en las zonas polémicas de costa y fronteras, o de interés para la defensa nacional, y para evitarlo, pues, como dijo el TS, para la defensa nacional no hace falta la isla, lo que hace falta es que no sea de propiedad particular.

23 - Artículos 21.2, 40.2 y 206.3 de la Ley de Costas en relación con la Ley 8/1975 de 12 de marzo de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional.

24 - Expresamente, los islotes en el mar territorial y aguas interiores del artículo 4.6, e implícitamente en el 5 las islas, al decir que también.

· No son bienes de dominio público natural necesario, pero sí de dominio público marítimo-terrestre, porque no es el mero hecho de ser islas, sino, además haber pertenecido al Estado, lo que la Ley de Costas ha considerado decisivo para demanializarlas. Y aunque el artículo 5, en su literalidad, sólo dice de dominio público estatal, hay que entender dice, además, de dominio público marítimo-terrestre, y por lo tanto de utilización libre, pública y gratuita, en tanto no se acuerde la correspondiente reserva, adscripción o concesión, o ya estuvieran las islas afectas a un servicio público, como la defensa nacional (ex. art. 339.2º del Código Civil). Por aplicación de los criterios de interpretación del artículo 3 del Código Civil, que apela al sistemático, que obliga a enfatizar que el artículo 5, que dice también serán..., está a continuación del 4, que, incluyendo a los islotes en su nº 6, se refiere precisamente al dominio público marítimo-terrestre, como el 3, y recordar que la rúbrica del Título I, que contiene los tres artículos citados y otros, es Bienes de dominio público marítimo-terrestre.

· La isla o el islote pueden desaparecer o dejar de serlo, con más facilidad que el continente, por causas naturales, como la inundación o el aterramiento que le convierta en península o integre en la ribera del mar, o por causas artificiales²⁵. De la misma manera que pueden surgir del mar o formarse en él naturalmente (las islas artificiales no lo son, ni natural ni legalmente, según vimos), por afloramiento²⁶, o por desmenbramiento de la ribera, o incluso aislamiento por la acción del hombre de la zona marítimo-terrestre²⁷.

· Los bienes de dominio público están fuera del comercio, por lo que las islas que nos ocupan son inalienables.

El artículo 1271 del Código Civil dispone que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio. Y lo están los bienes de dominio público.

El artículo 132.1 de la Constitución, por su parte, que la Ley reguladora del régimen jurídico de los bienes de dominio público se inspirará en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Y el artículo 6 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003 proclama, como principios relativos a la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales –siéndolo, según el nº 1,

25 - La isla de Botafoc en el puerto de Ibiza, unida a éste permanentemente por un muelle o la de la Torralla (de la STS de 16 de enero de 1967) con un puente de acceso de relleno y fábrica.

26 - Son las *insulae in mari natas* del Digesto 41.1.2 y 3. Y las islas *que se forman*, de los artículos 371 y 373 del Código Civil. Por erupción volcánica, seísmo, acarreo y depósito de sedimentos fluviales, etc.

27 - La isla del Lazareto en el Puerto de Mahón.

en cualquier caso, aquéllos a los que la Ley otorgue expresamente el carácter de demaniales— los de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Por fin, el artículo 7 de la Ley de Costas dispone que, conforme a lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre, definidos en esta Ley (las islas e islotes del Estado), son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

c) Venta de islas del Estado.

Siendo inalienables las islas de propiedad del Estado por disposición legal, solamente podrán venderse en virtud de una ley desdemanializadora o patrimonializadora posterior.

La transmisión de las islas e islotes de dominio público estatal se ha de articular con actos sobre su utilización, regidos por la correspondiente normativa, sin poder ser objeto de una desafectación, que expresamente queda descartada con carácter general²⁸, mientras sigan existiendo como tales islas e islotes.

La afectación determinada por la entrada en vigor de la Ley de Costas para las islas, tradicionalmente patrimoniales, sólo podrá hacerse cesar mediante una derogación de dicha Ley de Costas, aunque con carácter singular. Tal posibilidad no la impide la Constitución, que solo demanializa la zona marítimo-terrestre y las playas, pero no las islas, cuya demanialidad queda a disposición del legislador.

F. GARRIDO FALLA²⁹ recuerda que la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911 exigía una ley para la enajenación de los derechos y propiedades del Estado, con efecto desafectador y autorizador de los de dominio público, según M.F. CLAVERO ARÉVALO³⁰. Como la ley de 21 de julio de 1960 de cesión al Ayuntamiento de Barcelona del castillo de Montjuich. Y la ley de 9 de septiembre de 1931 de cesión al Ayuntamiento de Palma del castillo de Bellver³¹.

La desafectación por ley de las islas del Estado las haría de propiedad privada o particular del Estado, en principio, quedando sujetas, en lo sus-

28 - El artículo 18 de la Ley de Costas solo la admite en los supuestos de los apartados 5 y 10 del artículo 4, que no se refieren ni a los islotes ni a las islas.

29 - Tratado de Derecho Administrativo II IEP 1960 Madrid pgs. 458 y ss.

30 - La inalienabilidad del dominio público. Sevilla 1958 págs. 80 y ss.

31 - No porque fuera de dominio público, como obra de defensa del territorio del artículo 339 del Código Civil, que hacia tiempo había dejado de ser, sino por haber pertenecido, hasta la proclamación de la Segunda República, al Patrimonio Real, cuya ley de 12 de mayo de 1865, a la que remitió el artículo 342 del Código Civil (y posteriores de 26 de abril de 1876, de 22 de marzo de 1932 –por decreto-ley de 20 de abril el Estado se incautó los bienes del Patrimonio de la Corona– sobre el Patrimonio de la República, y de 4 de marzo de 1940 y ulteriores, sobre el Patrimonio Nacional) exigía para las donaciones una ley formal.

tantivo al Derecho Privado, y, en lo adjetivo y procedimental, al Derecho Administrativo, que, como regla, contempla, para enajenación de los bienes patrimoniales, el concurso. Sin perjuicio del sometimiento a las limitaciones de la propiedad, unas, objetivas, por causa de la protección de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, con los que siempre lindan, como la ribera del mar, y el mar mismo, y, otras, subjetivas, por interés de la defensa.

d) Venta de islas de particulares.

Para completar el panorama debemos hablar de la venta de las islas de propiedad particular o privada³² y nos interesa hacerlo, no tanto por los ingresos públicos que genera (siempre relevantes para el Erario y la lucha contra el déficit, que empuja a la venta de islas griegas, y, en su caso, las españolas del Estado, previa desafectación legal), como porque pone de manifiesto las peculiaridades de tal propiedad. Objetiva y subjetivamente.

1. Las limitaciones del contenido del derecho de propiedad.

La propiedad de los particulares sobre las islas e islotes (diga lo que diga el Registro de la Propiedad sobre sus linderos, como, lindante con el mar por los cuatro puntos cardinales, por ejemplo) no llega al mar que los circunda, sino hasta la ribera del mar, que es de dominio público marítimo-terrestre y por ello está sometida a las limitaciones de protección del Título II de la Ley de Costas, rubricado *Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre*.

· El artículo 5, para las islas, expresamente, dispone que, en las de propiedad privada de particulares o entidades públicas (distintas del Estado, al ser éstas de dominio público, y operar el *nemo res sua serviens*), serán de dominio público su zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan este carácter, conforme a lo establecido en los artículos 3 y 4, que, por lo que importa ahora, incluye, en su n° 4, los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación.³³

No sucede lo mismo con los islotes, de propiedad particular, a los que se refiere la Disposición Transitoria 2ª.3, disponiendo que sus playas y zona

32 - Cuyo mantenimiento en la Ley de Costas de 1988 contrasta con el rigor frente a la imposibilidad de enclaves de propiedad privada en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre (que rechaza implícitamente la Constitución y expresamente su artículo 9).

33 - Según el artículo 6.3 del Reglamento de 1989, se considerará, acantilados sensiblemente verticales aquellos cuyo paramento, como promedio, pueda ser asimilado a un plano que forme un ángulo con el plano horizontal igual o superior a 60 grados sexagesimales, incluyendo en su definición las bermas o escalonamientos existentes antes de su coronación.

marítimo-terrestre serán de dominio público, sin aludir a los acantilados ni otros bienes de dominio público marítimo-terrestre distintos de los artículos 3 y 4. Lo que tiene gran importancia porque los islotes son islas pequeñas y despobladas y, también, peñascos muy grandes rodeados de mar, lo que hace que algunos³⁴ tengan grandes acantilados.

- Los acantilados de los islotes de propiedad particular, no son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal. Seguramente en los pequeños, si lo fueran hasta su coronación, sólo sería de propiedad privada la corona, con lo que la conservación de que habla la Disposición Transitoria 2ª.3 de la Ley de Costas sería platónica.

- Lindando las islas e islotes de propiedad particular con la ribera de mar (que contiene la zona marítimo-terrestre y las playas), su franja colindante con la línea interior o de tierra de aquélla, por razones de protección del mar territorial y la ribera misma, está sujeta a las limitaciones dominicales que suponen las servidumbres legales, de tránsito, de protección (ambas accesibles desde tierra) y la zona de influencia. Franjas que se cuentan desde la línea interior de la zona marítimo-terrestre, y de anchuras de 20 100 y 500 metros.

- Las islas e islotes también están sujetos a servidumbre legal de acceso al mar, por más que, pueda faltar el público que, desde tierra, quiera acceder, del que habla la norma, si el dueño es uno solo, como en la mayoría de los islotes.

- Los islotes de propiedad particular, según la Disposición Adicional 3ª.1, están declarados de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa.

2. Los cuestionables compradores extranjeros.

2.1 Las islas se encuentran entre las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en los términos de la Ley 8/1975 de 12 de marzo de instalaciones y zonas de interés para la defensa nacional y su reglamento de 10 de enero de 1978³⁵.

El artículo 4 de la Ley dice que tales zonas de acceso restringido son las en que, por exigencias de la defensa nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero con arreglo a lo dispuesto en esta Ley. Y el artículo 32 del Reglamento incluye, en dicha zona, la totalidad de las islas e islotes de soberanía nacional, estableciendo el

34 - Como, en las islas Baleares, el Colomer, de 102 metros de cota máxima, en una superficie de 28.000 m2 y perímetro de 750 metros, y otros, de más cota, como Es Vedrà, de 381.

35 - En línea con la Ley de 23 de octubre de 1935 sobre adquisición de terrenos en las islas españolas y el RD 2098/1985 de 6 de noviembre sobre transferencias de inmuebles en islas y zonas del litoral.

porcentaje máximo de propiedades inmobiliarias de los extranjeros en el 15%, en islas de superficie igual o superior a Formentera (82'8 Km²), y del 1% en las islas e islotes de superficie inferior. Porcentaje que, en las zonas insulares, se computará por islas, y, en cada una de ellas, por términos municipales, según el 33. Y, de acuerdo con el 37, está sujeta al requisito de autorización militar la adquisición, cualquiera que sea el título, por personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con y sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase, y la construcción de las mismas, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros. Disponiendo el artículo 46 plazos, como el de solicitud de la autorización, de tres meses desde la adquisición por título hereditario universal o singular, o, en su defecto, el de un año para la enajenación.

2.2 La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1991 excluyó de las restricciones anteriores a los ciudadanos de la CEE, ahora, UE, excepto que las autoridades militares apreciaran indicios racionales de que las fincas u obras se utilicen para fines contrarios a los intereses de la defensa nacional, en cuyo caso podrán someterse a revisión las autorizaciones concedidas, sirviendo las meras propuestas de base para hacer cesar la situación e incluso anularlas y declarar de utilidad pública la expropiación, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas que pudieran corresponder.

Las limitaciones que, para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación a los terrenos declarados o que se declaren zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en virtud de las disposiciones contenidas en las disposiciones que integran el capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostentan nacionalidad de un Estado miembro de la CEE, y, tratándose de personas jurídicas que ostenten dicha nacionalidad, el aludido régimen será de aplicación en los términos que se prevé respecto de las personas jurídicas españolas.

A propósito de ello se ha de recordar que el artículo 54.3 e) del Tratado constitutivo de la CEE de 25 de abril de 1957 dispone que El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, sobre establecimiento de un programa para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento,... haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro.

2. LAS ISLAS BALEARES EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO

Tomás Mir de la Fuente

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. CONSTITUCIONES QUE HABLAN DE LAS ISLAS BALEARES:

- 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 19 DE MARZO DE 1812.**
- 2. PROYECTO DE CONSTITUCION FEDERAL DE 17 DE JULIO DE 1873.**
- 3. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1931.**

III. CONSTITUCIONES QUE NO HABLAN DE LAS ISLAS BALEARES:

A) CONSTITUCIONES QUE HABLAN DE OTRAS ISLAS:

- 1. Estatuto de Bayona de 7 de julio de 1808.**
- 2. Constitución de la Monarquía española de 1 de junio de 1869.**
- 3. Constitución de la Monarquía española de 9 de diciembre de 1876.**
- 4. Constitución española de 27 de diciembre de 1978.**

B) CONSTITUCIONES QUE NO HABLAN DE ISLAS PERO SI DEL TERRITORIO:

- 1. Constitución de la Monarquía española de 18 de junio de 1837.**
- 2. Constitución de la Monarquía española de 23 de mayo de 1845.**
- 3. Las Leyes Fundamentales del Reino (1938-1977).**

C) CONSTITUCIONES QUE NO HABLAN NI DE ISLAS NI DE TERRITORIO: El Estatuto Real de 10 de abril de 1834.

I. INTRODUCCIÓN.

La conmemoración en el año 2012 del bicentenario de la Constitución de Cádiz tiene más sentido histórico que político (como lo tuvo aún el centenario, en 1912, con la perspectiva de su peripecia e influencia secular y la proximidad de la Guerra Europea), y, para mí, más interés jurídico que político.

De la historia de las Cortes de Cádiz, desde la perspectiva balear, se habló, largo y tendido, según recoge el nº 20 de las Memòries de la Real Acadèmia Mallorquina de Estudis Històrics, Genealògics i Heràldics, en el 1010, en un ciclo de conferencias organizado por ella, con ocasión de su bicentenario, en el que intervinieron eminentes juristas, como su Presidente Don Román Piña Homs, que disertó sobre *La participación del reino de Mallorca en las Cortes de Cádiz*, su Académico Don Antonio Planas Rosselló, que lo hizo sobre *La defensa del Derecho propio del reino ante la perspectiva del nuevo Estado unitario constitucional*, y nuestro Académico de Jurisprudencia y Legislación Don Antonio Pérez Ramos que habló de *La Iglesia mallorquina, el Obispo Nadal y el primer liberalismo en la isla*.

De la Constitución misma ha hablado, casi el día de cumplirse el bicentenario, en sesión solemne de la *Real Acadèmia Mallorquina*, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Illes Balears Don Juan Oliver Araujo, que trató de *Los Principios y valores de la Constitución española de 1812*. Y más se hablará en España a lo largo del año, en el que se celebrará un Congreso internacional.

Quiero contribuir a la celebración, con una aportación jurídica modesta desde las islas Baleares. Porque me interesa como norma jurídica, y porque sin duda es la Ley fundamental española que de las islas Baleares ha hablado con más claridad y directamente como parte integrante del territorio español. Acaso porque en cierto sentido fue un producto insular, de la isla de León, donde las Cortes se reunieron por primera vez. Y será un pretexto para estudiarlas en todas la Constituciones y leyes fundamentales españolas, como no creo se haya hecho.

De la Constitución vigente de 1978 he hablado ya, en el nº XI del *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, en un artículo titulado *archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía*. Hoy me referiré a todas ellas, y sobre todo a las demás, entendidas en un sentido amplio, que incluye el Estatuto de Bayona de 1808, el Estatuto Real de 1834, las Leyes Fundamentales del Reino (cuyos textos refundidos fueron aprobados Decreto de 20 de abril de 1967) y la Ley 1/1977, de 4 de abril para la Reforma Política, que hizo posible, sin ruptura, la actualmente vigente, y aún, como suele hacerse, al nonato proyecto de República Federal de 1873. Lo que me

permitirá tratar de la que rememoramos, de 1812, primera que se refirió explícitamente a las islas Baleares. Como hizo, más tarde, la de 1931 de la Segunda República, aunque solamente como provincia apta para establecer un régimen idéntico al de Cabildos insulares de las islas Canarias, sin prejuzgar su constitución en región en régimen de autonomía, y como hace la de 1978, de algunas, o implícitamente, por cuanto habla de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera, que lo son. Por más que las demás Constituciones, excepto el Estatuto Real, pensaran en ellas, sin citarlas, como islas adyacentes a España, o a la Península, como ha sido y son.

Por ello, según este criterio, hablaré, primero, de las que aluden a las islas Baleares y de las que no lo hacen, después, empezando por las que hablan de las islas, de una forma u otra, o de alguna isla, refiriéndome siempre a lo que dicen del territorio español, nacional o cualquier otro, y sus sinónimos o equivalentes.

II. CONSTITUCIONES QUE HABLAN DE LAS ISLAS BALEARES.

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 19 DE MARZO DE 1812.

a) Los textos insulares.

El artículo 10 (en el Capítulo I Del territorio de las Españas, de su Título II Del territorio de las Españas, su religión y gobierno y de los ciudadanos españoles) dispone: El territorio español comprende en la Península con sus posesiones e **islas** adyacentes: Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, 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 de 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, provincias del Río de la Plata y todas las **islas** adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las **islas** Filipinas y las que dependen de su gobierno.

El artículo 33 *in fine* (en el Capítulo I Del modo de formarse las Cortes, del Título III De las Cortes) dispone: Exceptúase de esta regla (la de que, si en una provincia la población bajase de sesenta mil almas, elegirá un diputado, uniéndose a la inmediata para completar el número de setenta mil requerido) la **isla** de Santo Domingo, que nombrará diputado, cualquiera que sea su población.

Los artículos 36, 60 y 79 (en los Capítulos III, IV y V De las Juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia, del Título III De las Cortes) se refieren respectivamente a las provincias en la Península e **islas** y posesiones adyacentes, en la Península e **Islas** y posesiones adyacentes, y en la Península e **Islas** adyacentes, , contraponiéndolas a las provincias de ultramar, contempladas en los artículos 37, 61 y 80, a los efectos de las dichas Juntas electorales.

El artículo 222 (en el Capítulo IV De los secretarios de Estado y del despacho, del Título IV Del Rey) contempla, entre los siete que enumera, los del despacho de la Gobernación del Reino para la Península e **Islas** adyacentes y del despacho para la Gobernación del Reino para Ultramar.

El artículo 261. 1º (en el Capítulo I De los tribunales, del Título V De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal) dispone que toca al supremo tribunal de Justicia dirimir las competencias de las audiencias entre sí en todo el territorio español, y las de las audiencias con los tribunales especiales que existan en la Península e **Islas** adyacentes.

b) Los demás textos, más o menos territoriales.

1. En el discurso preliminar se habla de Castilla, Aragón, Navarra, Cataluña, León, Asturias, Segovia, Zaragoza, Toledo, La Coruña, las provincias vascongadas, Ultramar y **la isla de Iviza y Formentera**. Asimismo de Europa, África, América, Grecia, Roma, Inglaterra y Bayona. Y del nuevo mundo y el mar Pacífico. Como de los godos, los árabes, los sarracenos, los conquistadores del Norte, la revolución francesa y el Imperio español.

2. En el articulado se habla de **España**. De los Grandes de España, en el artículo 232, sobre el Consejo de Estado, de cuyos cuarenta individuos, lo serán cuatro, y no más, adornados de las virtudes, talento y conocimientos necesarios.

3. Se habla de **las Españas**. Del **territorio de las Españas**, en las rúbricas del Título I y su Primer Capítulo. Y de la **localización** en las Españas, en varios artículos, cuales: el 5.º (en el Capítulo II De los españoles, del Título I De la nación española y de los españoles), según el que son españoles los libertos desde que adquieran la libertad **en las Españas**; el 20 (dentro del Capítulo IV De los ciudadanos españoles), que exige a los extranjeros, para obtener de las Cortes carta especial de ciudadano, haber traído o fijado **en las Españas** alguna invención o industria apreciable; el 21, que alude a los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados **en las Españas**; y el 217, sobre la continuación de la asignación de alimentos a las Infantas de las Españas, si casaren, mientras residan **en las Españas** (y la cesación, si lo hacen **fuera**, sin perjuicio de la entrega de la cantidad que, por una vez, señalen las Cortes). También se alude al **Reino de las Españas**, en el artículo 174 (del que se afirma que es indivisible). Y se refieren al **Rey o a los Reyes de las Españas** los artículos: 155, sobre la fórmula para

promulgar las leyes (N.... por la gracia de Dios y por la Constitución, Rey de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente....); 173, con la fórmula de juramento al acceder al trono (N... por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas: juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé... la religión católica, apostólica romana sin permitir otra alguna en el reino,... que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del reino...); 175, sobre que no pueden ser reyes de las Españas, sino los que sean hijos legítimos...; y 179, según el que el Rey de las Españas es el Señor Don Fernando VII de Borbón, que actualmente reina. Se refieren al **Infante o Infantes de las Españas** los artículos: 202, que dice que los demás hijos (los no primogénitos) del Rey serán y se llamarán Infantes de las Españas; 203, para el que serán y se llamarán Infantes de las Españas los hijos e hijas del Príncipe de Asturias; 204, que limita la calidad de Infante de las Españas a estas personas precisamente; y 205, que dispone que los Infantes de las Españas gozan de las distinciones y honores que... y podrán ser nombrados para toda clase de destinos, exceptuados los de justicia y... De **los dominios de las Españas** se hace mención en el artículo 22, cuando dice que, a los españoles que, por cualquier línea, sean reputados por originarios de África, les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos; en su consecuencia las Cortes concederán carta de ciudadanía a... los que se distingan por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que... estén casados con mujer ingenua y avecinados en los dominios de las Españas.

4. Se habla de los **dominios españoles** en el artículo 18, que se refiere a los españoles que por ambas líneas traigan su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y estén avecinados en cualquier pueblo de los mismos dominios. Y el artículo 29 que dice que esta base (para la representación nacional en ambos hemisferios) es la población compuesta de los naturales que por ambas líneas sean originarios de los dominios españoles. Dentro de los cuales se distinguen los **uropeos** y los **de ultramar**, pues el artículo 30 dispone que, para el cómputo de la población de los dominios uropeos, servirá el último censo del año 1797... y se formará el correspondiente para el... de los de ultramar, sirviendo entre tanto los más auténticos entre los últimos formados. Por su parte, los artículos 157 y 158, sobre la Diputación permanente de las Cortes, dicen que está compuesta por siete individuos de su seno, tres de las provincias de Europa y tres de las de ultramar, y el séptimo saldrá por suerte entre un diputado de Europa y otro de ultramar, y que se nombrarán dos suplentes, uno de Europa y otro de ultramar.

5. El **territorio español**, que es el de las Españas, lo contemplan los artículos 10 y 11. El primero, como sabemos y dijimos, al hablar de las islas Baleares y otros textos insulares, dice lo que comprende el territorio español en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, en la América septentrional, en la América meridional y en el Asia. El segundo, dispone que se

hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan.

6. También se habla de **Reino** (además del de las Españas del artículo 174 dicho) en varios artículos. Como el 104, que dispone que se juntarán las Cortes todos los años en la capital del reino. El 131 que enumera, entre las facultades de las Cortes, la 4^a, de elegir Regencia o Regente del reino, y la 23^a, de aprobar los Reglamentos generales para la policía y sanidad del reino. El 171, sobre el Rey, que, además de la prerrogativa de sancionar las leyes y promulgarlas, tiene las principales facultades siguientes: ...2^a Cuidar de que **en todo el reino** se administre pronta y cumplidamente la justicia. El 172, que impone restricciones a la actividad del Rey, enumera la 2^a, de que no puede ausentarse del reino sin el consentimiento de las Cortes; y si lo hiciere se entiende que ha abdicado la corona. El artículo 173, sobre el juramento del Rey, habla por dos veces del reino. El artículo 207 excluye del llamamiento del Príncipe de Asturias a la corona si, permaneciendo **fuera del reino** más tiempo que el prefijado en el permiso de las Cortes y, requerido para que vuelva, no lo verificara dentro del término señalado. El artículo 368 del plan general de enseñanza dice, que será uniforme en **todo el reino**, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñan las ciencias eclesiásticas y políticas.

7. De la **Monarquía** se habla en el preámbulo y el articulado. En el primero se titula a la Constitución, decretada y sancionada por las Cortes, como Política de la Monarquía española, haciéndolo saber la Regencia del reino, nombrada por las Cortes generales y extraordinarias, en ausencia y cautividad del Don Fernando VII, por la gracia de Dios y la Constitución española, Rey de las Españas. Se dice que las Cortes están convencidas de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía (acompañadas de las oportunas providencias y precauciones que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento) podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, y que decretan la Constitución política para el buen gobierno y la recta administración del Estado.

El artículo 109 dispone que, si la guerra u ocupación de alguna parte del **territorio de la Monarquía** por el enemigo, impidieran que se presenten a tiempo todos o algunos de los diputados de una o más provincias, sean suplidos los que falten por los anteriores diputados de las respectivas provincias, sorteando entre sí hasta completar el número que les corresponda.

El artículo 258 dispone que el Código civil y criminal y el comercio serán unos mismos **para toda Monarquía**, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes. Y el 308 que, si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiere, **en toda la Monarquía o parte de ella**, la supresión de algunas de las formalidades prescritas... para el arresto de los delincuentes..., podrán las Cortes decretarla por tiempo determinado.

8. No se habla, como territorio español, sólo de España, las Españas, el Reino o la Monarquía, sino de otros conceptos geográficos, tales como ya hemos visto los de ambos hemisferios (oriental y occidental del Planisferio o Mapamundi), Europa, Asia, África, América (septentrional y meridional), la Península y otros más, tales como:

1) **Asturias**. Realmente el Príncipe de Asturias, como titula el artículo 201 al hijo primogénito del Rey, al que se refieren también los artículos 131.2^a, 5^a y 22^a (sobre las facultades de las Cortes respecto de él, reconocimiento público, juramento y plan para su educación), 189 (su minoría de edad) y 201, 208, 210, 212 y 215 (sobre su estatuto personal).

2) El **exterior** (contrapuesto al interior) del territorio español, al que se refieren los artículos siguientes:

El artículo 24.1 que se refiere a la pérdida de la calidad de ciudadano español por adquirir naturaleza en **país extranjero**.

El 170, sobre la autoridad del Rey, que dice que se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en **lo interior** y a la seguridad del Estado en **lo exterior**.

El 171.10^o, que le atribuye al Rey dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las **demás potencias**.

El 172.6^o, que no le permite al Rey obligarse con ningún tratado a dar subsidios a ninguna **potencia extranjera** sin el consentimiento de las Cortes.

El artículo 356, referido a la fuerza militar nacional permanente para la defensa **exterior**.

3) Las **provincias**, a las que se refieren artículos como:

El 10, sobre el territorio de las Españas, que habla, en la América septentrional, de las provincias **interiores** de Oriente y las provincias interiores de Occidente, y, en la América meridional, de las provincias **del Río de la Plata**.

El artículo 32, que se refiere a las **diferentes provincias**. Como el 33, que habla de alguna provincia, al tratar del modo de formarse las Cortes, sobre la base de que para la representación nacional se estará a la población, habiendo un diputado por setenta mil almas. Los artículos 34, 78 y siguientes, sobre las Juntas electorales de Provincia, presuponen su existencia en los dos hemisferios, tanto en la Península e islas adyacentes o territorios europeos o **de Europa**, como en las **de ultramar**, a las que se refieren, más que a las otras, los artículos 37, 40 y 80 (sobre las Juntas de parroquia, de partido y de provincia), y los artículos 157 y 158 (sobre la Diputación permanente de las Cortes), 261.1^o y 9^o (sobre el tribunal supremo de Justicia), 268 (sobre las audiencias), 334 (sobre las sesiones de las Diputaciones provinciales), y 335.4^o (sobre obras públicas) y 10^o (sobre misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón para evitar abusos).

La rúbrica del Título VI es Del gobierno **interior** de las provincias y los pueblos. Y la de su Capítulo II Del gobierno político de las provincias y de las Diputaciones provinciales (presididas por el jefe superior nombrado por el Rey). Y el artículo 324 se refiere al jefe superior, en el que residirá el gobierno de las provincias, en cada una de las cuales habrá una Diputación provincial para promover su prosperidad, según el 325.

El artículo 326, pensando en el futuro, dispone que la Diputación provincial estará formada con el presidente, el intendente y siete individuos elegidos en la forma que se dirá..., hecha que sea la nueva **división de provincias** de que trata en el artículo 11. Que, según se vio, concibe la provincia, más que como distrito electoral o ente público, como división del territorio español, al pensar que la división del artículo 10 no es la más conveniente, previendo una ley constitucional para la nueva, que se pospone hasta que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan.

El artículo 335.7º alude al censo y la estadística de las provincias.

El artículo 365 dice literalmente **dentro y fuera** de la respectiva provincia.

c) Otros textos no territoriales, pero relacionados y de interés, al haber sido usados en otras Constituciones como sinónimos de territorio nacional.

1) Sobre el **Estado**.

En el Preámbulo se habla del buen gobierno y recta administración del Estado y de la **administración y gobierno** del Estado.

El artículo 8 se refiere a los **gastos** del Estado.

El 170 extiende la actividad del Rey a la conservación del orden público en lo interior y a la **seguridad** del Estado en lo exterior.

Los artículos 171.4ª, 6ª y 15ª y 189 se refieren al **Consejo de Estado**. Que regula el Capítulo VII del Título IV, rubricado Del Consejo de Estado, donde los artículos 231, 235, 236 y 238 hablan del Consejo de Estado. El 232 alude a los señalados servicios en alguno de los ramos de la administración y gobierno del Estado, como mérito para ser alguno de sus individuos. Y los artículos 233, 238, 240 y 241 mencionan a los **consejeros de Estado**.

El artículo 222 se refiere al **secretario del despacho de Estado**.

El artículo 308 alude a la seguridad del Estado.

El artículo 345 habla de la renta destinada al **servicio** del Estado.

El artículo 356 de la **defensa exterior** del Estado.

Del **estado** (con minúscula) se habla en el artículo 25, sobre la suspensión del ejercicio de los derechos de ciudadanía... por el estado de deudor quebrado o de deudor de los caudales públicos y... por el estado de sirvientes domésticos.

2) Sobre la **Nación**.

En el Preámbulo se alude al bien de **toda la Nación** y al bien y defensa

de la Nación.

El artículo 1 define la Nación **española** como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. El 2 dice que la Nación española es independiente. El 3 que la soberanía reside esencialmente en la Nación. El 4 que la Nación está obligada a conservar y proteger, por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos... El artículo 11 alude a las **circunstancias políticas** de la Nación. El 12 dice que la **religión de la Nación** española es y será perpetuamente la católica.... única verdadera y que la Nación la protege por leyes sabias y justas. El 13 habla de la **felicidad de la Nación**. El 14 de que el **Gobierno de la Nación** es una Monarquía moderada hereditaria. El artículo 20 habla, por su parte, de la **defensa** de la Nación. El 27, de los diputados que representan la Nación. El 100, sobre los poderes de los diputados electos, habla de ellos como representantes de la Nación española. En la fórmula de su juramento, se habla del encargo que la Nación os ha concedido en todo por el bien y la **prosperidad** de la Nación. El 131.14^a se refiere a la facultad de las Cortes de tomar caudales a préstamo, en casos de necesidad, sobre el **crédito de la Nación**. El 171.14^a a la del Rey de hacer propuestas de leyes o de reformas que crea convenientes al **bien de la Nación**. El 172.11^a proclama que **son responsables a la Nación** el secretario del despacho que firme la orden y el juez que la ejecute, contraviniendo la disposición de que el Rey no puede privar a ningún individuo de libertad ni imponerle por sí pena alguna. En la fórmula de juramento del Rey al advenir al trono, del artículo 173, se alude a la **libertad política de la Nación**. El artículo 182 se refiere a los llamamientos sucesorios que las Cortes harán, como vean **que más importa a la Nación**, cuando lleguen a extinguirse todas las líneas. El artículo 345 dispone que habrá una tesorería general para **toda la Nación**.

3) Sobre **lo nacional**.

El artículo 28 alude a la **representación** nacional.

El 172.7^a le prohíbe (no puede) al Rey ceder y enajenar los **bienes nacionales**.

El 171.11^o se refiere al **ejército, armada y milicia nacionales**.

El 138, a esas **milicias nacionales**, como la rúbrica del Capítulo II del Título VII es, De la fuerza militar nacional. El 356, también alude a la **fuerza militar nacional**. El 362 habla de los **cuerpos de milicia nacional**.

4) Sobre **lo español**, además del territorio, se habla, y, sobre todo, de **los españoles**, de los que versan muchos artículos, como:

El artículo 5, que dice quienes **son españoles**.

El 6 dispone que una **obligación principal de todos los españoles** es el amor a la Patria, así como la de ser justos y benéficos.

El 7 establece la **obligación de todos los españoles** de ser fieles a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas.

El 8, la de **todo español** de contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado.

El 9, la de **todo español** de defender la Patria cuando sea llamado por la ley.

El artículo 247 dispone que **ningún español** podrá ser juzgado en causas civiles y criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley. El 280, que no se podrá privar a **ningún español** del derecho a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes. El 287, que **ningún español** podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho y asimismo un mandamiento por escrito del juez, que se le notificará en el acto mismo de la prisión. El artículo 306, que no podrá ser allanada la casa de **ningún español** sino en los casos que determine la ley. El 339, que las contribuciones se repartirán **entre todos los españoles**. El 361, que **ningún español** podrá excusarse del servicio militar. Y el artículo 371, que **todos los españoles** tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior.

De los **ciudadanos españoles**, que es la rúbrica del Capítulo VI del Título II, hablan otros muchos artículos, tales como:

El artículo 18 que dice que son ciudadanos aquellos españoles que...

El 19, que es ciudadano el extranjero que, gozando ya de los derechos de español, obtiene de las Cortes carta especial de ciudadano.

El 20 contempla el hecho de estar casado con española.

El artículo 22 se refiere, en orden a la obtención de la carta de ciudadano, a los españoles que por cualquier línea sean habidos y reputados por originarios de África.

El artículo 24 alude a la pérdida de **la calidad de ciudadano español**.

De los ciudadanos y sus derechos hablan los artículos 25, 26, 35, 45, 47, 48, 49, 52, 55, 56, 58, 75, 91, 193, 223, 313, 317 y 330.

5) De los **súbditos del Rey** se habla en el artículo 208, sobre el matrimonio del Príncipe, los Infantes e Infantas y sus hijos y descendientes que sean súbditos del Rey.

De los **naturales del reino** habla el 198, a propósito del tutor del Rey menor. Como lo hizo el 29 de los naturales originarios de los dominios españoles.

De **almas** (almas de población), hablan los artículos 31, 32, 33 y 310.

De **individuo**, el artículo 172.11^a, según el que el Rey no puede privar a ninguno su libertad... Y de los **individuos**, referidos a miembros de la Diputación permanente de las Cortes, la Regencia, el Consejo de Estado, la Diputación provincial y el Ayuntamiento, los artículos 119, 157, 190, 193, 194, 219, 231, 234, 328, 330 y 337.

De la **persona** se habla repetidamente. Así, de la persona del Rey (artículo 168, que dice es sagrada e inviolable), de la persona pública (225), de toda persona (28, que dice deberá obedecer los mandamientos judiciales de prisión), de personas de determinada clase (235, la de Consejero de Estado), y de persona elegida o nombrada (51, 53, 94 y 198).

De los **vecinos** se habla en los artículos 38, 39, 40, 43, 45 y 75, como electores de partido.

6) Sobre la **Patria**.

El artículo 3 dispone que el amor a la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles.

El artículo 8 obliga a todo español a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley.

d) **Consideraciones sobre los textos en el bicentenario.**

a) En general.

Si se advierte que el artículo 10 usa explícitamente la palabra isla siete veces (e implícitamente tres, cuando se refiere a **las Canarias, las demás adyacentes a... y las que dependen de...**) y una vez las palabras islas Baleares, y se compara esta Constitución con las demás, ha de reconocerse que le importan a la de Cádiz (cuyas Cortes se constituyeron en la isla de León) más que a otras, sin duda porque, al estar su identidad e integridad en peligro, le interesaba sobremanera identificar y fijar el territorio de las Españas o español. Y esto fue así, tal como se destaca en el discurso preliminar, porque, **como uno de los principales fines de la Constitución es conservar la integridad del territorio de España, se han especificado los reynos y provincias que componen su imperio en ambos hemisferios, conservando por ahora la misma nomenclatura y división que ha existido hasta aquí.** La Comisión bien hubiera deseado hacer más cómodo y proporcionado repartimiento de todo el territorio español en **ambos mundos**, así para facilitar la administración de justicia, la distribución y cobro de cantidades, la comunicación interior de unas provincias con otras, así como para adecuar y simplificar las órdenes y providencias del Gobierno, promover y fomentar la unidad de todos los españoles, cualquiera que reá el reyno o provincia a que puedan pertenecer. Más esta grande obra exige para su perfección un cúmulo prodigioso de conocimientos, datos, noticias y documentos que la Comisión ni tenía ni podía facilitar en las circunstancias en que se halla el reyno. Así ha creído que debía dexarse para las Cortes sucesivas el desempeño de este tan difícil como importante trabajo.

Por esto, el artículo 11, después del prolijamente descriptivo artículo 10, dijo: Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan. Y el artículo 326, al tratar de las diputaciones provinciales y su composición, hace la salvedad, hecha que sea la nueva división de provincias de que trata en artículo 11.

Nueva división que, en este espíritu, no se hizo hasta el R.D. de 30 de septiembre de 1833, llamado de Javier de Burgos, después de que, derogada la Constitución de Cádiz, en 1814, por primera vez, y, tras su nueva vigencia entre 1820 y 1823, fuera derogada de nuevo. Pero en forma bien distinta, a la que las propias Cortes de Cádiz respondieron al convocarse, cuando regía la división de 22 de marzo de 1875 por reinos (la llamada de Floridablanca, que contemplaba el Reino de Mallorca), y llamando además a los representantes de 29 provincias peninsulares y de las islas Canarias y de las de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, que acudieron “por elección desde el conjunto del archipiélago”, según la Junta de Mallorca, porque Menorca e Ibiza no sumaban cincuenta mil almas de población.

Entre los firmantes de la Constitución los hubo, por lo que nos interesa y sorprende, que lo hicieron como diputados por ciudades, provincias, reinos y juntas. Como por ejemplo, los que firmaron como diputados de o por los reinos de Galicia, Granada, Murcia y Jaén, el Nuevo reino de Granada, el reino del Perú y el reino de Nueva Vizcaya. O por el Principado de Asturias y por las siete ciudades del reino de Galicia, por la capital del reino de Nueva-Vizcaya (Durango) y por la capital del Nuevo reino de la Galicia (Guadalajara). Por la Mancha, por la Serranía de Ronda, por Molina, por Toro, por las provincias de Ávila, Cádiz, Cohahuila, Cuenca, La Puebla de los Angeles, Orense de Galicia, Salamanca, San Salvador, Soria, Tarma del Perú, Valladolid, Valladolid de Mechoacán y Zacatecas. Y por Costa-Rica, Cuba, Chiapas Chile, Filipinas, Goatemala, Guanajuato Guayaquil Honduras Maracaibo Méjico, Nicaragua Nueva-España, Panamá, Perú, Puerto-Rico, Querétaro, Santo Domingo, Tabasco, Tlaxcala, Trujillo del Perú, Venezuela, Veracruz y Yucatán. Y por Canarias, Gran Canaria y Mallorca. Y por Aragón, Asturias, Cataluña, Extremadura, Galicia, Navarra, Extremadura y Valencia, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, Burgos, Córdoba, Cuenca, Granada, Guadalajara, León, Madrid, Murcia, Palencia, Sevilla, y Zamora. Y por las ciudades (expresamente así) de Badajoz, Buenos-Aires, Cádiz, Cervera, Gerona, La Havana, Mérida, Montevideo, Palma, Peñíscola, Teruel, Tortosa y Valencia. Y los diputados por las Juntas Superiores de Aragón, Burgos y León, y por las Juntas de Asturias, Cádiz, Galicia, Mallorca, Murcia y Sevilla.

Antes de la división de Javier de Burgos, que se corresponde esencialmente con la actual, hubo, en rectificación de la de Floridablanca de 1875 (cuatro reinos, un principado, 31 provincias, un señorío y una nueva población), otros proyectos. Así, el de Francisco Amorós de 1808 (suprimía las provincias de Ávila, Guadalajara y Palencia y creaba las marítimas de Alicante, Asturias, Málaga y Santander), el de 1810 de Llorente, napoleónico (38 prefecturas y 111 subprefecturas), el de 1813, por encargo de las Cortes de Cádiz, de Felipe Bauzá Cañas (44 provincias, de las que 37 eran superiores, entre ellas la de Mallorca, y 7 subalternas), el de 1817 de Lanz y Zaldivar (29 intendencias y 13 consulados), el aprobado por el Decreto de 22 de enero de 1822 durante el trienio liberal, restablecida la vigencia de la Constitución de Cádiz (52

provincias, entre ellas las de islas Baleares y de islas Canarias, agrupadas en 15 regiones) y el de José Agustín Larramendi de 1829 (en el que se crean como provincias subalternas las islas de Menorca y de Ibiza).

2) En particular sobre las islas Baleares.

Desde una perspectiva planetaria (que es la de la Constitución de 1812, que define la Nación española como la reunión de todos los españoles en ambos hemisferios —el discurso preliminar habla también de ambos mundos, el nuevo y el viejo— pensando, más que en los Norte y Sur o austral y boreal, como hoy se haría, en los hemisferios oriental y occidental, del antiguo Mapamundi o Planisferio), no hay duda de que las islas Baleares, y las Canarias, con las demás posesiones en África, de que habla el artículo 10, eran islas adyacentes a la Península. Perspectiva distinta del legislador del Código civil que, en 1889, se refirió en su artículo 1 a la Península, islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular.

El cambio de perspectiva resulta de la progresiva reducción del territorio español. Desde el del territorio, o los dominios de las Españas (con islas adyacentes varias, unas a la Península, como las Baleares y, en su caso, las Canarias, y otras, a las islas de Cuba, Puerto Rico y a la parte española de Santo Domingo y al continente americano, en uno y otro mar, y, aún, a las islas Filipinas), hasta el de España, reducido a la parte no portuguesa de la Península Ibérica, con las islas Baleares, adyacentes a ésta (como otras que no se suelen citar, como las de Alborán, Tabarca o Columbretes), y las islas Canarias (adyacentes, en su caso a las costas de África en el océano Atlántico) y las posesiones de África sujetas a la legislación peninsular (como las plazas de soberanía de Ceuta y Melilla y sus dependencias), sin perjuicio de las islas de Cuba y Puerto Rico, en que quedaron las Colonias (como al final acabaron llamándose), territorios y provincias de ultramar, en América.

La Constitución de 1876, bajo cuya vigencia se promulgó el Código civil (siguiendo sus precedentes desde 1837), disponía que las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales, por más que autorizase al Gobierno para aplicarles, con las modificaciones que juzgase convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulgasen para la Península. Por ello el Código civil solo se dictó para los territorios sujetos a la legislación peninsular. Que eran la Península e islas adyacentes, las islas Canarias y las posesiones de África.

En 1812, y esto es lo nos importa destacar, una Constitución, por primera vez en la historia (el Estatuto de Bayona de 1808 había hablado de España e islas adyacentes), cita por su nombre las islas Baleares, destacando su condición geográfica de adyacentes a la Península, como parte integrante del territorio de las Españas, en Europa.

Es secundario que se citen, aunque después, las islas Canarias, bien como posesión (como parece hacerse, pues se cierra la enumeración de los dominios en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, aludiendo, después de

haber citado las islas Baleares, a las Canarias con las **demás** posesiones en África), bien como islas adyacentes (que realmente no son ni eran adyacentes a la Península, sino a África en el océano Atlántico, como al continente americano, en uno y otro mar, las adyacentes que, sin identificar se aluden en el texto, como las mismas de Cuba, Puerto Rico y Santo Domingo). Por más que lo sean también por primera vez, como parte integrante de los dominios europeos, pero después de las islas Baleares, a diferencia del Código civil.

Ambas islas, Baleares y Canarias, aparecieron, no porque lo fueran, sino porque convenía proclamarlo, **frente al mundo**, de cuyos hemisferios se habla, como de los continentes de Europa —ya vimos que se habla de los dominios o provincias europeas, pensando en Napoleón— América, septentrional y meridional —pensando en la independencia de los Estados Unidos de América— África —afirmado sus posesiones— y Asia —islas Filipinas y las que dependen de su gobierno— y sin hablar de Ultramar, sino de las provincias de ultramar. Como luego, **por razones internas**, el proyecto de Constitución Federal de 1873 habló de los Estados de Canarias y de Baleares (y de Cuba y de Puerto Rico), como de las islas Filipinas, de Fernando Póo, Annobón y Corisco y los establecimientos de África, como territorios que se elevarían a Estados por los poderes públicos a medida de sus progresos. Y como también, por razones políticas internas, la Constitución de 1931 de la Segunda República se refiere a las islas Canarias y a las Baleares, particularmente, para contemplarlas, además de como provincias (las Canarias al proclamarse la República ya eran dos) formadas por municipios mancomunados, como el resto de la provincias, como islas provistas cada una de las Canarias, de un Cabildo gestor de sus intereses peculiares y susceptibles las Baleares de optar por un régimen idéntico.

En cualquier caso, el territorio no es el protagonista principal de la Constitución de Cádiz, ni siquiera España, el Estado o la Monarquía, sino la Nación española, que es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, y en la que reside esencialmente la soberanía, correspondiéndole en exclusiva el derecho a establecer sus leyes fundamentales. Como lo es la propia Constitución, decretada por las Cortes generales y extraordinarias para el buen gobierno y recta administración del Estado, convencidas de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precisiones, que aseguren de modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llevar debidamente al grande objeto de preparar la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, según expresa la sanción de la Regencia del reino, nombrada por ellas mismas, en ausencia y cautividad del Rey. Retóricamente, y para no hablar de las Constituciones de Estados Unidos y Francia. Y menos aún de Bayona.

Jovellanos, en su Consulta de las Cortes por estamentos, había dicho ¿Por ventura no tiene España su Constitución? Tiénela, sin duda. ¿Qué otra cosa es una constitución que el conjunto de leyes fundamentales que fijan el derecho del soberano y de los modos de proceder unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene estas leyes y las conoce? ¿Hay algunas que el despotismo haya atacado

y distraído? Restablézcanse. ¿Falta alguna medida saludable la asegurar la observancia de todas? Establézcase. Nuestra Constitución entonces se hallará hecha. Tal sea siempre en este punto mi dictamen, sin que asienta jamás a otros que, so pretexto de reformas, traten de alterar la esencia de la Constitución Española.

Según el discurso preliminar de la Comisión, en el proyecto, no hay nada nuevo respecto de las leyes fundamentales que forman la actual constitución, recordando, por ejemplo, que, en tiempo de los godos, los españoles fueron una nación libre e independiente, ponderando el espíritu e índole de las leyes de Castilla, Aragón (de la que dice “fue en todas sus instituciones más libre que Castilla”) y Navarra, y aludiendo a las felices provincias vascongadas. Así mismo, y a eso vamos por causa de lo balear que nos mueve, en justificación de la bondad de separación de las funciones que ejercen los jueces en fallar a un tiempo sobre el hecho y el derecho –que deja al criterio de las Cortes– y, después de citar el fuero municipal de Toledo (que dice que todos sus juicios dellas sean, según el Fuero Juzgo, ante diez de sus mejores, e más nobles e más sabios dellos, que sean siempre con el alcalde de la ciudad), afirma que, aún hoy en día, está de cierto modo en práctica en algunas provincias del reyno. En la isla de Iviza y Formentera el asesor nombrado por el Gobierno no puede por sí solo sentenciar pleito alguno sino con la concurrencia de dos o más hombres, que pueden llegar hasta el número de seis, formados de todos los estados. Y la insaculación que se hace en Iviza de un número proporcionado de vecinos para sacar de ellos los que acompañan al asesor y los que con el título de prohombres eligen las partes para concurrir con el juez delegado en la apelación, el cual también ha de ser natural y vecino del país, no dexa duda sobre que el origen de este método, tan liberal y justificado, viene del que se observaba en Roma, antes de la tiranía de los emperadores. El *album iudicum*, de donde tomaban los ciudadanos romanos los jueces del hecho, no puede ser desconocido de ninguno que esté medianamente versado en la jurisprudencia antigua de Roma. Por lo mismo, la Comisión se cree en el caso de recomendar esta admirable institución de una **provincia** de reyno, para que el Congreso no desconozca un método que tal vez convendrá algún día generalizarlo a todas las demás.

Josep Meliá, en La Nació dels Mallorquins (no así en Els Mallorquins, su precedente) enfatiza en la calificación como provincia de Ibiza, que es congruente con la convocatoria de representantes de cada isla, como argumento para sostener la tradición insularista, y no provincial, de las islas Baleares.

2. PROYECTO DE CONSTITUCION FEDERAL DE 17 DE JULIO DE 1873 (decaído por disolución de las Cortes de 30 de enero de 1874).

a) Los textos insulares.

En realidad el proyecto no habla de las islas Baleares, sino de Baleares.

Como de Canarias, Cuba y Puerto Rico, en el artículo 1, que dispone: Componen la Nación española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia, Regiones Vascongadas.

Los Estados podrán conservar sus actuales provincias o modificarlas, según sus necesidades territoriales.

El artículo 2 habla de islas. De otras islas distintas de las Baleares, las Canarias, Cuba y Puerto Rico. Puesto que dispone que: Las islas Filipinas, de Fernando Póo, Annobón, Corisco y los establecimientos de África componen territorios que, a medida de sus progresos, se elevarán a Estados por los poderes públicos.

b) Otros textos sobre el territorio.

1) Del territorio español.

El artículo 3, cuando dispone que son españoles: 1º Todas las personas nacidas en **territorio español**. 2º Los hijos de padre y madre españoles, aunque haya nacido **fuera de España**. 3º... 4º Los que, sin ella (la carta de naturaleza, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo del **territorio español**.

El artículo 27 dispone que todo extranjero puede establecerse libremente en **territorio español**, ejercer en él industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas.

2) Del territorio.

El artículo 28 dispone que, a ningún español que esté en el pleno goce de sus derechos civiles, podrá impedirse salir libremente del **territorio**, ni trasladar su residencia y haberes a **país extranjero**, salvas las obligaciones de contribuir al servicio militar o al mantenimiento de las cargas públicas.

El artículo 33 dice que, cuando el Poder legislativo declare un **territorio** en guerra civil o extranjera, regirán allí las leyes militares.

El artículo 44 que, en **África** y en **Asia**, posee la República española **territorios** en que no se han desarrollado todavía suficientemente los organismos públicos y, por tanto, se regirán por leyes especiales, destinadas a implantar allí los derechos naturales del hombre y a procurar una educación humana y progresiva.

El artículo 100 se refiere a la organización **territorial** de los Estados regionales.

3) De la tierra.

Se habla de ella en el artículo 72.1º, que dispone que al Poder Ejecutivo compete disponer del **ejército** de mar y tierra para seguridad interior y defensa exterior de la Federación. Y en el nº 6 del Título V De las facultades

correspondientes a los poderes públicos de la Federación, sito entre los artículos 49 y 50, se habla de las **fuerzas** de mar y tierra, atribuyéndole el nombramiento de todos sus jefes.

c) Otros textos relacionados o de interés.

1) La Nación.

Si la Nación española era en la Constitución de 1812 la reunión de todos los españoles, en este proyecto la Nación es el Estado federal o Federación, porque, como dice el artículo 40, en la organización política de la **Nación española** (cuya forma de gobierno es, según el artículo 39, la República federal), todo lo individual es de la pura competencia del individuo; todo lo municipal es del Municipio; todo lo regional es del Estado; y todo lo nacional, de la Federación. Y, aunque la soberanía reside en todos los ciudadanos, y en representación suya la ejercen los organismos políticos de la República, como dice el artículo 42, la soberanía de cada uno de ellos –el Municipio, el Estado regional y el **Estado federal o Nación**– reconoce por límites los derechos de la personalidad. Como el Municipio reconoce sus derechos al Estado y el Estado los derechos de la Federación.

De la Nación son el **Presidente y Vicepresidente de la Nación**, de que habla el artículo 91, que lo son de la República, según el 85. Como el primero lo es, de acuerdo del 81, de la República federal, que ejerce el poder de relación o sea presidencial, de acuerdo con el 49. Y el **Congreso**, el de la Nación, integrante, con el Senado, de las Cortes federales (a las que el artículo 105, contrapone las de los Estados regionales), y de cuyo Presidente hablan los artículos 87 y 88.

En igual sentido se habla de la Nación, cuando se refiere el artículo 82.3º al **estado** de la Nación, que puede requerir la convocatoria por el Presidente de la República de reuniones extraordinarias de las Cortes. Y cuando el n° 11º alude a la suprema **dignidad** de la Nación, que personifica el mismo Presidente.

Pero de la Federación no se habla sólo como Estado federal o Nación, sino **como territorio español**, cuando se alude a **cualquier pueblo de la Federación**, en la 23ª facultad de los poderes públicos de la Federación del Título V, o a **los cuatro puntos** (¿cardinales? ¿lugares?) **de la Federación** que se determinen en una ley para el establecimiento de cuatro escuelas normales superiores de agricultura, artes y oficios. O cuando, en el quinto párrafo del artículo 70, se dice... será ley, **en toda la Federación**, después de haber dicho, **en toda la Nación**, al regular las facultades especiales del Senado (que exclusivamente examina si las leyes del Congreso desconocen los derechos de la personalidad humana o los poderes de los organismos políticos o las facultades de la Federación o el Código fundamental, que la facultad 15ª del Título V distingue de los Códigos generales).

De **lo nacional**, se habla, cuando los n°s 10 y 11 del Título V se refieren a la **Deuda** nacional y a los **empréstitos** nacionales, y el párrafo segundo del

artículo 101 a la distribución de la **fuerza** nacional por los poderes federales a su arbitrio, sin necesidad de pedir consentimiento alguno a los Estados.

De las **demás naciones** habla el artículo 82.7º, que atribuye al Presidente de la República y de la Nación recibir los embajadores, ministros y agentes diplomáticos de ellas. Como el 82.8º sostener las relaciones internacionales.

2) **España y lo español.**

De España hablan los artículos 3.2º y 7, ambos en sentido territorial, el primero, aludiendo a los españoles, hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido **fuera de** España, y el segundo, al extranjero **residente en España.**

De lo español (además de la Nación española, en los artículos 1, 39 y 40, la República española, en el artículo 44, y el territorio español, en los artículos 3.1º y 4º y 27) habla, cuando trata de **los españoles** y sus derechos, rúbrica del Título II, diciendo quiénes lo **son**, refiriéndose a la **calidad de español** (artículo 3), proclamando lo que a **ningún español** se le puede hacer (artículos 4, 6, 8, 13, 18 y 28), los derechos que tiene todo español (artículos 26, 29 y 30), y a qué está obligado **todo español** (artículo 110). Y de los **ciudadanos españoles** (artículo 69), como de todos los ciudadanos (artículos 113 y 114) y del ciudadano (artículo 81), así como de toda persona (artículo 14), y aún de almas (artículo 51).

3) La **Patria.**

El artículo 99 se refiere a su **unidad e integridad**, contra la que no podrán legislar los Estados regionales, y el 110 a la obligación de todo español de **servirla con las armas.**

3. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA ESPAÑOLA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1931.

a) **Los textos insulares.**

La Constitución habla de las islas Baleares en su artículo 10, en el que (después de haber dicho que las Provincias se constituyen por los Municipios mancomunados conforme a una ley –consecuente con el 8, que dice que el Estado español estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía– y que en su término jurisdiccional entrarán los propios Municipios que actualmente las forman) dispone que, en las **islas Canarias**, además, cada **isla** formará una categoría orgánica provista de un Cabildo **insular** como cuerpo gestor de sus intereses particulares, con funciones y facultades administrativas iguales a las que la ley asigne al de las provincias, y que las **islas Baleares** podrán optar por un régimen idéntico.

Habla además, en el artículo 11, de los territorios insulares, cuando (después de haber dicho que, si una o varias provincias limítrofes... acordaran orga-

nizarse en región autónoma... dentro del Estado español, y presentaran su Estatuto), afirma que la condición de limítrofes no es exigible a los territorios **insulares** entre sí.

No hay que olvidar que la ley de 21 de diciembre de 1927 dividió la provincia de las islas Canarias, con capital en Santa Cruz de Tenerife (creada en el Decreto de 30 de noviembre de 1833), en dos provincias, denominadas como sus respectivas capitales: Santa Cruz de Tenerife (que comprende las islas de Tenerife, La Palma, Gomera y Hierro) y Las Palmas (integrada por las islas de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura). Y que cada una de las siete islas tenía su Cabildo insular.

b) Otros textos relativos al territorio.

1) Sobre el territorio español, nacional o de la República.

El artículo 8 dice que el Estado español, dentro de los límites irreductibles de **su territorio actual**, estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por territorios que se constituyan en régimen de autonomía. Y se refiere a los territorios de soberanía del Norte de África, que se organizan en régimen autónomo en relación directa con el Poder central.

El artículo 23, en título rubricado Nacionalidad, dice de los españoles que lo son: 1º Los nacidos, **dentro o fuera de España**, de padre o madre españoles. 2º Los nacidos en **territorio español** de padres extranjeros siempre que opten por la nacionalidad española. 3º Los nacidos **en España** de padres desconocidos.

El artículo 24 contempla la reciprocidad internacional como criterio para conceder ciudadanía a los naturales de Portugal y países hispánicos de América, comprendido el Brasil, cuando así lo soliciten y residan en **territorio español**.

El artículo 27 garantiza en el **territorio español** la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión.

El artículo 31 se refiere a la libre circulación por el **territorio nacional**.

En los artículos 42 y 76 e) se dice ... **en todo el territorio nacional**.

El artículo 50, en su párrafo segundo, atribuye al Estado la suprema inspección, para el cumplimiento de la legislación sobre enseñanza y lenguas, **en todo el territorio nacional**.

El artículo 121 dice **en todo el territorio de la República**.

En sentido territorial se habla de España en el artículo 23.1 y 3, visto, sobre los españoles, y en el 31, párrafo cuarto, sobre el derecho de libre circulación de todo español en él y la inviolabilidad del domicilio de todo español o extranjero residente **en España**.

2) Sobre el país.

Se refieren al país el artículo 17, que establece la igualdad de trato entre los naturales del país (como región autónoma) y los demás españoles, y el 26, párrafo quinto 6º, que somete a las leyes tributarias del país (sin más precisión) las órdenes religiosas no disueltas. Y a los países hispánicos de América, el

24 antes citado.

El artículo 45 se refiere a la riqueza histórica y artística del país. El 77 contempla el caso de que la Nación estuviere ligada a otros países.

3) Sobre **Madrid**.

La capitalidad de la República se fija en Madrid.

c) **Otros textos relacionados y de interés.**

1) Sobre el **Estado español**.

El artículo 3 dispone que el **Estado español** no tiene religión oficial.

El artículo 7 dice que el **Estado español** acatará las normas universales del Derecho internacional.

El artículo 8 dispone que el **Estado español** estará **integrado por** Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía.

El artículo 11 se refiere a las provincias que acuerden organizarse en región autónoma, para formar un núcleo político-administrativo, **dentro del Estado español**. Y el cuarto dispone que el Estatuto, que será la ley básica de la organización político-administrativa de la región autónoma, una vez aprobado, será reconocido y amparado como parte integrante del ordenamiento jurídico del **Estado español**.

El artículo 14 enumera, como de exclusiva competencia del **Estado español**, la legislación y ejecución directa en las siguientes materias: 2ª Relación entre las Iglesias y el **Estado**. 3ª Representación... del **Estado en el exterior**. 6ª Deuda del Estado. 17ª Hacienda general del **Estado**.

El artículo 15 dice que le corresponde al **Estado español** la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1ª... en cuanto a la legislación civil... la regulación de los estatutos personal, real y formal para... resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de **España**. 6ª Ferrocarriles... quedando a salvo para el **Estado** la reversión y policía. 11ª Derecho de expropiación, salvo siempre, la facultad del **Estado**... 12ª Socialización de riquezas naturales... delimitándose por la legislación la propiedad y facultades del **Estado** y...

El artículo 21 dispone que el derecho del **Estado español** prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la competencia exclusiva de éstas en sus respectivos Estatutos.

El artículo 24.1, contempla la pérdida de la calidad de español por entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin licencia del **Estado español**.

2) Sobre el **Estado**.

El artículo 1 habla del Estado **integral**.

El artículo 4 de las **leyes** del Estado.

El artículo 14, según vimos, de la **relación** del Estado con las Iglesias, la **representación** del Estado en el exterior, la **Deuda** y la **Hacienda general** del Estado.

El artículo 15. 12ª visto, a la **propiedad y facultades** del Estado y las regiones autónomas en materia de socialización de riquezas naturales.

El 19 da al Estado la posibilidad de fijar, mediante ley, las **bases** a que han de ajustarse las legislaciones de las regiones autónomas, cuando así lo exija la armonía entre los intereses locales y el general de la **República**.

El artículo 26, sobre religiones, en el párrafo segundo, dispone que el Estado... no mantendrá, favorecerá ni auxiliará económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas. En el cuarto, disuelve las Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a **autoridad distinta de la legítima del Estado**. Y en el quinto, relativo a las demás Ordenes, las bases de su ley especial, entre ellas, la 1ª, sobre disolución por peligro para la **seguridad** del Estado... y la 6ª, que impone la obligación de rendir cuentas al Estado anualmente de la inversión de sus bienes en relación con sus fines.

El artículo 30 impide al Estado suscribir Convenio o **Tratado para la extradición de delincuentes político-sociales**.

El artículo 37 dice que se podrá exigir de todo ciudadano su **prestación personal para servicios civiles y militares**, con arreglo a las leyes.

El 39 establece el límite de las **leyes** del Estado, al derecho de los españoles de asociarse y sindicarse.

El párrafo tercero del artículo 40 establece la **responsabilidad subsidiaria** del Estado por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios públicos, infringiendo sus deberes, con perjuicio de tercero.

El artículo 42 alude a la seguridad del Estado para hacer posible que el Gobierno suspenda total o parcialmente, **en todo el territorio nacional o parte de él**, los derechos y garantías.

Otros muchos más aluden al Estado en relación con sus poderes (59 y 94), competencias (48, 49 y 50), derechos (117), facultades (44), fines (119), conflictos (121 c), obligaciones (43) y responsabilidades (106), o sus órganos, como el Jefe del Estado (67, 96 y 110), e instrumentos, como los Presupuestos Generales del Estado (107), las cuentas del Estado (109 y 120) y la Deuda pública (118).

3) Sobre la República.

Se habla mucho de ella, en la mayoría de casos como equivalente o sinónimo de Estado.

En el artículo 1, tercer párrafo, se dice que la República constituye un

Estado integral, después de haber dicho, en el primero, que España es una República. Por esto se habla de la República española, en el cuarto párrafo, refiriéndose a su bandera roja, amarilla y morada). Como que España es una República democrática de trabajadores de toda clase, en el primero.

A lo largo del articulado se habla de sus órganos, como el Presidente (27, 67, 68, 69, 71 y ss., 84, 85, 87, 88, 102 y 121), el Gobierno (15 y 24), su cuerpo consultivo supremo (93), el Fiscal General (97 y 121) o el Tribunal de Cuentas (109), todos de la República. Y de la República, en relación con su idioma oficial (4), capitalidad (5), interés general (19), deberes (46, 47, 48 y 94) y leyes (19 y 20).

4) Sobre **España** y lo español.

El artículo 1, párrafo primero, dice que España es una República, como vimos.

El artículo 6 dispone que España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional.

El artículo 15.1^a se refiere a las distintas legislaciones civiles de España.

El artículo 65 se refiere a los Convenios internacionales suscritos por España.

Además de la República, el Estado y el territorio españoles, se habla de la **legislación española**, de la que se consideran parte constitutiva todos los Convenios internacionales suscritos por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones, en el artículo 65. Y **de los españoles**, cuando en el artículo 23 dice quiénes lo son, hablando de los nacidos dentro o fuera de España, de los nacidos en España y de los nacidos en territorio español, pero, sobre todo, al referirse a sus derechos, que reconoce en algunos casos a los españoles (24, 39, 42), a todos los españoles (2), a todo español (31, 35, 106), a los españoles sin distinción (40), y a sus deberes (4).

Y también del **obrero español** en el extranjero (46). Y de los ciudadanos españoles (69 y 76). Y de las regiones españolas (122 y 123).

5) Sobre la **Nación, la nacionalidad, lo nacional y la nacionalización**.

A la Nación se refieren los artículos 45 (tesoro cultural de la Nación), 67 (el Presidente de la República personifica a la Nación), 76 (integridad o seguridad y obligaciones de la Nación, en virtud de Tratado) y 77 (Tratados particulares que le ligan a otros países).

El artículo 14.1 dispone que son de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa de la materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad.

La rúbrica del Título II es Nacionalidad, diciendo el artículo 23 quiénes son españoles, según ya vimos.

La rúbrica del Título I es Organización nacional, y, dentro de él, dispone el artículo 6, como sabemos también, que España renuncia a la guerra como

instrumento de política nacional.

El artículo 14.7ª se refiere, como competencia exclusiva del Estado español, a Ejército, Marina de guerra y Defensa nacional.

El artículo 31 reconoce a todo español el derecho de circular libremente por el territorio nacional.

El artículo 44.5 contempla la intervención por ley de la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exijan los intereses de la economía nacional.

En el párrafo cuarto del artículo 26 se dispone la nacionalización y afectación a fines benéficos y docentes de los bienes de las Órdenes religiosas que se disuelvan. Y, en el párrafo sexto nº 5, la posibilidad de la nacionalización de los bienes de todas las Órdenes religiosas, de acuerdo con la ley de bases que se promulgue. Y, en el párrafo cuarto del artículo 44, la de los servicios públicos y explotaciones que afecten al interés común.

6) Sobre **lo interior y lo exterior**.

El artículo 15.7ª atribuye al Estado español la legislación sobre Bases mínimas de la legislación sanitaria interior. Y el 14. 3ª la legislación y ejecución directa en materia de Representación del Estado en el exterior.

7) Sobre **lo extranjero**.

El artículo 24.1º y 2º habla de Potencia extranjera y país extranjero Y de los extranjeros varios artículos, sobre todo, del Título II Nacionalidad.

8) Sobre **lo internacional**.

El artículo 7 se refiere, como vimos, a las normas universales del Derecho internacional. A las relaciones internacionales, los Tratados internacionales, la reciprocidad internacional, la ley internacional, el Convenio internacional, los Tratados y Convenios internacionales, los compromisos internacionales y la Organización Internacional de Trabajo OIT se refieren los artículos 4.3º, 23.4, 24 párrafo segundo, 65, 65, 76 e) y 114 d).

9) Sobre **las Colonias**.

Según el artículo 14.3ª el régimen de Colonias y Protectorado es competencia exclusiva del Estado español.

10) Sobre las **regiones y lo regional**.

A las regiones se refieren los artículos 4, 15.2ª, 19 y 26.

A las regiones **autónomas**, los artículos 11, 12 b), 13, 16, 17, 18, 21, 50 y 121. El 22 las contrapone a las provincias directamente vinculadas al Poder Central. Que es distinto de los Poderes regionales, a que se refieren los 12 c) y el 14.4ª, 11ª y 15ª. El artículo 8 habla de la región que se constituya en régimen de autonomía. De las Regiones **españolas** hablan los artículos 122, 123.4º y 129.

El artículo 14.4^a atribuye al Estado español la competencia exclusiva de la defensa de la seguridad en **los conflictos suprarregionales y extrarregionales**.

III. CONSTITUCIONES QUE NO HABLAN DE LAS ISLAS BALEARES.

A) CONSTITUCIONES QUE HABLAN DE OTRAS ISLAS.

1) Estatuto de Bayona de 7 de julio de 1808.

a) Los textos insulares.

Se habla de islas en los artículos 67, 92, 103 y 107, ninguno de los cuales se refiere a las islas Baleares.

El artículo 67 dice que los diputados de las provincias de España e **islas adyacentes** serán nombrados por éstas a razón de un diputado por treinta mil almas poco más o menos.

El 92, que los diputados de los Reinos y provincias españolas de América y Asia, serán en número de veintidós, a saber, dos de Nueva España, dos de Perú, dos de Nuevo Reino de Granada, dos de Buenos Aires, dos de **Filipinas**, uno de la **isla** de Cuba, uno de **Puerto Rico**, uno de las provincias internas occidentales de Nueva España, uno de las provincias orientales, uno de cada provincia de Caracas, Cuzco, Chile, Guadalajara, Guatemala, Quito, Venezuela y Yucatán.

El artículo 103 dispone que el número de audiencias y tribunales de apelación, repartidas en toda la superficie del territorio de España e **islas adyacentes**, será de nueve por lo más y de quince a lo menos.

El artículo 107 habla del Consejo Real, para España e **islas adyacentes**.

b) Otros textos de interés territorial.

En el preámbulo, el Rey de las **Españas** dice: hemos decretado y decretamos la presente Constitución para que se guarde como ley fundamental de nuestro **Estado** y como base del pacto que une nuestros pueblos con Nos y a Nos con nuestros pueblos.

En el articulado, se habla de las Españas y las Indias (96), de España e Indias (113), de España y todas las posesiones españolas (1), de los pueblos (7), de las provincias (64) y de la corona (1).

c) Otros textos relacionados.

En la convocatoria de 25 de mayo de 1808, de la Diputación general de los españoles, se decía que si la isla de Mallorca tuviese diputado en la Península venga éste, y si no el sujeto que hubiese más a propósito.

En el curso de su limitada vigencia, José I dictó el decreto de 17 de abril de 1810 de división del gobierno civil de los pueblos del Reyno, sobre la base del proyecto del clérigo Llorente (con 38 prefecturas y 111 subprefecturas, omitiendo las islas Baleares y Canarias). Creó 42 prefecturas, una la de Baleares, con capital en Mallorca, y otra la de Canarias, con capital en Santa Cruz de Tenerife, ambas sin subprefecturas. Su fundamento era geográfico, y las prefecturas eran las de: Águeda, Arlanzón, Baleares, Bielasua, Cabo de Nao, Cabo de Peñas, Machichaco, Mayor, Canarias, Carrión, Cinca y Segre, Duero alto, Duero y Pisuerga, Ebro, Ebro y Cinca, Ebro y Jalón, Esla, Genil, Guadalquivir alto, Guadalquivir bajo, Guadalquivir y Guadajoz, Guadiana y Guadalajara, Júcar alto, Llobregat, Manzanares, Miño alto, Miño bajo, Ojos de Guadiana, Salado, Segura, Sil, Tajo alto, Tajo bajo y Alagón, Tajo y Alberche, Tauste, Ter y Tormes.

Un Decreto de 1812 permitió anexionar a Francia la Región de Cataluña, con sus Departamentos de Bocas del Ebro, Monserrate, Segre y Ter.

Sobre esta clase de divisiones había alertado Antonio Capmany de Montpalau de Surís, que, en su *Centinela contra los franceses*, dijo: En Francia, pues, no hay provincias ni naciones; no hay Provenza y provenzales; ni Normandía y normandos; se borraron del mapa sus territorios y hasta sus nombres. Como ovejas, que no tienen nombre individual, sino marca del diseño, les tiene acotados, ya por riberas, ya por ríos, ya por sierras, con el nombre de departamentos, como si dixeramos dehesas, y éstos divididos en distritos, como si dixeramos majadas. Allí no tiene nombre la tierra que les vio nacer, ni la del padre que los engendró, ni la madre que los parió. Todos se llaman franceses, al montón, como quien dice carneros, baxo la porra del gran rabadán imperial. Esto se llama simplificar, sistematizar el gobierno y regenerar la nación.

Respondía a la proclama del Real Decreto de 25 de mayo de 1808 de José Bonaparte, convocando a la Diputación general de españoles, en la que se decía: ¡Españoles! Después de una larga agonía, vuestra Nación iba a perecer. He visto vuestros males y voy a remediarlos... Vuestra Monarquía es vieja: mi misión se dirige a renovarla, mejoraré vuestras instituciones y os haré gozar de los beneficios de una reforma, sin que experimentéis quebrantos, desórdenes y convulsiones... ¡Españoles! Acordaos de lo que han sido vuestros padres y mirad a lo que habéis llegado. No es vuestra culpa, sino del mal gobierno... Yo quiero que mi memoria llegue hasta vuestros últimos nietos y que exclamen: ¡es el regenerador de nuestra patria!

El patriotismo de Capmany podría parecer un tanto contradictorio con su firma, como diputado por Cataluña en las Cortes de Cádiz, de la Constitución, pues la defensa de la libertad amenazada no se corresponde con la defensa de la unidad e indivisibilidad de la nación española, sino con el mantenimiento de las provincias, y choca con la idea de algunos, de desterrar del vocabulario términos como castellanos, aragoneses, catalanes o navarros, sustituyéndolos por el de españoles en exclusiva. En el *Centinela* dijo ¿Qué sería de los

españoles si no hubiera habido aragoneses, valencianos, murcianos, andaluces, asturianos, gallegos, extremeños, catalanes, castellanos, etc.? Cada uno de estos nombres inflama y envanece y de estas pequeñas naciones se compone la mesa de la Gran Nación, que no conoce nuestro sabio conquistador, a pesar de tener sobre el bufete abierto el mapa de España a todas horas.

2) Constitución de la Monarquía española de 1 de junio de 1869.

a) Los textos insulares.

En el artículo 108, en el Título X de las Provincias de Ultramar, se refiere a los diputados de **Cuba** y de **Puerto Rico**, cuya toma de posesión en las Cortes Constituyentes, habría de determinar la reforma de su actual sistema de gobierno para hacer extensivos a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución.

El artículo 109 dispone que el régimen por el que se gobiernan las provincias españolas situadas en el **archipiélago** filipino será reformado por una ley.

b) Otros textos territoriales.

1. Sobre el territorio español, el territorio y lo territorial.

Hablan expresamente del primero, los artículos .1º y 4º, 25, 74. 1º y 2º y 107.

El artículo 1 se refiere a los españoles, diciendo que lo son: 1º Todas las personas nacidas en **territorio español**. 2º Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España... 4º Los que sin ella (la carta de naturaleza) hayan ganado vecindad en cualquier pueblo del **territorio español**.

El 25 se refiere a la garantía, para los extranjeros, del derecho a establecerse libremente en **territorio español**, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades.

El artículo 74 dispone que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial: 1º Para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del **territorio español** y 2º Para incorporar cualquier otro territorio al **territorio español**.

El artículo 107 dice que no puede existir en **territorio español** fuerza armada permanente que no esté autorizada por una ley.

El 26, lo hace implícitamente, cuando dispone que a ningún español que esté en pleno goce de sus derechos civiles puede impedírsele salir libremente del **territorio**, ni trasladar su residencia y haberes a país extranjero.

También el artículo 31, que, en su párrafo segundo, dispone que, promulgada aquélla (la ley que suspenda las garantías), el **territorio** (de toda la Monarquía o parte de ella) a que se aplicare, se regirá por la ley de orden público establecida de antemano.

De la **división territorial**, cualquiera que sea en adelante, habla el artículo 61. Como el 63 de la **contribución territorial**, y no en el Título X De las contribuciones, sino al tratar de los senadores elegibles.

2. Sobre la tierra.

De las **fuerzas de mar y tierra**, dice el artículo 70, dispone el Rey. El 100, que las Cortes fijarán todos los años, a propuesta del Rey, las **fuerzas militares** de mar y tierra.

3. Como sinónimo de territorio español se habla de **España**.

En el ya citado artículo 1.2º, y en los 5 y 27. El primero, refiriéndose a los extranjeros **residentes en España**, y el segundo, al ejercicio de cargos por los **extranjeros en España**. Como, en el Preámbulo, a cuantos **vivan en España**.

4. Como territorio español se habla de **Reino y Monarquía**.

El artículo 31, ya lo vimos, dispone la necesidad de una ley para suspender las garantías de artículos, 2, 5, 6 y 17, **en toda la Monarquía** o parte de ella.

Del **Reino**, se habla en los artículos 31, sobre la prohibición de extrañar a los españoles de él, 73.5º, que le atribuye al rey cuidar de que **en todo el Reino** se administre pronta y cumplida justicia, y 74.3º, que le impone al Rey una ley especial para admitir tropas extranjeras **en el Reino**. A diferencia de otros, donde del Reino no se habla como territorio, cuales los 81, 82 y 83, sobre el gobierno del Reino.

c) Otros textos relacionados o de interés.

1. Sobre el **Estado**.

En los artículos 19 y 69, se alude a la seguridad del Estado, y en el 44 al gobierno del Estado (como al gobierno del Reino, los artículos 81, 83 y 84, y a la Monarquía, como forma de Gobierno de la Nación española, en el 33). Los artículos 28, 83 y 84 se refieren a los gastos del Estado o del Reino, el 99 al sistema tributario del Estado y el 103 a las propiedades del Estado.

2. Sobre la **Nación**.

En el Preámbulo, se dice que la Nación **española** decreta y sanciona la Constitución.

En el artículo 21, se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. En el 32 se dice que **en la Nación** reside la soberanía, de la cual emanan todos los poderes. El 33 se refiere a la forma de Gobierno **de la Nación española**. El artículo 78, por su parte, a lo que más convenga **a la Nación**. El artículo 103 habla del crédito **de la Nación**. Y el 104 de la Deuda pública como bajo la salvaguarda especial **de la Nación**.

3. Sobre la **Patria**.

El artículo 28 obliga a todo español a defenderla con las armas.

4. Sobre el **país**.

El artículo 26 se refiere al país extranjero, adonde no se puede impeler a los españoles trasladar su residencia y haberes.

5. **Asturias**

En el artículo 79 se habla del Príncipe de Asturias y su juramento a los dieciocho años.

6. Sobre **lo interior y lo exterior**.

El artículo 69, dice del Rey, que su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del **orden público en lo interior y la seguridad del Estado en lo exterior**, conforme a la Constitución y las leyes.

El artículo 73.4º le atribuye al Rey la dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales con las **demás potencias**. Y el 74.4 a las Cortes la ratificación de los Tratados de alianza ofensiva, especiales de comercio, que estipulen dar subsidios a **una potencia extranjera** y todos aquéllos que puedan obligar individualmente a los españoles.

7. Sobre **lo español**.

Además del territorio y la Nación españolas, se habla de la **calidad** de español, en el artículo 1, de **ser español**, (62, 66 y 86) y de **los españoles** (1, 27, 31 y 74.4º), de **algunos** españoles (21), de **todos** los españoles (27), de **todo** español (24 y 28), de **cualquier** español (12) y de **ningún** español (2, 4, 6, 11, 16, 17 y 26) y de nadie (5, 13, 14 y 15), lo que conviene a todos (como toda persona del 12) y a ninguno.

8. Otros.

A los **súbditos** del Rey alude el artículo 74.6º.

A la **persona** se refieren los artículos 1, 12, 74.6º y 83.

De **almas** de población habla el artículo 65.

3) **La Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876.**

a) **Los textos insulares.**

El artículo transitorio dice que el Gobierno determinará cuándo y en qué forma serán elegidos los representantes a Cortes de la **isla** de Cuba.

El artículo 89 dice que las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales; pero el Gobierno queda autorizado para aplicar a las mismas, con las modificaciones que sean convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para **la Península**.

Cuba y Puerto Rico serán representadas en las Cortes en la forma que determine una ley especial, que podrá ser diversa para cada una de las dos **provincias**.

b) Otros textos territoriales.

1. Sobre el territorio español.

El artículo 1.1º, dispone que que son españoles: Las personas nacidas en territorio español. El artículo 2 admite que los extranjeros podrán establecerse en territorio español, ejercer en él su industria y dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas.

El será 11, en su segundo párrafo, dispone que nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas

El artículo 55.1º y 2º, que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial... para enajenar, ceder o permutar alguna parte del territorio español, y para incorporar **cualquier otro** territorio español.

2. Sobre España y la Monarquía.

De **España**, como territorio español, habla el artículo 1.2º, para el que son españoles los hijos de padre o madre españoles aunque hayan nacido **fuera de España**. Y el artículo 6, según el que nadie podrá entrar en el domicilio de ningún español o extranjero residente **en España**, sin su consentimiento.

En otro sentido lo hacen: los artículos 21 y 22.5º, cuando se refieren a los Grandes de España: el 59, que dice que Rey legítimo de España es Don Alfonso XII de Borbón (que en el Preámbulo decreta y sanciona la Constitución, como Rey constitucional de España): y el 60 que habla del Trono de España.

De **la Monarquía**, en el sentido territorial, se habla en los artículos 1.4º, que dice que son españoles los extranjeros que, sin ella (carta de naturaleza), hayan ganado vecindad en **cualquier pueblo de la Monarquía**; el 17, sobre la suspensión de garantías, **en toda la Monarquía o en parte de ella**; y el 75, que dispone que unos mismos Códigos regirán **en toda la Monarquía**, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes.

3. Sobre el Reino.

En el sentido de territorio español, habla el artículo 54.2º cuando dice que le corresponde al Rey cuidar de que **en todo el reino** se administre pronta y cumplidamente la justicia; así como el 55.3º, que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para admitir tropas extranjeras **en el Reino**.

Otro es el sentido de reino en los artículos 22.11, que alude a los que sean Títulos del Reino, 21.8, que habla del Tribunal de Cuentas del Reino, y 65, sobre el gobierno del Reino, y, en el Preámbulo, cuando se refiere a las Cortes del Reino.

4. Otros.

De **las Indias** se habla en el artículo 21, sobre el Senado, refiriéndose al Patriarca de las Indias.

La disposición de las fuerzas de mar y **tierra** le corresponde al Rey, al tener el mando supremo del ejército y la armada, según el artículo 52. Y el artículo 88 se refiere a la fuerza militar permanente de mar y tierra.

c) **Otros textos relacionados y de interés.**

1. Sobre el **Estado**.

Los artículos 3, 84.4º, 85 y 86 se refieren a los gastos, el sistema tributario, el presupuesto general de gastos y las propiedades del Estado.

Los artículos 11 y 17, a la religión y la seguridad del Estado. Como el 50 a ésta en lo exterior.

El artículo 12 habla de la competencia para expedir los títulos profesionales y los establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado.

El artículo 21, del Presidente del Consejo de Estado. Y el 22, de los Consejeros de Estado y las Corporaciones del Estado, que también contempla el 20.3.

2. Sobre la **Nación**.

El artículo 11 **obliga** a la Nación a mantener el culto y los ministros de la religión Católica, Apostólica, Romana, que es la del Estado.

El artículo 14 alude a los **derechos de la Nación** sin cuyo menoscabo las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos reconocidos en el Título I, que trata de los españoles y sus deberes.

Se piensa en **lo que convenga a** la Nación, en el artículo 62.

El artículo 87 se refiere al **crédito** de la Nación, sobre el que se toman caudales a préstamo, y a la **salvaguarda especial** de la Nación para la Deuda pública.

3. Sobre la **Patria**.

Es obligación de todo español defenderla con las armas, según el artículo 3.

4. Sobre el **país**.

El artículo 1 habla del país extranjero. Como el 55.4º de las potencias extranjeras y el 54.5º de las demás potencias.

5. Sobre **lo interior y lo exterior**.

El artículo 50 dispone que la actividad del Rey se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y la seguridad del Estado en lo exterior.

6. **Sobre las provincias y lo provincial**.

El artículo 3 se refiere a los gastos del Estado, la provincia y el Municipio. El 12 a los establecimientos costeados por las provincias. El 82 dispone que en cada provincia habrá una Diputación provincial. El 84.1º alude a los intereses peculiares de la provincia, que el 3º contrapone a los generales y

permanentes, previendo la intervención del Rey y, en su caso, las Cortes, para impedir que se extralimiten en sus atribuciones. El 89 se dispone que las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales.

Lo provincial se refleja en los artículos sobre las Diputaciones provinciales, como el 22 y 84.3º, y en el 84.4º sobre los impuestos provinciales, que se dice no han de estar nunca en oposición con el sistema tributario del Estado.

7. Sobre **lo español**.

El artículo 1 alude a la **calidad** de español.

De los **españoles** y sus deberes, es la rúbrica del Título I.

El artículo 1 dice quiénes **son** españoles, y, entre otros, lo son los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

El artículo 2 habla de las **autoridades** españolas.

Tratando de las garantías y derechos, se alude a los españoles en los artículos 14 y 22, a **todos** los españoles (15 y 75), a **todo español** (3, 12 y 13), **cualquier** español (5 párrafo tercero), **ningún** español (4, 5, 6, 9 y 16).

Se exige ser **español de nacimiento**, en el artículo 73, para poder ser tutor del Rey menor, y basta **ser español** (26, 29 y 68) para poder ser elegido senador y diputado, y ejercer la Regencia el pariente más próximo del Rey, que lo sea.

8. Sobre **almas, personas e individuos**.

El artículo 27 se refiere a las almas de población para nombrar un diputado por cada cincuenta mil.

Los artículos 5, 56, 64 y 70 aluden: a toda persona, a la que por ley esté excluida de la sucesión a la Corona con la que no puede contraer matrimonio ni el Rey ni el inmediato sucesor: a las que (por ser incapaces para gobernar o haber hecho cosa por la que merezca perder el derecho a la Corona) serán excluidas de la sucesión; y a la que tenga derecho a la Regencia.

De los individuos de los Tribunales y las Diputaciones provinciales hablan los artículos 78 y 82.

4) **Constitución española de 27 de diciembre de 1978.**

a) Los textos insulares.

No se habla de las islas Baleares. Pero sí de alguna de ellas y de otras islas.

El artículo 69 habla de isla, islas, islas mayores, agrupaciones de islas, y, concretamente, de las islas de Gran Canaria, Mallorca, Tenerife, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y la Palma, y de la agrupación de islas Ibiza-Formentera. También de Cabildo y Consejo insular, y de provincias insulares.

Dice: En las **provincias insulares**, cada **isla** o **agrupación de ellas**, con **Cabildo o Consejo insular**, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de **las islas mayores** –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno a cada una de las siguientes **islas o agrupaciones**: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

Provincias insulares eran ya las de Baleares, Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas.

El artículo 141.4 se refiere a las islas y **archipiélagos**, cuando dispone que, en los archipiélagos, las islas tendrán, además, su administración propia en forma de Cabildos y Consejos.

La Disposición Adicional 3ª se refiere al archipiélago canario, cuando dice que la modificación del régimen económico y fiscal del **archipiélago canario** requerirá el informe de la Comunidad Autónoma o, en su caso, el órgano provisional autonómico.

El artículo 143.1 dispone que, en el ejercicio del derecho a la autonomía, reconocido en el artículo 2 (de las nacionalidades y regiones), las provincias limítrofes... los **territorios insulares** y las provincias podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas...

De órgano interinsular habla el artículo 143.2, al decir que la iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas o al **órgano interinsular** correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia.

El artículo 138 habla del hecho insular cuando dice: ... y atendiendo en particular a las circunstancias del **hecho insular**.

b) Otros textos territoriales.

1. Del **territorio de España** habla el artículo 68.5, según el que la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.

Del **territorio español**, lo hacen los artículos 138.1, 139.2, 158.1 y 161.1, que, respectivamente, disponen: Que el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español. Que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. Que en los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de servicios y estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales en todo

el territorio español. Que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español.

Del **territorio del Estado** habla el artículo 139.1, según el que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

Del **territorio nacional** habla el artículo 19, que dice que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y circular por el territorio nacional.

De los **territorios forales** hace mención la Disposición Adicional 1ª, cuando dice que la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

Del **territorio**, a secas, hablan muchos artículos, como:

El 144 b), que se refiere a los territorios que no estén integrados en la organización provincial.

El 147.2 b), que dice que los Estatutos de Autonomía deberán contener la delimitación de su territorio.

El 148. 2º, 4º y 5º, según el que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio; las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio; y los ferrocarriles y canales cuyo itinerario discorra íntegramente en su territorio

El 149.1.21ª establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

El 152.1, párrafo segundo 2, dice que, en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Y su párrafo tercero, que las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

El artículo 157.2 previene que las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio.

De **zonas del territorio** se habla el artículo 152.1, que dice que habrá una Asamblea legislativa elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio.

2. **Lo territorial** se contempla varias dimensiones o aspectos, tales como:

La **organización** territorial del Estado, que es la rúbrica del Título VIII, y el artículo 137, cuando dice que el Estado se organiza territorialmente en

municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan.

La **integridad** territorial, se contempla en el artículo 8.1, que dice que las Fuerzas Armadas tienen como misión... defender la integridad territorial **de España**, y es aludida en el artículo 94 c), al disponer que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales en el caso... de los que afecten a la integridad territorial **del Estado** o a los derechos y deberes fundamentales.

El Senado es la Cámara de **representación** territorial, se dice en el artículo 69.1.

Se constituye, en el artículo 158.2, un Fondo de Compensación **Interterritorial** con el fin de corregir los desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad. Y el artículo 157.1 c) dice que los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por... transferencias de un fondo de compensación interterritorial.

El **ámbito territorial** es de reiterada cita, en artículos como:

El 116.3, sobre el de la extensión de los efectos de la declaración de los estados de excepción, alarma y sitio.

El 144 a), que permite a las Cortes Generales, mediante ley orgánica, por motivos de interés nacional, autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el **de una provincia** y no reúna las condiciones del 143.1.

El 148.1.18º, que contempla la asunción por la Comunidad Autónoma de competencia en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

El 149.1.22ª, que establece la competencia exclusiva del Estado en materia de autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad y salga el transporte de su ámbito territorial.

El 151.2 nºs 1º, 3º y 5º, que alude tres veces al ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno y al del proyectado Estatuto, cuando regula el procedimiento de elaboración.

El 152.1, párrafo segundo, sobre el Estatuto, que dice, de la organización institucional, que un Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad.

De las **circunscripciones territoriales** propias habla el artículo 152.3, después de que el artículo 151.2.1º lo haya hecho de las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno. Y el 68.2, de la provincia como circunscripción electoral.

El artículo 141.1 define la provincia como entidad local, con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios, y **división**

territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.

3. De las **zonas de montaña** se dice, en el artículo 130.2, que se les dispensará un tratamiento especial, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.

4. De la **tierra** se hace invocación, en el Preámbulo, que refleja la voluntad de la Nación española de colaborar con el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación de todos los **pueblos** de la Tierra. Y el artículo 8 alude a los **Ejércitos** de Tierra y del Aire. Sin olvidarse el 148.1.20ª del control del **espacio aéreo** como competencia exclusiva del Estado. Y del **mar** territorial, como bien de dominio público estatal. En el 132.

5. De Asturias, de Navarra, de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, de Ceuta y Melilla y de Madrid, que en cualquier caso son **topónimos**, se hace mención varia.

Del Príncipe de **Asturias**, en el artículo 57.2.

De Navarra, en la Disposición Transitoria 4ª, a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que lo sustituya.

De **Álava, Guipúzcoa y Vizcaya**, en la Disposición Derogatoria que deroga la ley de 25 de octubre de 1839, en cuanto pudiera conservar alguna vigencia.

De las **poblaciones de Ceuta y Melilla**, en los artículos 68.2 y 69.4, a propósito de su representación en el Congreso de Diputados y en el Senado. Y de las **ciudades de Ceuta y Melilla**, en la Disposición Transitoria 5ª, que dice que podrán constituirse en Comunidades Autónomas.

De la **villa de Madrid** se dice, en el artículo 5, que es la capital del Estado.

c) Otros textos relacionados o de interés territorial.

1. Sobre España.

Como sinónimo de territorio español o del Estado, hay:

El artículo 13.4 que dispone que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo **en España**

El artículo 19 párrafo segundo que reconoce el derecho de los españoles de **entrar y salir libremente de España**.

El artículo 63.1 que se refiere a los representantes extranjeros **en España**.

El artículo 96.1 que lo hace a los tratados internacionales válidamente celebrados que, una vez publicados **en España**, formarán parte del ordenamiento interno.

El artículo 123 que habla del Tribunal Supremo, con jurisdicción **en toda España**.

En sentido no territorial, como equivalente a Estado español o Estado, hay:

El 1.1. España se constituye en un Estado de Derecho.

El 3.3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas (el castellano y las demás lenguas españolas) de España es...

El 4.1. La bandera de España está formada...

El 4.2. ...éstas (la bandera y enseñas propias de las Comunidades Autónomas) se utilizarán, junto a la bandera de España en sus...

El 8. Las Fuerzas Armadas tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender...

El 10.2. Las normas relativas a... se interpretarán de conformidad con... los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce), ratificados por España.

El 11.3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con... aquéllos (países) que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España.

El 20.3. La ley garantizará el acceso a dichos medios (los de comunicación dependientes del Estado o de cualquier ente público) de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las distintas lenguas de España.

El 30. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender España.

El 56.2. Su (el del Rey, que es el Jefe del Estado) título es el de Rey de España.

El 57.1. La Corona de España es hereditaria...

El 57.2. ...la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

El 57.3. Extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho, las Cortes Generales proveerán a la sucesión de la Corona en la forma que más convenga al interés de España.

El 155. Si una Comunidad Autónoma... actuare de forma que atente gravemente contra el interés general de España...

La Disposición Final. Dispone que la Constitución se publique, además de en castellano (que es la lengua oficial del Estado según el artículo 3), en las demás de España o españolas, y contempla que entrará en vigor el día de la publicación en el boletín oficial del Estado de su texto oficial.

2. Sobre **lo español**.

Además del territorio español, del que hemos hablado, y del Estado o la Nación españoles, de los que hablaremos, se trata en la Constitución de:

Las **lenguas españolas** o de España, en los artículos 3 y 20.3 y la Disposición Final, referidos respectivamente: a las **demás** (distintas del castellano oficial del Estado); el pluralismo de la sociedad y de las **diversas**

lenguas españolas, a respetar por la ley sobre medios de comunicación social; y la publicación del texto oficial de la Constitución en el boletín oficial del Estado, **también** en las demás lenguas de España.

La **nacionalidad española** se contempla en el artículo 11, que dice que se adquiere, conserva y pierde de acuerdo con lo establecido en la ley. Y de la que no podrá ser privado ningún español.

De los españoles y extranjeros, es la rúbrica del Capítulo I del Título I, refiriéndose a los primeros muchos artículos de dicho Capítulo y otros, como:

Los que se refieren a los **españoles**. Los 12, 13.2, 14, 19 y 30, que se refieren a su mayoría de edad, sus libertades públicas, su igualdad ante la ley, su libertad de residencia y su derecho y deber de defender a España.

Los que se refieren a **todos** los españoles. Los 2, 3.1, 29, 35, 47, 130 y 139, sobre su patria común e indivisible, el deber de conocer y derecho a usar el castellano, el derecho de petición, el derecho al trabajo, su derecho a una vivienda justa y adecuada, su nivel de vida y su igualdad de derechos y obligaciones.

El que habla de **ningún** español, que no podrá, si es de origen, ser privado de su nacionalidad. El 11.2.

3. Sobre el **Estado español**.

La **forma política** del Estado español es la Monarquía parlamentaria. Lo dice el artículo 1.3. No dice que sea compuesto ni autonómico, y dice forma del Estado, no forma de gobierno del Estado.

El artículo 56 dispone que el Rey (que es el Jefe del Estado) asume la más alta **representación** del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente.

4. Sobre el **Estado**.

Se habla de él como ente público, con su personalidad jurídica, como sujeto de derechos y obligaciones, distinto de los demás y de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas en que se organiza territorialmente.

Se alude a muchos de sus órganos, como el Jefe del Estado, el Consejo de Estado, el Fiscal General del Estado, la Administración del Estado, las autoridades del Estado, así como a diversos aspectos de su actividad y derechos, como el Patrimonio del Estado y el Boletín oficial del Estado, o del resultado de ellos, como la Cuenta general del Estado la Deuda del Estado o los Presupuestos generales del Estado. Pero sobre todo sus potencias y necesidades, como la seguridad, defensa, representación, integridad, lengua oficial, medios de comunicación, potestad legislativa, poderes, ingresos, tributos, gastos, economía, competencias y Derecho del Estado. Son los **asuntos de Estado**, de los que le corresponde al Rey estar informado, según el artículo 62 g).

El artículo 1.1 habla del Estado **social y democrático de Derecho**.

El 1.2, de los **poderes** del Estado, que emanan del pueblo español.

El 5, de que la villa de Madrid es la **capital** del Estado.

El 11.3, dice que el Estado **podrá** concertar tratados de doble nacionalidad.

El 42, dice que el Estado **velará** por la salvaguarda de los derechos de los trabajadores en el extranjero.

El 63, dispone que al Rey corresponde manifestar el **consentimiento** del Estado para obligarse internacionalmente...

El 66.3, dice que las Cortes ejercen la **potestad legislativa** del Estado.

El 68.5, proclama que la ley reconocerá y el Estado **facilitará** el ejercicio del derecho de sufragio.

El 86, alude a las **instituciones básicas** del Estado, a cuyo ordenamiento no podrán afectar los decretos-ley.

El 94.1, previene que precisará de la previa autorización de las Cortes Generales, la prestación del **consentimiento** del Estado para obligarse por medio de determinados tratados o convenios.

El 97, afirma que el Gobierno dirige la **defensa** del Estado.

El 121, declara que los daños causados por error judicial darán derecho a indemnización **a cargo** del Estado.

El 131, contempla que el Estado **podrá** planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución.

El 133.1, dispone que la potestad originaria para establecer los tributos **corresponde** exclusivamente al Estado, mediante ley.

El 138.1, afirma que el Estado **garantizará** la realización efectiva del principio de solidaridad

El 147.1, dice que los Estatutos serán la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas y el Estado los **reconocerá** y amparará.

El 149.1, dispone que el Estado tiene **competencia exclusiva** sobre las materias siguientes...

El 149.2, proclama que el Estado **considera** el servicio de la cultura como deber y atribución esencial.

El 149.3, dice que la **competencia** sobre las materias no asumidas por los Estatutos de autonomía corresponderá al Estado.

El 150.2, contempla que el Estado **podrá** transferir o delegar en las Comunidades Autónomas facultades correspondientes a materias de titularidad estatal.

El 150.3, admite que el Estado **podrá** dictar leyes que establezcan los

principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas cuando así lo exija el interés general.

El 161, declara que el Tribunal Constitucional es competente para conocer:
c) De los conflictos de competencia **entre** el Estado y las Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí.

5. Sobre **lo estatal**.

El artículo 149, párrafo tercero, dispone que el **derecho** estatal será, en todo caso, **supletorio** del derecho de las Comunidades Autónomas.

El artículo 157.1 a) se refiere a los recursos de las Comunidades, constituidos por impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre **impuestos estatales** y otras participaciones en los ingresos del Estado.

El 158.1 contempla que, en los Presupuestos Generales del Estado, se pueda establecer una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los **servicios y actividades estatales** que hayan asumido.

En el Preámbulo se alude al **Estado de Derecho** y, en la sanción real, se manda a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta la Constitución como **norma fundamental del Estado**.

6. Sobre la **Nación española y lo nacional**.

En el Preámbulo se alude a la voluntad de la Nación española, que hay que creer se atribuye al pueblo español, del que se ha hablado como ratificador de la Constitución siguiente. En quien, según el artículo 1.2, reside la soberanía nacional.

El artículo 2 dice que la Constitución se fundamenta en la indisoluble **unidad de la Nación española**, patria común e indivisible de todos los españoles. Indivisibilidad que parece introducir un elemento territorial más que popular (sobre todo por la referencia que se hace a nacionalidades y regiones).

En algún otro lugar se alude a **lo nacional**. Como el citado artículo 2 (**soberanía**), el 19 (**territorio**) y el 132.3 (**Patrimonio** Nacional, que se distingue del Patrimonio del Estado), acaso como sinónimo de popular, español o estatal.

El artículo 56.1 habla de las relaciones internacionales del Estado español con las **naciones** de la comunidad histórica y sus relaciones, queriendo decir, tal vez, Estados, que son los sujetos de Derecho internacional.

En el discurso, ante las Cortes, el 27 de diciembre de 1978, de la sanción, el Rey saludó al Gobierno de la Nación (del que no se habla en el articulado, sino del Gobierno, que es término que se reserva al que ejerce la función –no poder– ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes, según el artículo 97, pensando en la del Estado). En la Constitución no hay más Gobierno que el del Estado, como evidencia que no llame así a

los de las Comunidades Autónomas, de las que, en el artículo 152.1, dispone que su organización territorial se basará en una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno y un Tribunal Superior de Justicia.

7. Sobre la **nacionalidad** y las nacionalidades.

De la nacionalidad **española** se habla en el artículo 11.1, de la **doble** nacionalidad y la nacionalidad **de origen** en el artículo 11.3 y de la nacionalidad y la extranjería en el artículo 149.1.7º.

De **las nacionalidades** (y regiones) que integran la Nación española, el artículo 2 proclama su derecho a la autonomía.

Del extranjero, en sentido territorial, como sinónimo de fuera del territorio nacional o español o de España, el artículo 42 es una muestra, hablando de los trabajadores **en el extranjero**.

Se refieren a **los extranjeros**: el artículo 13.1, que dice que gozan en España de las libertades públicas en los términos que establezcan los tratados y la ley, y el 13.4 lo hace a los ciudadanos de otros países y apátridas, a los que reconoce el derecho de asilo en similares términos. El artículo 63.1 se refiere a la acreditación ante el Rey de los representantes diplomáticos extranjeros en España.

8. Sobre **lo interior y lo exterior**.

El artículo 51.3 dice que una ley regulará el **comercio** interior. Y el 97.1 que el Gobierno dirige la **política** interior.

El mismo artículo dice que el Gobierno dirige la política exterior. Y el 149.1 que es competencia exclusiva del Estado: 10º comercio exterior y 16º **sanidad** exterior.

9. Sobre lo **internacional y lo supranacional**.

El artículo 10.2 establece la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y **tratados y acuerdos internacionales** sobre las mismas materias ratificados por España.

El artículo 11.3 dice que el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad.

El artículo 28.1 contempla el derecho de los sindicatos de fundar organizaciones **sindicales internacionales**.

El artículo 13.3 previene que la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o una ley, atendiendo al principio de reciprocidad.

El artículo 63.2 dice que al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para **obligarse internacionalmente**.

El artículo 75.3 se refiere a las **cuestiones internacionales**, que no pueden delegarse por las Cámaras a sus Comisiones Legislativas Permanentes. Dentro del Capítulo 3 del Título III, De los tratados internacionales.

El artículo 93.1 dispone que corresponde a las Cortes Generales (formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado) o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados (los por los que se atribuya a una **organización o institución internacional** el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución) y de las resoluciones emanadas de los **organismos internacionales y supranacionales** titulares de la cesión.

El artículo 95.1 exige la previa revisión constitucional para la celebración de un **tratado internacional** que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución.

El artículo 96 se refiere a la publicación oficial de los tratados y convenios internacionales, su integración en ordenamiento interno, su derogación, modificación y suspensión, de acuerdo con las normas generales del **Derecho internacional**, y su denuncia.

10. Sobre el país.

El artículo 128 habla de la subordinación de la riqueza del país al interés general.

El artículo 11.3, de los países **iberoamericanos** o con particular vinculación con España. Y el 13.4 de **otros** países.

11. Sobre la Monarquía.

El artículo 1.3 se refiere a la representativa, como forma política del Estado español, como vimos ya.

B) CONSTITUCIONES QUE NO HABLAN DE ISLAS PERO SI DEL TERRITORIO.

1) Constitución de la Monarquía española de 18 de junio de 1837.

a) Textos territoriales.

1. Se habla del **territorio español**, expresamente, en el artículo 48, que dispone que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español.

2. En sentido geográfico, y como sinónimo de territorio español, se habla de España en el artículo 1, a propósito de disponer quienes son españoles, cuando, en el n° 2, dice que los son los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido **fuera de España**.

En otro sentido se cita a España. En el artículo 1.1° se dice que son españoles: todas las personas nacidas en los **dominios de España**, por más que los dominios de España sean el territorio español. El n° 3° se refiere a

los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza y a la pérdida de la calidad de español por adquirir carta de naturaleza en país extranjero. En el artículo 50 se alude a la Reina legítima de las Españas. Y el 51 al Trono de las Españas. En el Preámbulo, Doña Isabel II comparece, como Reina de las Españas.

3. De la Monarquía (que es española, según el Preámbulo), se habla en sentido geográfico y como territorio español, en el n° 4 del artículo 1, según el que se consideran españoles los (extranjeros) que sin ella (carta de naturaleza) hayan ganado vecindad **en cualquier pueblo de la Monarquía**.

El artículo 4 dispone que unos mismos códigos regirán **en toda la Monarquía**.

El artículo 8 dispone que, si la seguridad del Estado exigiera la suspensión temporal, **en toda la Monarquía o parte de ella**, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley.

Los artículos 18 y 24 dicen que todos los españoles pueden ser senadores o diputados por **cualquier provincia de la Monarquía**.

4. Del Reino, como territorio español, se habla en varios artículos.

El artículo 47.2° dispone que al Rey le corresponde cuidar de que en **todo el Reino** se administre pronta y cumplidamente la justicia.

El artículo 48. 2° y 4° dispone que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para admitir tropas extranjeras **en el Reino** y ausentarse del Reino.

Del Reino, en sentido no territorial, se habla en los artículos 55, 57 y 58 referentes a su gobernación (gobernarlo la Regencia, en la incapacidad del Rey o vacancia de la Corona, y entretanto se nombra el padre o madre del Rey y, en su defecto, el Consejo de Ministros; y su gobierno, con minúscula, en el que el marido no tendrá parte ninguna, si reina una hembra).

5. En sentido territorial se habla de las provincias de Ultramar, oponiéndolas a las demás de la Península e islas adyacentes.

En la Disposición Adicional 2ª se dice que las **provincias de Ultramar** serán regidas por leyes especiales.

Esta norma es la constitucionalización de otra (que rompió la tradición castellana reflejada en las Leyes de Indias y la definición de la Constitución de Cádiz de la Nación española como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios), como el Decreto de 19 de abril de 1837, de las propias Cortes constituyentes, sancionado por la Regente María Cristina que dijo: No siendo posible aplicar la Constitución, que se adopte (que dijo luego que tenía la voluntad de revivir la de Cádiz) para la Península e islas adyacentes, a las **provincias ultramarinas de América y Asia** serán éstas regidas por leyes especiales análogas a su respectiva situación y circunstancias, y propias para hacer su felicidad: en su consecuencia no tomarán asiento en las Cortes actuales los Diputados de las expresadas provincias.

Se alegó a favor de la especialidad la distancia y la diferencia, pero sobre todo convencieron las razones de quienes hicieron de esta medida presupuesto necesario para evitar nuevas pérdidas, un argumento que llevó a los liberales a cambiar radicalmente sus posiciones. En la sesión de 10 de marzo de 1837 dijo Agustín de Argüelles *es imposible que podamos conservar las provincias de ultramar si no adoptamos para ellas leyes especiales.*

En su régimen institucional, a partir de 1837, la especialidad más llamativa estuvo representada por el poder cedido a los gobernadores capitanes generales, primeras autoridades políticas, militares y administrativas al frente de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, y presidentes de sus respectivas Audiencias. Cargo procedente del Antiguo Régimen, que había sido reforzado a raíz de una cédula de 28 de mayo de 1825, donde, como producto temprano del miedo a la insurrección, se les otorgaba atribuciones excepcionales por las ordenanzas militares a gobernadores de plazas sitiadas.

Las **otras o demás provincias**, las no ultramarinas, se contemplan en los artículos 18 y 24 (cualquier provincia de la Monarquía), sobre senadores y diputados al Congreso, y en los 15, 16, 21, 69 y 77 (cada provincia), sobre senadores, diputados, Diputaciones provinciales y cuerpos de milicia nacional, de los que el Rey podrá disponer en caso necesario **dentro de** la respectiva provincia, y, con otorgamiento de las Cortes, **fuera** de ella.

6. Lo interior y lo exterior.

El artículo 45 dispone que la autoridad del Rey se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público, en lo interior, y a la seguridad del Estado, en lo exterior, conforme a la Constitución y las leyes.

Para el gobierno interior de los pueblos, habrá Ayuntamientos, nombrados por los vecinos, a quienes la ley conceda este derecho, dispuso el artículo 70.

7. La tierra y el mar.

El artículo 76 atribuye a las Cortes, a propuesta del Rey, la fijación anual de la fuerza militar permanente de mar y tierra.

b) Textos relacionados o de interés.

1) Sobre **el Estado**.

Sin referirse a su territorio, de él hablan los artículos 8 y 45 (seguridad del Estado), 6 y 72 (gastos) y 74 (propiedades).

Se habla de las potencias extranjeras y las demás potencias, en los artículos 47 (la dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales, como prerrogativa del Rey) y 48 (sobre autorización por ley para ratificar tratados de alianza ofensiva, especiales de comercio y que estipulen dar subsidios a tales potencias).

2) Sobre **la Nación**.

Sin confundirla con el territorio, en el Preámbulo, se alude a su voluntad (de revivir la Constitución de 19 de diciembre de 1812), y el articulado se refiere

a lo que se obliga (como, en el 11, a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica, que profesan los españoles), a lo que más le convenga (artículo 53 sobre llamamientos a la sucesión de la Corona), su crédito (necesidad de autorización de la ley de presupuestos u otra especial para tomar caudales a préstamo sobre el de la Nación, en el 74) y su garantía (de la Deuda pública en el 75).

Se habla de la milicia **nacional** en el artículo 77.

3) Sobre **la Patria**.

El artículo 6 dispone que todo español está obligado a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley.

4) Sobre **lo español**.

Además de la Nación española y el territorio español, en los términos expuestos, la Constitución habla de lo español.

De la **calidad** de español, al tratar de su pérdida en el artículo 1.

De los **españoles**, al decir quienes lo son, en el artículo 1, entre otros, todas las personas que hayan nacido en los dominios de España y los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España, y, a continuación, proclamar sus derechos e imponerles obligaciones en los artículos siguientes: Refiriéndose a **todo español** (3, 6 y 24), a **todos los españoles** (2, 4, 5 y 18) y a **ningún español** (7, 9 y 10). O para exigir ser español para ser nombrado senador o diputado (17 y 23). Y ser español de nacimiento para la tutela del rey menor (60).

2) Constitución de la Monarquía española de 23 de mayo de 1845.

a) Textos territoriales.

1. Se habla del **territorio español**, expresamente, en el artículo 46.1, que dispone que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español.

2. En sentido geográfico, y como sinónimo de territorio español, se habla de España en el artículo 1, a propósito de disponer quienes son españoles, cuando, en el n° 2, dice que los son los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido **fuera de España**.

En otro sentido se cita a España. En el artículo 1.1° se dice que son españoles: todas las personas nacidas en los **dominios de España**, por más que los dominios de España sean el territorio español. El n° 3° se refiere a los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza y a la pérdida de la calidad de español por adquirir carta de naturaleza en país extranjero. El artículo 15 alude a los senadores de la clase de Grandes de España. En el artículo 49 se alude a la Reina legítima de las Españas. Y el 50 al Trono de las Españas. En el Preámbulo, Doña Isabel II comparece, como Reina de las Españas.

3. De la Monarquía (que es española, según el Preámbulo), se habla, en sentido geográfico y como territorio español, en el n° 4 del artículo 1, según el que se consideran españoles los (extranjeros) que, sin ella (carta de naturaleza), hayan ganado vecindad **en cualquier pueblo de la Monarquía**.

El artículo 4 dispone que unos mismos códigos regirán **en toda la Monarquía**.

El artículo 8 dispone que, si la seguridad del Estado exigiera la suspensión temporal, **en toda la Monarquía o parte de ella**, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley.

En el Preámbulo se alude a la Monarquía española. Y, al final, en la sanción de la Reina, ésta manda a todos sus súbditos que hayan y guarden la Constitución como ley fundamental de la Monarquía.

4. Del Reino, como territorio español, se habla en varios artículos:

El artículo 45.2° que dispone que al Rey le corresponde cuidar de que en **todo el Reino** se administra pronta y cumplidamente la justicia.

El artículo 46. 2° que dispone que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para admitir tropas extranjeras **en el Reino**.

Del Reino, en sentido no territorial, se habla en los artículos 55, que alude al gobierno de Reino (en el que el marido no tendrá parte ninguna, si reina una hembra), y 60 (referido al gobierno provisional del Reino por el Consejo de Ministros, en defecto de Regencia durante la menor edad del Rey y hasta que se nombre). El artículo 39 se refiere a la Regencia o Regente del Reino.

En el Preámbulo se alude a la voluntad del Reina de las Españas y de las Cortes del Reino de regularizar y poner en concordancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades **de los Reinos**.

5. Castilla.

El artículo 15, sobre el Senado, se refiere a la clase de **Títulos de Castilla que disfruten de 30.000 reales de renta**.

6. En sentido territorial se habla de las provincias de Ultramar, oponiéndolas a las demás de la Península e islas adyacentes.

El artículo 80 dice que las **provincias de Ultramar** serán regidas por leyes especiales.

Las **otras o demás provincias**, las no ultramarinas, se contemplan en los artículos 23 (cualquier provincia), sobre diputados al Congreso, y 72 (en cada provincia habrá una Diputación provincial, hablando de sus individuos, que no llama diputados provinciales, como el artículo 15, para distinguirlos de los Diputados a Cortes).

7. Lo interior y lo exterior.

El artículo 43 dispone que la autoridad del Rey se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público, en lo interior, y a la seguridad

del Estado, en lo exterior, conforme a la Constitución y las leyes.

8. **La tierra y el mar.**

El artículo 79 a tribuye a las Cortes, a propuesta del Rey, la fijación anual de la fuerza militar permanente de mar y tierra.

b) Textos relacionados o de interés.

1) Sobre **el Estado.**

Sin referirse a su territorio, de él hablan los artículos 8, 19.2º y 43 (seguridad del Estado), 6 y 75 (gastos) y 77 (propiedades).

Se habla de las potencias extranjeras y las demás potencias, en los artículos 45.6º (la dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales, como prerrogativa del Rey) y 46.3º (sobre autorización por ley para ratificar tratados de alianza ofensiva, especiales de comercio y que estipulen dar subsidios a tales potencias).

En el artículo 1 párrafo segundo se habla de país extranjero.

2) Sobre **la Nación.**

Sin confundirla con el territorio, el articulado se refiere a la Religión de la Nación española (que, según el artículo 11, es la Católica, Apostólica, Romana, cuyo culto y ministros el Estado se obliga a mantener), así como a lo que más le convenga (artículo 52, sobre llamamientos a la sucesión de la Corona), su crédito (necesidad de autorización de la ley de presupuestos u otra especial para tomar caudales a préstamo sobre el de la Nación, en el 77) y su garantía (de la Deuda pública en el 78).

Se habla de la milicia **nacional** en el artículo 77.

3) Sobre **la Patria.**

El artículo 6 dispone que todo español está obligado a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley.

4) Sobre **lo español.**

Además de la Monarquía española, la Nación española y el territorio español, en los términos expuestos, la Constitución habla de lo español.

De la **calidad** de español, al tratar de su pérdida en el artículo 1.

De los **españoles**, al decir quienes lo son, en el artículo 1, entre otros, todas las personas nacidas en los dominios de España y los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España, y, a continuación proclamar sus derechos e imponerles obligaciones en los artículos siguientes. Refiriéndose a **todo español** (3, 6 y 23), a **todos los españoles** (2 y 5) y a **ningún español** (7, 9 y 10). O para exigir ser español para ser nombrado senador o diputado (15 y 22) y Regente (58). Y ser español de nacimiento para la tutela del rey menor (63).

De los extranjeros se habla en el artículo 1, párrafo tercero.

c) El acta adicional de 15 de septiembre de 1856.

Tampoco habla de las islas Baleares, pero se interesa por el territorio español y, en cierto sentido, contrapone y distingue el Reino, que es el todo, de la parte, que es la Península (que no comprende Ultramar, Canarias y las islas adyacentes).

El artículo 2 dispone que, promulgada la ley de que habla el artículo 8 de la Constitución (sobre suspensión temporal, en circunstancias excepcionales, de lo dispuesto en el artículo anterior –que establecía que no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban– en toda la Monarquía o parte de ella), el territorio a que aquella se aplique se regirá, durante la suspensión, por lo que establezca de antemano la ley de orden público. Pero ni en una ni en otra ley se podrá autorizar al Gobierno para extrañar del Reino a los españoles ni para depositarlos fuera de la Península (a provincias de Ultramar o a provincias no ultramarinas, o sea, insulares).

Estaba en vigor (como durante la vigencia de la Constitución de 1837) el Real Decreto de 30 de septiembre de 1833, conocido como de Javier de Burgos, que dividió el territorio español en la península e islas adyacentes en 49 provincias, con el nombre de sus capitales respectivas, excepto las de Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya que conservarán sus actuales denominaciones, existiendo la provincia de islas Baleares, que comprendía las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y tenía a Palma por capital, y la provincia de las islas Canarias, comprensiva de las islas de Tenerife, Gran Canaria, Gomera, La Palma, Hierro, Lanzarote y Fuerteventura, siendo su capital Santa Cruz.

El acta adicional fue derogada por Real Decreto de 14 de octubre de 1856 en cuya Exposición de Motivos se habla de la Monarquía, el Estado, el Reino y la Nación.

d) La ley constitucional de 17 de julio de 1857.

En el Preámbulo de invoca la Monarquía española y el Reino de las Españas.

Se reforman los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 28, de los que interesan, territorialmente hablando, solamente:

El 14, porque habla del Patriarca de **las Indias**.

Los artículos 15, 17 y 18, porque se refieren los tres, a los **Grandes de España**, y además, el primero, a los **Títulos de Castilla** que disfruten de 100.000 reales de renta.

3) Las Leyes Fundamentales del Reino (1937-1977), formalmente derogadas por la Constitución española de 1978.

Son las siete incluidas en el Texto Refundido aprobado por Decreto de 20

de abril de 1967 y la Ley 1/ 1977 de 4 de enero para la reforma política. Aquéllas, según la Disposición Derogatoria 1, *en cuanto no estuvieran ya derogadas* por esta última, que también se deroga, con rango de Ley Fundamental, según su Disposición Final.

No se enumeran en la Derogatoria, por orden cronológico sino el sistemático del Texto Refundido, y son las siguientes: la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1952, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

a) Los textos insulares.

No hablan de las islas Baleares, ni siquiera de islas, aunque sí, de lo insular e insular canario. Y del territorio español y del territorio nacional, así como de las tierras de España.

La Ley Constitutiva de Cortes, en el artículo 2.I e), decía: Las Cortes se componen de los Procuradores, comprendidos en los apartados siguientes:... Un representante por cada Diputación Provincial y Mancomunidad **Insular** Canaria.

La Ley para la Reforma Política, en su Disposición Transitoria 1ª, dijo que el Gobierno regulará las primeras elecciones a Cortes para constituir un Congreso de trescientos cinco (305) Diputados y elegir doscientos siete (207) Senadores, a razón de cuatro (4) por provincia y uno (1) más por cada provincia **insular**, dos (2) por Ceuta y dos (2) por Melilla. Los senadores serán elegidos por sufragio... de los españoles mayores de edad que residan en el respectivo territorio.

La Ley Constitutiva de Cortes habló, en el artículo 2.1 e), de las Corporaciones locales no constituidas en provincias.

b) Otros textos territoriales.

1. Sobre el territorio nacional y español, y sobre otros territorios.

En el Fuero de los Españoles (FE en adelante) se dice, en sus artículos 13 y 14, que, dentro del **territorio nacional**, se garantizan la libertad y secreto de la correspondencia y el derecho de los españoles a fijar libremente su residencia.

El artículo 14 de la Ley Constitutiva de Cortes (LCC en adelante) atribuye al Pleno de las Cortes la ratificación de tratados y convenios que afecten a la integridad del **territorio español**.

En la Ley Orgánica del Estado (LOE en adelante), y en su artículo 9, se exige una ley para ratificar los tratados y convenios, y para adoptar medidas excepcionales, cuando la integridad de su (el de la Nación) **territorio** esté amenazada de modo grave e inmediato... Y el 11, prevé las ausencias del Jefe

del Estado del **territorio nacional**. El 37 dispone que las Fuerzas Armadas de la Nación garantizan la integridad de sus **territorios**. El artículo 45.II contempla la provincia como división territorial de la Administración del Estado, y la posibilidad de otras divisiones territoriales distintas.

La Disposición Transitoria 1ª de la Ley para la Reforma Política alude al **respectivo territorio** (de provincias, provincias insulares, Ceuta y Melilla).

El punto XIV de la Ley de Principios del Movimiento (LPM en adelante) dice que el Estado dictará las oportunas medidas de protección del trabajo nacional en **nuestro territorio**.

2. Sobre las **Tierras de España**.

La Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, en el punto IV, dice que es intangible su (la de los hombres y tierras de España) unidad.

El FE, artículo 21 a), dice que son fines del Consejo Nacional, como representante colegiado del Movimiento: a) Fortalecer la unidad entre ellos (los hombres y tierras de España).

3. Sobre la **tierra**.

El V.6 del FT decía que el Estado asegura a los arrendatarios la estabilidad en el cultivo de la tierra.

c) **Textos relacionados y de interés.**

1. Sobre **España**.

De la LPM, los puntos I (España es una unidad de destino en lo universal), III, (España aspira a la instauración de La justicia y la paz entre las naciones) y IV (Los Ejércitos de España deberán poseer la fortaleza necesaria para el mejor servicio de la Patria...)

Del FE, el artículo 33 (el ejercicio de los derechos que se reconocen no podrá atender a la unidad espiritual y social de España).

Del FT, los puntos V.5 y XV.

De la LOE, los artículos 3, 6 y 21.

De la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado (LS en adelante), los artículos 1 (**España**, como unidad política, es un **Estado** católico, social y representativo, que de acuerdo con su tradición, se constituye en **Reino**) y 2 (La jefatura del Estado, corresponde al Caudillo de España y de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos, don Francisco Franco Bahamonde).

2. Sobre el **Estado**.

De la LPM, los puntos VII (el pueblo español, unido en un orden de Derecho, informado por los principios de autoridad, libertad y servicio, constituye el Estado Nacional) y XII (en Estado procurará impulsar el progreso económico de la Nación).

Del FE, los artículos 5, 12, 13, 16, 17, 22, 23, 25, 26, 27, 29 y 31.

Del FT, los puntos I.4, 6 y 8, II.1.2 y 3, III.4, 5 y 6, V.2 y 6, VI, VII, IX, XI.4 y 6, XII.1 y 2, XIV y XVI.

De la LOE, los artículos 3 (son fines fundamentales del Estado:... el mantenimiento de la integridad e independencia de la Nación...), 40, 45, 46 y 47.

De la LCC, artículo 10 g).

De la LS, el artículo 1 (las Cortes conocerán de: los presupuestos del Estado... La ordenación político-jurídica de las instituciones del Estado).

3. Sobre la **Nación**.

De la LPM, los puntos V (la comunidad nacional se funda en el hombre... y en la familia..., pero los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la Nación) y XII (el Estado procurará impulsar el progreso económico de la Nación) y el artículo 1.

Del FE, los artículos 8 y 30 (todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común).

Del FT, los puntos III.3, XI.1 (todos los factores que en la producción intervienen quedan subordinados al supremo interés de la Nación), 4 (en general el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación) y 6 (el Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación) y XII.1 (todas las formas de la propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la Nación).

De la LOE, los artículos 3, 6, 7, 10 y 14 (corresponde al Presidente del Gobierno representar al Gobierno de la Nación).

De la LCC, el artículo 10 e) (el Pleno de las Cortes conocerá de cuantas medidas afecten en grado trascendental a la Economía de la Nación).

De la LS, los artículos 4, 8.II y 10 (son Leyes Fundamentales de la Nación:... y cualquier otra que en lo sucesivo se promulgue confiriéndole tal rango).

De la Ley de Referéndum (LR en adelante), los artículos 1 y 2 (el referéndum se llevará a cabo ente todos los hombres y mujeres de la Nación mayores de veintiún años).

4. Sobre el **Estado español y el nacional**

De la LPM, el punto VII (el pueblo español... constituye el Estado Nacional).

Del FE, los artículos 1, 6 (la profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial) y 28.

De la LOE, (nacional) la rúbrica del Título I y (español) los artículos 1.I (es la suprema institución de la comunidad nacional) y 2.II (el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones).

5. Sobre la **Nación española**.

De la LPM, el punto II (la Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación).

6. Sobre el **Reino**.

De la LPM, el artículo 3 (serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino).

De la LOE, los artículos 6 (Leyes fundamentales del Reino), 10 (sistema institucional del Reino) y 13 (gobernación del Reino).

De la LS, el artículo 1 (España... es un Estado... que... se declara constituido en Reino).

7. Sobre la **Patria**.

De la LPM, el punto IV.

Del FE, los artículos 2 (los españoles deben servicio fiel a la Patria) y 7.

Del FT, los puntos I.3 y XII (la producción constituye una unidad económica al servicio de la Patria).

De la LOE, el artículo 37 (Las Fuerzas Armadas de la Nación... garantizan la unidad e independencia de la Patria).

8. Sobre **lo español**.

Además del Estado y de la Nación españolas, se habla:

Del **Pueblo español** (LPM VII: El pueblo español... constituye el Estado Nacional, y LCC artículo 1: Las Cortes son el órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado) y el **suelo español** (FT XV elementos productores que contribuyan a rehacer el suelo español y las bases de su poderío), **las Cortes españolas** (LOE 49) y la **nacionalidad española** (LCC 10 f).

De **los españoles** (LPM X, FE 2, 3, 4, 9, 14, 16, 17 y 21, FT XIII.1 y LOE 3), todos los españoles (LPM VIII y IX, FE 5, 10, 11, 12, 24 y 31, FT I.8 y LOE 8.II y 30), ningún español (FE 18 y 20). Del patrimonio de los españoles (LOE 3), de los derechos y deberes de los españoles (LCC 10 f).

De ser español (LOE 14, para ser Presidente del Gobierno, LCC artículo 3.1º, para ser Procurador en Cortes, y LS 9, para ejercer la Jefatura del Estado, como Rey o Regente).

9. Sobre **lo nacional**.

Estado Nacional, LPM VII.

Movimiento Nacional, LPM Preámbulo (Comunión de los españoles en los ideales que dieron vida a la Cruzada) y LOE 4 (Comunión de los españoles

en los Principios permanentes e inmutables promulgados en la LPM, informante del orden político y promotor de la vida política en régimen de ordenada concurrencia de criterios) y 6 y Disposición Transitoria 1^a.III (Jefatura Nacional del Movimiento), y todo el Título IV (Consejo Nacional) artículos 21 a 28.

Comunidad nacional, LPM IV, V y VI y LOE artículos 22 c) y 45.I.

Soberanía nacional, LOE artículos 2.I (es una e indivisible, sin que sea susceptible de delegación ni cesión.) y 6 (el Jefe del Estado la personifica).

Trabajo nacional, FT XIV.

Política nacional, LOE 13.2.

Seguridad y defensa nacionales, LOE artículos 37 y 38.

Escala (territorial y) nacional, FT XIII.2.

Referéndum nacional, LR 10 f).

Bandera nacional, (LOE 5 compuesta por tres franjas horizontales: roja, gualda y roja; la gualda de doble anchura que la roja).

10. Sobre **lo internacional**.

LOE 9 (ratificar tratados y convenios internacionales) y LCC 14.

11. Sobre **lo interno y lo externo**.

LOE, 6. El Jefe del Estado vela por la conservación del orden público en el interior y de la seguridad del Estado en el exterior.

C) CONSTITUCIONES QUE NO HABLAN NI DE ISLAS NI DE TERRITORIO.

No lo hace el Estatuto Real. El nombre de Estatuto Real se lo dio el Real Decreto de 10 de abril de 1834, rubricado de la Real mano de Su Majestad la Reina gobernadora, en nombre de su excelsa hija Doña Isabel II, para, sobre todo, la convocación de las Cortes generales del Reino, pero también para restablecer en su vigencia las leyes fundamentales de la Monarquía y que se lleve a cumplido efecto lo que sabiamente previenen para el caso de que ascienda al Trono un Monarca menor de edad.

El artículo 1 decía que, con arreglo a lo que dispone la ley... de la Nueva Recopilación, Su Majestad la Reina Gobernadora, en nombre de su excelsa hija doña Isabel II, ha resuelto convocar las Cortes generales del Reino. Y los artículos 27 y 28 que, con arreglo a la citada ley, se convocarán Cortes generales, después de la muerte de Rey, para que jure su sucesor la observancia de las leyes y reciba de las Cortes el debido juramento de fidelidad y obediencia, y, cuando el Príncipe o la Princesa que haya heredado la Corona sea menor de edad, para que lo hagan los guardadores del Rey niño y las Cortes. El artículo 30 también contempla la convocatoria cuando ocurra algún negocio arduo cuya gravedad a juicio del Rey exija consultarlas. Sin perjuicio de que, en el

artículo 34, con arreglo a otra ley de Partida, se diga que no se exigirán tributos ni contribuciones, de ninguna clase, sin que, a propuesta del Rey, no los hayan votado las Cortes. Por más que, según el 31, las Cortes no podrán deliberar sobre ningún asunto que no haya sido sometido a su examen en virtud de Real Decreto.

Congruente con estos limitados fines, se entiende que tenga solo 50 artículos y que los cuatro primeros Títulos se refieran a las Cortes generales del Reino (compuestas ahora por dos Estamentos: el de Próceres del Reino y el de Procuradores del Reino, a los que se refieren los Títulos II y III) y a la reunión del estamento de los Procuradores del Reino, y solo el V sea de disposiciones generales (sobre las Cortes, su convocatoria, funcionamiento y disolución y el estatuto de los Próceres y Procuradores, que, según el artículo 49, serán inviolables por las opiniones y votos que dieren en desempeño de su encargo). No siendo visible cómo, con lo establecido sobre las Cortes, como mero órgano de colaboración del Rey en la tarea legislativa, se crea, tal cual se dice, labrar sobre cimiento sólido y permanente la prosperidad y gloria de esta Nación magnánima. Aunque sí puedan verse en su espíritu los orígenes del bicameralismo posterior, en respuesta más o menos velada a la Constitución de 1812, vigente los seis años anteriores. Y más moderada que cuando fue abolida en 1814.

No sorprende pues que, en el texto, no haya alusión a las islas ni siquiera al territorio español, que tan sólo un año antes, en 1833, había estrenado una nueva división territorial en provincias, que puso fin a la anterior, en reinos. De la que es, en algún sentido, reflejo, la elección de los Procuradores del Reino.

Se habla de España, del Reino, del Estado y de la Monarquía, como sigue:

De **España**, sin énfasis territorial, se habla en los artículos 3.2, 5 y 6, a propósito de los Próceres, de cuyo Estamento, son miembros natos los Grandes de España. De los españoles en el artículo 3.4° (un número indeterminado de españoles) y 14.1° (hijos de padre o madre españoles).

Del **Reino** se habla reiteradamente En referencias a sus Cortes generales, al Estamento de Próceres del Reino y a éstos, y al de Procuradores del Reino y a éstos.

Una vez se habla de estos Reinos, concebidos acaso como territorios, en el artículo 14.1°, que exige para ser Procurador del Reino **ser natural de estos Reinos** o ser hijo de padres españoles.

De los **súbditos**, aunque de otra potencia, y de la necesidad, de no serlo, para poder ser Prócer del Reino, hablan los artículos 5.6° y 8.6°.

Del **Estado** se habla, sin relieve territorial, en el artículo 3.4, referido a los Próceres, elevados en dignidad e ilustres por sus servicios en las varias carreras (ser o haber sido Consejero de Estado), de número ilimitado, y el 29, sobre el juramento de los guardadores del Rey niño, de no violar las leyes del Estado.

De la **Monarquía** se habla en el Decreto de sanción del Estatuto, aludiendo sin adjetivo alguno (la Constitución de Cádiz había hablado de moderada y de liberal) a sus leyes fundamentales. Y de la prosperidad y gloria de esta **Nación** magnánima.

Se alude a **la tierra**. En el artículo 3.4º, en relación con los Próceres, por los servicios en las varias carreras, como **generales de mar y de tierra**.

De los **propietarios territoriales**, como posibles Próceres del Reino, si reúnen a su mérito personal y sus circunstancias relevantes, la de poseer una renta anual de sesenta mil reales y haber sido antes Procurador del Reino.

De las **provincias** se habla, hasta en sentido territorial. En el artículo 14 párrafo primero nº 4º, entre los requisitos para poder ser Procurador del Reino, se contempla el de **haber nacido en la Provincia** que le nombre, o **haber residido en ella** los dos últimos años, o **poseer en ella** algún predio rústico o urbano o capital de censo que reditúen la mitad de renta necesaria para ser Procurador del Reino (doce mil reales anuales).

Los Títulos de **Castilla**, como componentes de Estamento de Próceres, se ven en los artículos 3.3º y 8.

XI.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN

FERRER VANRELL, MARÍA PILAR. Doctora en Derecho; Profesora de Derecho civil en la Universidad de Barcelona; Catedrático de Derecho civil de la UIB. Ha sido directora de tesis, de cursos de postgrado y de congresos nacionales e internacionales. Ha sido investigadora principal de proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Presidenta y vocal de la Comissió Assessora de Derecho civil y vocal de la Comissió Assessora para la reforma del Estatuto de Autonomía, así como Secretaria General de la UIB y Consellera de la Funció Pública i Interior del Goven Balear. Autora de más de 70 publicaciones, entre libros, capítulos de libro y artículos en revistas jurídicas, particularmente sobre temas de Derecho civil balear. Medalla de Oro de la Comunidad Autónoma y Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

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 la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Entre otros trabajos ha publicado: “Notas sobre la riña tumultuaria en el Código Penal” en Revista Jurídica de Cataluña 1979, “Consideraciones en torno al agente provocador” en Cuadernos de Política Criminal, Madrid 1982, “Consecuencias del principio non bis in idem en Derecho penal” en Anuario de Derecho penal, Madrid 1989, “El nuevo delito de tráfico de influencias” en Revista del Poder Judicial, Madrid 1993, “El delito urbanístico”, Valencia 1977 y “Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad”, obra conjunta, Madrid 2005 y 2008.

GÓMEZ MARTÍNEZ, CARLOS. Ingresó en la carrera judicial en 1982. Director de la Escuela Judicial de 1999 a 2002. Presidente de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y de la Sección Tercera de la misma. Director de la Revista Jurídica de las Illes Balears. Profesor asociado de la UIB, miembro del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa. Coautor de libros sobre propiedad horizontal y sobre proceso civil y autor de artículos diversos sobre Derecho civil, Derecho procesal, formación de los jueces y ética judicial. Ha participado en misiones del Consejo de

Europa en países de Europa Central y del Este y ha sido experto científico en la redacción de la Recomendación 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, titulada “Los jueces: independencia, eficacia y responsabilidad”.

JIMÉNEZ GALLEGO, CARLOS. Licenciado en Derecho. Abogado (hasta 1991). Notario (promoción de 1991). Notario de Palma desde Junio de 1996, tras aprobar las oposiciones entre Notarios de 1994-1995. Preparador de opositores desde 1995 hasta 2006. Miembro de la comisión de cultura del Colegio Notarial desde 1997. Coordinador y autor de numerosos artículos en los Libros de los Seminarios del Colegio Notarial (desde 2004) y en otras revistas jurídicas y libros colectivos. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Jurídica de las Illes Balears, en la que ha publicado varios artículos. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

MASOT MIQUEL, MIQUEL. Licenciado y Doctor en Derecho. Ha sido Profesor Titular de Derecho civil y Catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la UIB. Abogado en ejercicio de 1965 a Noviembre de 2000 y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Noviembre de 2000 a Diciembre de 2007. Ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y del Consell Acadèmic del Institut d’Estudis Baleàrics. Es Académico de Número y, en la actualidad, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial, de Derecho civil balear.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Académico de Número y Secretario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Doctor en Derecho y Abogado del Estado. Es autor del libro “Las Retenciones Tributarias” y, entre otras, de las siguientes colaboraciones publicadas en este Boletín: “La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho Civil de Baleares”, “Consideraciones sobre algunos de los derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente”, “Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía” y “La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”.

MONSERRAT QUINTANA, ANTONI. Magistrado. Doctor en Derecho. Abogado no ejerciente. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que es Censor en su Junta de Gobierno. Vocal del Consejo General del Poder Judicial en el que, sin perjuicio de otras funciones, pertenece a la Comisión Internacional y Presupuestaria. Vocal Territorial de Aragón, Rioja y Navarra. Director de la

“Revista del Poder Judicial”. Miembro del *Steering Committee. European Network of Councils for the Judiciary*. Coordinador del grupo de trabajo sobre “Transparencia, Rendición de Cuentas e Integridad” en la Cumbre Judicial Iberoamericana. Autor de diversas ponencias, artículos y libros jurídicos.

ROIG BUSTOS, LADISLAO. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Ingresó en la Escuela Judicial en 1977 y desde 1980 es Fiscal en Palma de Mallorca. Es Teniente Fiscal de la Fiscalía de Baleares desde 1995, habiendo sido reelegido el 28 de Diciembre de 2007, y ha sido Fiscal de Vigilancia Penitenciaria y de Protección de Menores. Ha sido también Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita desde su creación en 1996 hasta Mayo de 2007. Miembro fundador de la Asociación de Fiscales en 1980 y de la Unión Progresista de Fiscales, de la que fue Presidente nacional en el bienio 1991-1993. Ha sido Profesor Colaborador y Asociado de la Cátedra de Derecho penal de la UIB. Ha dado numerosas conferencias, ha intervenido en mesas redondas y es autor de artículos sobre temas de su especialidad.

SITJAR BURGUERA, BARTOLOMÉ. Abogado de los Colegios, de Baleares, desde 1960, y de Madrid desde 1972. Es Académico de Número y, en la actualidad, Vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears y ha sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, de 1987 a 1997. Asesor Jurídico y Consejero del Banco de Crédito Balear, de 1971 a 1992, Presidente del Banco Agrícola de Pollensa, de 1972 a 1975, y Presidente de la Unión Profesional de Baleares, de 1993 a 1997. Su discurso de ingreso en la Academia trató de “La compensación en los procedimientos concursales”.

SUAU MOREY, JAIME. Abogado y Doctor en Derecho. Autor de diversos trabajos monográficos relativos al recurso de casación civil, a aspectos constitucionales de los recursos penales y a la intermediación ante las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tiene publicaciones sobre el recurso de amparo, el habeas corpus, el jurado y el modelo acusatorio, entre otros. Ganador del X Premio Luis Pascual González por su obra “Tribunales Superiores de Justicia. Derecho propio y otras competencias”.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL. Licenciada y Doctora en Derecho. Catedrática de Derecho procesal de la UIB. 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, nacionales e internacionales habiendo sido ponente en los mismos. Es Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde 2005.