

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

**XVIII**

PALMA DE MALLORCA, 2017

Con la colaboración de:



**Parlament de les Illes Balears**

Impreso en Esment Impremta

Depósito legal: PM 981-1989

ISSN: 2254-2515



# SUMARIO

|   |          |
|---|----------|
| I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA . . . . .  | pág. 7   |
| II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ODEN DE ANTIGÜEDAD, ELECTOS Y FALLECIDOS . . . . .  | pág. 9   |
| III.- MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2015-2016 DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA REAL ACADEMIA . . . . .<br>por CARLOS GÓMEZ MARTINEZ   | pág. 11  |
| IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 2016-2017: Las bodas de Plata no celebradas de la compilación del Derecho Civil de las Illes Balears de 1990. . . . .<br>por MIQUEL MASOT MIQUEL                        | pág. 35  |
| V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA DEL PROFESOR DR. D. JOAN OLIVER ARAUJO . . . . .  | pág. 93  |
| V. 1. <i>Las barreras electorales (Gobernabilidad versus representatividad)</i><br>por JOAN OLIVER ARAUJO . . . . .   | pág. 93  |
| V. 2. <i>Discurs de resposta al d'ingrés de l'Il·lustríssim Sr. Joan Oliver Araujo</i><br>por JOSEP M. QUINTANA PETRUS . . . . .  | pág. 151 |
| VI.- XIV PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ . . . . .   | pág. 159 |
| VI. 1. El trabajo premiado: <i>El proyecto de modificación de la compilación balear en materia de sucesiones del cónyuge viudo antes y después de la reforma</i><br>por EUGENIA GARCÍAS DE ESPAÑA . . . . . | pág. 159 |
| VI. 2. Intervención en el acto de entrega: <i>La competencia legislativa del Parlamento de las Illes Balears y su ejercicio, Ex art. 30,27 EAIB.</i><br>por MARÍA PILAR FERRER VANRELL . . . . .            | pág. 223 |

|  |          |
|--|----------|
| VII.- MESA DE DEBATE SOBRE EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN PENAL . . . . .   | pág. 235 |
| VII. 1. <i>Notas sobre la generalización de la segunda instancia penal. Nuevo recurso y viejas cuestiones</i><br>por ANTONIO TERRASA GARCÍA . . . . .  | pág. 235 |
| VII. 2. <i>Consecuencias de la reforma del Recurso de Apelación penal por la ley 41/2015, de 5 de octubre</i><br>por JAIME SUAU MOREY . . . . .  | pág. 263 |
| VIII.- MESA DEBATE ACERCA DEL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL<br>Reglamento Europeo (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016 sobre regímenes económico matrimoniales:<br>Ley aplicable<br>por CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO . . . . . | pág. 273 |
| IX.- MESA DEBATE SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN BALEARES . . . . .   | pág. 303 |
| IX. 1. <i>Los estudios de derecho de los mallorquines: de la época medieval a la creación de la actual universidad.</i><br>por ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ . . . . .   | pág. 303 |
| IX. 2. <i>Los estudios de derecho en mallorca en la época actual.</i><br>por JUAN RAMALLO MASSANET . . . . .   | pág. 313 |
| X.- MESA DEBATE SOBRE LAS ISLAS Y LOS ESTADOS INSULARES ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL Y ANTE EL DESARROLLLO ECONÓMICO . . . . .  | pág. 321 |
| X. 1. <i>Los estados insulares y el derecho internacional</i><br>por JOSÉ MARÍA PONS IRAZAZÁBAL . . . . .  | pág. 321 |
| X. 2. <i>Las islas ante el derecho del mar</i><br>por ALEIX GARAU MONTANÉ . . . . .  | pág. 331 |

|  |          |
|--|----------|
| XI.- COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO .....   | pág. 341 |
| XI. 1. <i>Estudio sobre las leyes 8/2015, de 22 de julio y 26/2015, de 28 de julio de protección de la infancia y de la adolescencia.</i> .....  | pág. 341 |
| XI. 1.A. <i>Introducción.</i><br>por ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ .....  | pág. 343 |
| XI. 1.B. <i>Derechos y deberes de los menores: modificaciones introducidas por la ley orgánica 8/2015 y por la ley 26/2015 en la ley (parcialmente) orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor.</i><br>por JOAN OLIVER ARAUJO .....   | pág. 347 |
| XI. 1.C. <i>Algunas reflexiones sobre aspectos de derecho administrativo derivados De las Leyes Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y ordinaria 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.</i><br>por PEDRO A. AGUILÓ MONJO ..... | pág. 369 |
| XI. 1.D. <i>Protección de la infancia y adolescencia. Aspectos procesales. Modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil.</i><br>por ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ .....   | pág. 389 |
| XI. 1.E. <i>Principales reformas de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en materia de adopción internacional.</i><br>por CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ .....  | pág. 407 |
| XI. 2. OTROS ESTUDIOS .....  | pág. 427 |
| XI. 2.A. <i>Las armas y la conciencia (especial referencia al caso español).</i><br>por JOAN OLIVER ARAUJO .....   | pág. 427 |

|  |          |
|--|----------|
| XI. 2.B. <i>Regalisme i antiregalisme a la Menorca<br/>angloespanyola del segle XVIII.</i> |          |
| por JOSEP M. QUINTANA. . . . .   | pág. 451 |
| XI. 2.C. <i>Unos dos centenares de proverbios lulianos,<br/>más o menos jurídicos</i>      |          |
| por TOMÁS MIR DE LA FUENTE . . . . .   | pág. 465 |
| XII.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS<br>EN ESTE BOLETIN. . . . .             | pág. 495 |

# **I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA**

## **Presidente**

Excmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas

## **Vicepresidente**

Ilmo. Sr. D. Pedro A. Aguiló Monjo

## **Censor**

Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente

## **Tesorero**

Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida

## **Secretario**

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

## **Vicesecretario**

Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons





## **II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ODEN DE ANTIGÜEDAD, ELECTOS Y FALLECIDOS**

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. Jaime Ferrer Pons

Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> María Pilar Ferrer Vanrell

Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras

Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego

Ilmo. Sr. D. Antonio J. Terrasa García

Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

Ilmo. Sr. D. Joan Oliver Araujo

## **ACADÉMICOS EMÉRITOS**

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell

Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet

Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló

Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos

## **ACADÉMICOS ELECTOS**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Olga Cardona Guasch

Ilmo. Sr.D. Carlos Izquierdo Téllez

## **EX ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Ilmo. Sr. D. Javier Muñoz Jiménez (por renuncia)

## **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. Ángel Reigosa Reigosa (Académico de Honor)

Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer

Ilmo. Sr. D. Francisco Téllez Miguélez

Ilmo. Sr. D Juan Vidal Perelló

# **III.- MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2015-2016**

## **MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS REALIZADAS EN EL CURSO 2015-2016**

**Dra. María Pilar Ferrer Vanrell**

### **SUMARIO**

#### **INTRODUCCIÓN**

1. Sesión de apertura del Nuevo Curso Académico 2015—2016.
2. Discursos de ingreso en la Real Academia.
3. Modificación de la Medalla académica.
4. Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.
  - 4.1. La Junta General.
  - 4.2. La Junta de Gobierno.
  - 4.3. Las Comisiones Académicas de Estudio: de Derecho Público y de Derecho Privado.
  - 4.4. Los Académicos Eméritos y los nuevos Académicos electos.
5. La proyección exterior de la Real Academia. Sus actividades.
  - 5.1. Acto de entrega del XIII Premio Pascual González.

5.2. Las publicaciones de la Academia.

5.2.1. El Boletín de la Academia número XVI y su inclusión en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears.

5.2.2. Las páginas de la Academia en la Revista Missèr.

5.2.3. Mantenimiento de la página WEB y la incorporación de DOIs.

5.3. Las sesiones abiertas y la proyección exterior de la Academia.

5.3.1. Sesiones abiertas: Conferencias y Mesas de debate organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia.

5.3.2. Asistencia a actividades académicas y culturales externas.

6. Notas de índole económico.: El modo de sufragar las actividades de la Real Academia.

Epílogo.

## I.- INTRODUCCIÓN

En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 38 de los Estatutos de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, esta Memoria relata, de forma sucinta, la intensa y fecunda actividad académica desarrollada durante el Curso 2015-2016.

Las actividades realizadas durante el curso académico que finaliza, dan cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 2 de sus Estatutos que determina, que los fines de la Academia son “el estudio y la investigación del Derecho, la colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica”. Por esta razón esta memoria da cuenta no solo de los trabajos científicos que han realizado los Sres. Académicos, desarrollados en su ámbito interno, sino también de la transferencia de estos resultados a la sociedad, realizada en sesiones abiertas, como en otras actividades de proyección exterior.

Don Santiago Ramón y Cajal decía: “Las ideas no duran mucho. Hay que hacer algo con las ideas”. Esta Memoria es la cuarta y última que cierra el segundo mandato del Presidente de la Real Academia, D. Miquel Masot Miquel. Ésta y las anteriores Memorias son la plasmación de las ideas de este doble mandato.

La Memoria se divide, partiendo del solemne Acto de apertura del nuevo curso académico 2015-2016, en dos apartados, la actividad interna y las actuaciones realizadas por la Academia en su proyección a la sociedad.

## **1. Sesión de apertura del Nuevo Curso Académico 2015--2016.**

El día 21 de octubre de 2015, a las 19 horas, tuvo lugar el Acto de apertura del nuevo curso 2015-2016, bajo la presidencia del Excmo Sr. D. Miquel Masot Miquel, Presidente de la Real Academia, celebrado en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears en sesión pública y solemne, de acuerdo con el artículo 36 de sus Estatutos.

Abrió el Acto su Presidente, y dio la palabra a la Secretario de la Corporación, Ilma. Sra. Dña María Pilar Ferrer Vanrell, para que procediera a dar lectura a la Memoria de las actividades correspondientes al curso 2014-2015.

La lección inaugural fue impartida por el Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras, Académico de Número; Catedrático de Derecho Civil y Abogado, que disertó sobre una materia de gran interés y actualidad, bajo el título “Crisis económica, base del negocio y cláusula *rebus sic stantibus* en la doctrina del Tribunal Supremo”.

## **2. Discursos de ingreso en la Real academia.**

Por la trascendencia para la Corporación es necesario hacer mención, en primer lugar, de los ingresos en la Real Academia en este curso que finaliza.

Este curso académico ha ingresado un nuevo académico de número. El Magistrado y Académico electo Ilmo Sr. D. Carlos Gómez Martínez, pronunció el discurso de ingreso en sesión pública y solemne, el 23 de mayo, a las 19 horas, en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, con el título “Dret processal del consumidor. El tractament judicial de les clàusules abusives”. La contestación, en nombre de la Corporación, estuvo a cargo de la Académica y Catedrática de Derecho Procesal de la UIB, Ilma. Sra. Dña. Isabel Tapia Fernández.

### **3. Modificación de la Medalla Académica.**

Antes de entrar en la exposición de las actividades que ha realizado la Real Academia durante este curso que finaliza, merece dar noticia sobre la adaptación a los nuevos Estatutos, de la Medalla Académica y los sellos de la Academia, que tienen su fundamento en la nueva realidad de la Corporación, ya que Su Majestad el Rey tuvo a bien conceder el Título de “Real” a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, como consta en la correspondiente Credencial fechada a 12 de mayo de 2015.

El artículo 62 de la Constitución Española encomienda al Rey el Alto Patronazgo de las Reales Academias, función que la Monarquía ha venido ejerciendo desde el siglo XVIII, como sistema para promover el progreso científico y cultural de España.

La concesión a nuestra Corporación de tan alta distinción conllevó la modificación de determinados artículos de los Estatutos para adaptarlos a la nueva calidad de “Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears”. Los nuevos Estatutos se publicaron en el BOIB nº 182, de 15 de diciembre de 2015; en el apartado primero de su artículo 16 determina como debe ser la nueva Medalla académica.

### **4. Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.**

Durante este curso académico que finaliza, la actividad interna de la Academia, en líneas generales, se ha desarrollado en las reuniones celebradas en su sede, el Colegio de Abogados, en Junta General; en Junta de Gobierno; y en Comisión: la Comisión de Derecho Público y la de Derecho Privado.

#### **4.1. La Junta General.**

La Academia se reunió, en una primera sesión ordinaria y preparatoria del nuevo curso académico, el día 28 de septiembre de 2015 para tratar y acordar, entre otros extremos, la fecha de la sesión inaugural del curso 2015-2016, que quedó fijada para el próximo día 26 de octubre de 2015. Se aprobaron las cuentas del curso 2014-2015 y el presupuesto para el curso 2015-2016, presentado por el Presidente, a propuesta del Tesorero D. Bartolomé Sitjar. Se aprobaron las Bases del XIV Premio Pascual González. Se acordó, por imperativo del art. 34 de los Estatutos, la programación de las actividades académicas para el nuevo curso que comienza.

Las siguientes sesiones ordinarias se celebraron el 25 de enero de 2016 y el 25 de abril de 2016, como última y de cierre del curso académico 2015-2016.

## **4.2. La Junta de Gobierno.**

La Junta de Gobierno se reunió en diversas ocasiones para tratar las cuestiones propias de su competencia, además de la constante relación entre sus miembros para el buen funcionamiento de la Academia.

## **4.3. Las Comisiones Académicas de Estudio: de Derecho Público y de Derecho Privado.**

Entre los principales fines de la Academia, de acuerdo con los artículos 2 y 3 de sus Estatutos, destaca el trabajo de investigación que realizan los Sres. académicos en el seno de las Comisiones de Estudio de Derecho Público y de Derecho Privado, elaborando ponencias que presentan y debaten en sus respectivas Comisiones.

Estos estudios tienen como finalidad contribuir a las reformas y el progreso de la legislación balear, en el ámbito del derecho civil propio y del derecho público autonómico, por mandato estatutario y, a la vez, dando cumplimiento a los Convenios suscritos con los órganos de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Este curso académico, la Comisión Académica de Derecho Privado se reunió, bajo la presidencia del Presidente de la Corporación, para debatir las ponencias presentadas por el Presidente, Don Miquel Masot Miquel, con el título: “La sustitución fideicomisaria en las Illes Balears”, y por el Académico Don Carlos Jiménez Gallego, con el título “Sustituciones fideicomisarias. Perspectiva comparada”, a las que se añadió la comunicación presentada por la Académico Doña María Pilar Ferrer Vanrell, titulada “La sustitución fideicomisaria, en el libro I y II de la CDCIB, a la luz de sus antecedentes históricos”. El 26 de abril, a las 17.30 H, en el Colegio de Abogados, se reunió la Comisión de Derecho Privado para elaborar las conclusiones, tras el debate final. El Presidente levantó acta de la sesión.

La Comisión Académica de Derecho Público presentó un estudio, elaborado por el Académico Don Tomás Mir de la Fuente, titulado “Las leyes meramente derogatorias *híc et nunc (...et semper)* ”.

#### **4.4. Los Académicos Eméritos y los nuevos Académicos electos.**

La Composición de los Académicos que conforman la Real Academia se ha modificado como consecuencia del paso de un Académico de número a la nueva condición de Académico Emérito, cubriéndose dicha vacante con la elección de un nuevo Académico.

En el curso académico 2013-2014 se procedió a la creación de la figura del Académico Emérito, con la consiguiente modificación de los Estatutos de la Corporación, que dio solución a los Académicos que, por razón de edad o enfermedad, estuvieren impedidos para llevar a cabo las obligaciones académicas que impone el artículo 15, pudiendo permanecer como miembros de la Real Academia, con *los mismos derechos, facultades, prerrogativas y honores que los Académicos de Número, a excepción del derecho de voto y de formar parte de la Junta de Gobierno.*

En este curso que finaliza, Don Bernardo Cardona Escandell, Académico de número, presentó su renuncia solicitando el paso a la condición de Emérito, que fue aceptado en la Junta General celebrada el 25 de enero de 2016. El Sr. Presidente elogió la trayectoria de Don Bernardo Cardona y agradeció el esfuerzo realizado en beneficio de la Real Academia.

La vacante se ha cubierto, de acuerdo con los artículos 6 y siguientes de los Estatutos, con la elección de un nuevo Académico, Doña Olga Cardona Guasch, elegida en la sesión de la Junta General del 25 de abril de 2016. La Académica electa deberá pronunciar, en el plazo de un año, el preceptivo discurso de ingreso en la Real Academia para obtener la condición de Académico de Número.

#### **5. La proyección exterior de la Real Academia. Sus actividades.**

La Academia se ha distinguido, este curso que finaliza, por la profusión de actividades con proyección al exterior. Precisamente, la proyección externa es uno de los principales cometidos de la Academia como medio de transferir el conocimiento a la sociedad.

Esta transferencia del conocimiento persigue “el fomento de la cultura jurídica” que es uno de sus fines, regulado en el artículo 2 de sus Estatutos.

Esta profusa actividad externa es reflejo de su constante actividad interna. De ellas dará cuenta esta Memoria.



## **5.1. Acto de entrega del XIII Premio Pascual González.**

Se tiene que destacar, en primer lugar, por su importancia, el acto de entrega del Premio Luís Pascual González, en su XIII edición. El Premio, en honor al ilustre jurista, que fue creado para dar cumplimiento a uno de los principales fines que tiene la Academia: el fomento del estudio y la investigación del Derecho Civil propio de las Islas Baleares.

Esta actividad investigadora sobre el Derecho Civil de nuestra Comunidad Autónoma, no sólo se realiza en el seno de la Academia, sino que se proyecta a la sociedad mediante la convocatoria anual del Premio que galardona el mejor trabajo de investigación, sobre esta materia, presentado en la convocatoria.

El Acto de entrega del Premio se celebró, en sesión pública y solemne, a las 19 horas del día 21 de marzo del presente año, en el salón de actos del Colegio de Abogados. Fue presidido por el diputado D. Miguel Jerez, en representación de la Molt Hble. Sra. Presidente del Parlamento de les Illes Balears y por el Presidente de la Academia. Fue otorgado a Doña Liliana Mijancos Gurruchaga, abogado, doctora en derecho y profesora de la UIB, por el trabajo de investigación que lleva por título “La situación jurídica de la mujer casada en el Derecho histórico balear”. El Presidente, Excmo. Sr. Don Miquel Masot Miquel presentó el acto y a la premiada.

La contestación, en nombre de la Academia, estuvo a cargo de la Académico, Dña María Pilar Ferrer Vanrell, que disertó con el título, “La aplicación supletoria del derecho civil estatal”.

## **5.2. Las publicaciones de la Academia**

La actividad doctrinal de los Señores Académicos se ha manifestado en dos publicaciones periódicas: 1) el Boletín, que se edita anualmente en soporte papel y en soporte digital, que se puede consultar en la página web de la Academia y en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears; y 2) las páginas que la Revista Missèr reserva a esta Corporación.

### **5.2.1. El Boletín de la Academia número XVI y su inclusión en la base de datos de la Universitat de les Illes Balears**

El número XVI del Boletín de la Academia se ha publicado en este curso Académico que finaliza. Se presentó a la Molt Hble. Presidenta del Parlament de les Illes Balears, Sra. María Consuelo Huertas Calatayud, el día 14 de abril de 2016, a las 12 horas en la Sala del Senado del Parlamento, con la

asistencia de Diputados, Académicos, autores de los trabajos publicados y medios de comunicación.

Este Boletín se incorpora a la base de datos de la UIB, a efectos de su publicidad. Esta incorporación tiene su fundamento en un anterior Convenio celebrado entre el Presidente de la Real Academia, D. Miquel Masot, y el Rector de la Universitat de les Illes Balears, D. Llorenç Huguet, para proceder a la digitalización de los Tomos I y II, y a la importación de los archivos digitales de los restantes Boletines; así como la catalogación de los artículos; la extracción e importación de las portadas de todos los tomos; la construcción de la colección digital, así como la tramitación del Digital Object Identifier (DOI) correspondiente a cada artículo. Anualmente, se va incorporando el último Boletín publicado.

En esta línea de modernización de nuestras publicaciones, se ha incorporado a cada uno de los artículos publicados electrónicamente en el Boletín el DOI (digital object identifier), esencial para la visibilidad e impacto tanto de nuestras publicaciones académicas como de los autores. El Sr. Monserrat Quintana es el académico encargado de su seguimiento.

El link para consulta es: Biblioteca Digital de les Illes Balears

El sumario del Boletín XVI, es el siguiente:

1.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA.

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

III.- MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2013-2014 por la Secretaria General de la Real Academia Doña MARIA PILAR FERRER VANRELL.

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2014-2015.

*Corrupció i regeneració social en temps de Ramon Llull*, por Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA, en conmemoración del séptimo centenario de la muerte de Ramón Llull.

V.- MESA REDONDA SOBRE “EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO”.

1. *El Reglamento (UE) N° 650/2012 en materia sucesoria: su integración en el derecho interregional español*, por Don LUIS GARAU JUANEDA.

2. *El Certificado Sucesorio Europeo*, por Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.

VI.- MESA REDONDA SOBRE “EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS ¿ASIGNATURA PENDIENTE?.”

1. *El control de los fondos públicos generalidades y especial referencia al control externo autonómico*, por Don PEDRO ANTONIO MAS CLADERA.

2. *El control de los fondos público en la Unión Europea*, por Don Juan RAMALLO MASSANET.

VII.- XII PREMIO LUÍS PASCUAL GONZÁLEZ.

1. *La responsabilidad del cónyuge no deudor ante terceros por obligaciones contraídas en el sostenimiento de la familia y el deber de información entre cónyuges en el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio*, de Doña CRISTINA GIL MEMBRADO. Trabajo ganador del Premio.

2. *La aparición de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante en la Compilación de 1990 relatada por un testigo presencial*, intervención de Don MIQUEL MASOT MIQUEL en el acto de entrega.

VIII.- MESA REDONDA SOBRE “LA LEY CONCURSAL Y SUS MODIFICACIONES, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS MÁS RECIENTES”.

1. *El convenio tras la reforma del RDL 11/2014* por Don VICTOR FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

IX.- MESA REDONDA SOBRE “ÉTICA JURÍDICA, ABOGACÍA, JUDICATURA, NOTARIADO”.

1. *Ética jurídica dels “Missérs”*, por Don JOSÉ NADAL MIR.

2. *Breu introducció a una possible Ética judicial*, por Don CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ.

3. *Ética jurídica; NOTARIADO*, por Don JAIME FERRER PONS.

X.- MESA REDONDA SOBRE “LOS ARBITRAJES TRAS LA LEY 11/2011 DE 20 DE MAYO: UNA VISIÓN CRÍTICA.

1. Cultura arbitral, por Don LORENZO ROS SÁNCHEZ.
2. *Notas sobre el arbitraje de equidad*, por Don MIQUEL COCA PAYERAS.
3. *La anulación del laudo arbitral*, ppr Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA.

#### XI.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO.

1. *El “nomen iuris” de los recursos: entre la Filología y el Derecho y entre el Derecho procesal y el administrativo*, por Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.
2. *Notas a propósito de la llamada doctrina Parot y la reforma del Código penal (LO 1/2015 de 30 de Marzo)* por, Don ANTONIO J. TERRASA GARCÍA.
3. *El régimen jurídico de las sociedades mixtas urbanísticas locales*, por Don JUAN ALEMANY GARCÍAS.

#### XII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE PAREJAS NO CASADAS.

##### Introducción.

1. *Parejas no matrimoniales (ponencia)*, por Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.
2. *Informe apresurado sobre un aspecto de la ponencia del Académico Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO sobre la reforma de la ley de parejas estables de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears*, por Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.
3. *Grandes concordancias y leves discrepancias con una magnífica ponencia y una reflexión final a favor de la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, por Don MIQUEL MASOT MIQUEL.
4. *Notas sobre la regulación de las parejas no matrimoniales*, por Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA.
5. *Análisis de ciertas cuestiones que se han presentado recientemente sobre las parejas estables. Una especial referencia a la llamada “pensión de viudedad”*, por Doña MARÍA PILAR FERRER VANRELL.

6. *Unas notas sobre el “ámbito genérico” del tema de “parejas no casadas”*, por Don JOSÉ CERDÁ GIMENO.

7. Acta de la sesión académica de 21 de abril de 2015.

XIII.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN.

### **5.2.2. Las páginas de la Academia en la Revista *Missèr***

En las páginas que la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares reserva a la Academia se incluyen las contribuciones doctrinales de los Señores Académicos que, para el buen cumplimiento de los fines de la Academia como es la transferencia del conocimiento a la sociedad, se publican en la Revista *Missèr*; así como se reseñan algunos de los actos más relevantes de la vida de esta Corporación, de las que damos cuenta.

#### **Missèr n° 106, julio-septiembre 2015**

Artículo doctrinal, titulado “Hacia un nuevo sistema dispositivo o no necesario de enjuiciamiento”, a cargo de la académica Doña Isabel Tapia Fernández, Catedrática de Derecho Procesal.

Le sigue la reseña de la Mesa Redonda, con el título “Ética Jurídica”, que se celebró en la Sala de actos del Colegio de Abogados el 20 de Abril de 2015, a las 19 horas, presidida por D. Miquel Masot Miquel, con intervención del Abogado D. José Nadal Mir, profesor de Deontología de la Escuela de Práctica Jurídica y ganador del I Premio Degà Miquel Frontera a la ética jurídica; el magistrado D. Carlos Gómez Martínez, Presidente de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial; y el notario honorario y académico D. Jaime Ferrer Pons.

Da noticia de la elección de dos nuevos Académicos, juristas de reconocido prestigio, el catedrático de Derecho Constitucional, Don Joan Oliver Araujo y el magistrado, Don Carlos Gómez Martínez, que cubren las vacantes producidas por renuncia y paso a la categoría de Académicos Eméritos, de Don José Zaforteza Calvet y de Don Miquel Suau Rosselló.

Reseña sobre la Concesión, por Su Majestad El Rey del Título de “Real” a la Academia, el 12 de mayo de 2015, en reconocimiento de la labor científica realizada desde su fundación, el 24 de marzo de 1988.

También se publicitan las Bases del XIII Premio Pascual González.

**Missèr n° 107, octubre-diciembre 2015**

Se publica la intervención del académico emérito D. José Zaforteza Calvet, que tuvo lugar en el acto de homenaje a D. Félix Pons Marqués, celebrado el día 23 de febrero de 2015 en la Sala de Actos del Ilustre Colegio de Abogados, con el título “Don Félix Pons Marqués: el Derecho como norma de vida”

Reseña de la Mesa redonda sobre el Arbitraje, con el título: “Los arbitrajes tras la Ley 11/2011 de 20 de mayo; una visión crítica”, en la que intervinieron el abogado, Don Lorenzo Ros Sánchez, ex decano del Colegio de Abogados, el catedrático de Derecho civil, abogado y académico, Don Miguel Coca Payeras y el magistrado del TSJIB y académico D. Antonio Monserrat Quintana.

Finalmente, se incluyen las Bases del XIV Premio Pascual González.

**Missèr n° 108, enero- marzo 2016**

Artículo doctrinal, a cargo del académico D. Pedro Antonio Aguiló Monjo, titulado: “Una primera aproximación a los aspectos más relevantes de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”.

Reseña sobre “la inauguración del Curso Académico 2015-2016”.

Noticias sobre la Mesa redonda celebrada en la Sala de Actos del Colegio de Abogados, el día 16 de noviembre de 2015, que analiza la nueva ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Presidida por Don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Real Academia, intervinieron, en primer lugar, la magistrada Doña Martina Mora Torrens; la letrada Doña Cristina Secades Riestra y, finalmente el académico y notario, D. Carlos Jiménez Gallego.

Reseña de la visita protocolaria de la Real Academia a la Molt Hble Sra. Presidente del Parlamento de las Illes Balears, el día 15 de octubre de 2015, en la que se entregó un estudio realizado por la Academia titulado: “Estudios jurídicos sobre parejas no casadas”, con la finalidad de colaborar en la reforma de la legislación.

Finalmente, se publicitan las Bases del XIV Premio Pascual González.

**Missèr n° 109, abril-junio 2016**

Artículo doctrinal a cargo del Presidente, D. Miquel Masot Miquel, con el título: “¿Es extrapolable a nuestros pactos sucesorios la doctrina fiscal de la STS 407/2016 (Sala de lo Contencioso) sobre la apartación gallega?”.

Mesa redonda para tratar las reformas del proceso penal. Intervinieron la catedrática de Derecho Procesal y académica, Doña Isabel Tapia Fernández. La profesora de Derecho Procesal de la UIB, Doña María Belén Aige Mut. Y, cerró la exposición, el magistrado Don Carlos Izquierdo Téllez.

Reseña de la mesa redonda, celebrada el 25 de enero de 2016, con el título “La ley 25/2015 de segunda oportunidad, ¿la supone realmente?”. Intervinieron, la magistrada y especialista en Derecho Mercantil, Doña María Arantazu Ortiz González y el magistrado de la Audiencia de Barcelona, especialista en Derecho Mercantil, D. José María Fernández Seijo.

Se publicitan, también, las Bases del XIV Premio Pascual González.

### **5.2.3. Mantenimiento de la página WEB y la incorporación de DOIs.**

El mantenimiento de la página web de la Academia (([www.ajlib.es](http://www.ajlib.es)), que fue creada en el curso académico 2012-2013, es esencial como elemento de difusión de la actividad de la Academia. Se puede realizar la consulta de lo relativo a esta Corporación, como es la historia de la Institución, la Junta Directiva, los Académicos, las actividades que lleva a cabo y sus publicaciones.

La página WEB es un medio de modernización de la Academia que permite una mayor difusión y transferencia a la sociedad de los estudios y actividades que se realizan por los Sres. Académicos.

### **5.3 Las sesiones abiertas y la proyección exterior de la Academia.**

Por último, en el apartado de la actividad de proyección externa de la Academia no se debe olvidar la actividad realizada tanto en la organización de conferencias y debates pronunciadas en sesiones abiertas en el seno de la Academia, como la actividad de asistencia a conferencias,

actos y eventos culturales por parte de su Presidente o de los Académicos en quienes haya delegado; así como otras actuaciones encaminadas a su proyección exterior.

### **5.3.1. Sesiones abiertas: Conferencias y Mesas de debate organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia.**

La Academia ha organizado, en sesiones abiertas, durante el curso que finaliza, Conferencias, Mesas de debate y otras actividades relacionadas con el estudio e investigación del derecho y para la difusión de la cultura jurídica con el fin de transferir estos conocimientos a la sociedad, en cumplimiento de sus fines estatutarios. También ha colaborado en la organización de otras actividades culturales.

1º. Mesa redonda celebrada en la sala de actos del Colegio de Abogados, el día 16 de noviembre de 2015, que analiza la nueva ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Presidida por Don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Real Academia, intervinieron, la magistrada Doña Martina Mora Torrens; la letrada de la Administración de Justicia de las Illes Balears Doña Cristina Secades Riestra y, el académico y notario, D. Carlos Jiménez Gallego.

Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con la Conselleria de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

2º. El día 14 de diciembre, a las 19 horas, en la sala de actos del Ilustre Colegio de abogados, se celebró una Mesa redonda para tratar “Recientes reformas del proceso penal”. Presidida por el Presidente de la Real Academia, intervinieron la catedrático de Derecho Procesal y académico, Doña Isabel Tapia Fernández. La profesora de Derecho Procesal de la UIB, Doña María Belén Aige Mut. Y, cerró la exposición, el magistrado Don Carlos Izquierdo Téllez.

Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con la Conselleria de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

3º. Mesa redonda celebrada el 25 de enero de 2016, a las 19 horas, en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados, bajo la presidencia de don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Real Academia, que versó sobre “La ley 25/2015 de segunda oportunidad, ¿la supone realmente?”. Intervinieron, la magistrado y especialista en Derecho Mercantil, Doña María Arantzazu



Ortiz González y el magistrado de la Audiencia de Barcelona, especialista en Derecho Mercantil, D. José María Fernández Seijo.

Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con la Conselleria de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

4º. El 22 de febrero a las 19 horas, en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados, tuvo lugar una mesa redonda, con el título “Aspectos de los delitos socioeconómicos tras la reforma de 2015”. Fue presidida por D. Miquel Masot Miquel. Actuaron como ponentes Don Juan Carrau Mellado, Fiscal Anticorrupción de las Illes Balears; el académico y abogado penalista, D. Gabriel Garcías Planas y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y académico, Don Antonio Terrasa García. Actuó de moderador, el académico y abogado penalista, D. Rafael Perera Mezquida.

Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con la Conselleria de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

5º. La Academia también programa actos en las otras islas de la Comunidad Autónoma. El día 3 de Marzo, a las 17 horas, en la sede del Consell Insular d'Eivissa, se celebró la Mesa redonda sobre “Aspectos de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico tras la reforma de 2015”, presidida por el Presidente Sr. Masot. Participaron, el Sr. Juan Carrau Mellado, Fiscal Anticorrupción; D. Antonio J. Terrasa García, Presidente del Tribunal Superior de Justicia y Académico; y D. Gabriel Garcías Planas, Abogado penalista y Académico. El Académico y abogado penalista, D. Rafael Perera Mezquita actuó de moderador. Asistió la Vicepresidenta del Consell Insular, Dña. Marta Díaz.

Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con la Conselleria de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

6º. Mesa redonda, celebrada el 25 de abril, a las 19 horas, en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, sobre “La coordinación entre Catastro y Registro ¿misión imposible?”. Presidida por D. Miquel Masot Miquel, intervinieron Doña María Dolores Ripoll Martínez de Bedoya, Abogado del Estado-Jefe en las Illes Balears; Don Javier Misas Tomás, Registrador de la Propiedad nº 1 y Mercantil de Eivissa y Don Carlos Jiménez Gallego, notario y Académico.

Esta actividad se ha realizado en el marco de la colaboración con Conselleria de Presidencia del Govern balear, conforme al Protocolo general firmado el 13 de marzo de 2012.

### **5.3.2. Asistencia a actividades académicas y culturales externas.**

La Academia en su imbricación con las instituciones y la sociedad ha estado presente en las actividades académicas y jurídico-culturales celebradas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, representada por su Presidente o por los Sres. Académicos en quien haya delegado. Podemos destacar por orden temporal:

1º. El Presidente asistió, el 5 de junio de 2015, a la fiesta colegial del Ilustre Colegio de Abogados, en la que se hacía acto de entrega de las insignias de plata y de oro a los colegiados. El Presidente recibió la insignia de oro, así como el diploma acreditativo de esos 50 años de colegiación.

2º. Invitación del Presidente de la Reial Acadèmia de Belles Arts, al Concierto de Primavera a cargo de *Estudium Aureum* celebrado el 8 de junio. Asistió el Académico D. Antonio Monserrat Quintana, en su representación.

3º. El 18 de junio del 2015, el Presidente asistió en el Salón de Actos de Can Campaner, a las Jornadas Científicas sobre “Cáncer: Aspectos bioquímicos, genéticos y clínicos” por invitación de la Real Academia de Farmacia de Catalunya.

4º. Invitación y asistencia a la conferencia, que tuvo lugar el 25 de junio, impartida por Dr. Pere Villalba Varneda, profesor titular emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona, con el título “Ramón Llull, des de la perspectiva d’un estudiós de la seva persona i obra”; en el marco del ciclo de conferencias en homenaje a Ramón Llull en el VII Centenario de su muerte.

5º. Invitación de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià al concierto *del IX Encontre de Música Contemporània*. Orquesta de l’Aula de Música contemporània del Conservatori Profesional de Felanitx, celebrado el 29 de junio, al que asistió el Presidente.

6º. El Presidente asistió, por invitación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, al acto de toma de posesión del magistrado D. Antonio Oliver Reus como Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears, celebrado el pasado 1 de julio en la Sala del Jurat del Palau de Justicia.

7º. Invitación y asistencia del Presidente a la toma de posesión de la Presidente del Govern balear, Molt Hble. Sra, Francina Armengol Socias, celebrada en el Consolat de Mar, el pasado 2 de julio.

8º. Invitación de la Sra. Presidente del Parlamento de les Illes Balears, a la sesión solemne de obertura de la IX Legislatura, celebrada en la sede del Parlamento Balear el día 9 de julio de 2015. El Presidente asistió.

9º. Invitación de Sus Majestades los Reyes, al Presidente y esposa, a la recepción que se celebró el pasado 5 de agosto, a las 21,00 horas, en el Palacio Real de La Almudaina; a la que asistieron. El Presidente aprovechó para agradecer, personalmente, la concesión del título de “Real” a la Academia.

10º. El Presidente asistió al Acto de Apertura del Año Judicial 2015-2016, que se celebró el pasado 5 de octubre en la Sala del Jurado del Palacio de Justicia, en correspondencia a la invitación enviada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, Excmo Sr. Don Antonio Terrasa Garacía.

11º. El Presidente asistió al Acto de lectura de la Memoria 2013-2014 del Consell Consultiu, por su Presidente el Excmo. Sr. Rafael Perera, celebrado el pasado 19 de Octubre en la capilla del Consolat de Mar, el acto fue presidido por la Presidente del Parlamento Molt Hble. Sra. Consuelo Huertas y la Presidente del Govern balear, Molt Hble. Sra. Francina Armengol.

12º. El Presidente asistió al acto solemne de apertura del curso académico 2015-2016 que se celebró el 26 de octubre de 2015, por invitación del Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero, Presidente de la Real Academia de Madrid,

13º. Asistencia del Presidente, a la reunión de Presidentes de Academias de Jurisprudencia, en Madrid, celebrada el martes 27 de octubre 2015, que habían sido convocados por el Sr. Secretario de la Mesa Permanente del Congreso de Academias Jurídicas Ibero Americanas Dr. Rafael Navarro Valls para cambiar impresiones sobre el próximo IX Congreso a celebrar en Paraguay en 2016. Asistieron los Presidentes de las siguientes Academias:

Por Valladolid, D. Alfonso Candau Pérez.

Por Illes Balears, D. Miquel Masot Miquel.

Por Asturias, D. Leopoldo Tolivar Alas.

Por Extremadura, D. Francisco La Moneda Días.

Por Galicia, D. José Antonio García Caridad.

Por Cataluña, D. Josep D. Guardia Canela.

Por Sevilla, D. Victorio Magariños Blanco.

14º. Invitación cursada por el Presidente de la Real Academia de Medicina de les Illes Balears, Excmo Sr, Maciá Tomás Salvá, a la conferencia pronunciada por el Dr. Miquel Àngel Pericás i Brondo, con el título “Evolució conceptual en el món de la catalàlisi”, que se celebró en la sede de la Real Academia el día 3 de noviembre pasado. El Presidente asistió.

15º. El 5 de noviembre de 2015, el Presidente asistió a la Jura de los nuevos colegiados, por invitación del Ilustre Decano del Colegio de Abogados de Baleares, D. Martín Luís Aleñar Feliu, y a la entrega del Premio Degà Frontera a la Ética Jurídica, a D. Carlos López Clapés.

16º. Asistencia a la conferencia dictada por D. Carlos Jiménez Gallego, Notario y Académico, con el título “Certificado sucesorio europeo; cuestiones prácticas de aplicación, previa fijación de la competencia y la Ley aplicable, especialmente tras las últimas Leyes de Derecho interno español”, por invitación del Ilustre Decano del Colegio Notarial de les Illes Balears, que se celebró el día 9 de noviembre pasado en la sala de actos del Ilustre Colegio.

17º. El 15 de octubre tuvo lugar la Recepción del Presidente y de los Sres. Académicos, a petición del Presidente, por la Molt Hble. Sra. Consuelo Huertas, Presidente del Parlamento de les Illes Balears, en la que, el Presidente, hizo entrega del trabajo académico titulado “Estudios jurídicos sobre las parejas no casadas”. En esta recepción, el Presidente informó a la Sra. Huertas de la realidad de la Academia y de su actividad, al ser la primera reunión después de tomar posesión de su cargo. La Sra. Presidente estuvo muy receptiva con todas las actividades y, especialmente, con aquéllas que colabora el Parlamento balear, como son la ayuda económica al Premio Pascual González; y la publicación del Boletín de la Academia.

18º. El Presidente asistió, por invitación cursada por el Presidente de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià de les Illes Balears, Excmo. Sr. Josep Prohens i Julià, al acto de apertura del nuevo curso académico 2015-2016 en la sede de la Academia en Can Campaner, que se celebró el 30 de noviembre de 2015. La Lección Inaugural fue pronunciada por el Académico Sr. Frontera Pascual, con el título “Una Funció de les Acadèmies”, siguió un concierto de guitarra de Victor Pellegrini.

19°. El 9 de noviembre de 2015, el Presidente, junto a la Secretario General de la Academia, se reunió con el Rector de la Universitat de les Illes Balears, a la que había sido convocado, para dar difusión de la entrada del Boletín de la Academia en la base de datos de la Universidad. Allí se explicó por parte de los técnicos de la base de datos, el sistema para encontrar todo el contenido de los Boletines, tanto por autor, como por la materia.

20°. El Presidente asistió, el pasado día 1 de diciembre, a la Sesión científica en el sede de la Reial Acadèmia de Medicina de les Illes Balears, por invitación de su Presidente Excmo Sr. D, Macià Tomàs Salvà. La conferencia estuvo a cargo del Dr. Jon Pérez Bárcena, con el título “El uso de la terapia celular en las lesiones cerebrales agudas”

21°. El Presidente, junto a otros Académicos, acudió a la recepción de la Academia por el Consejero de Presidencia del Govern balear, el 18 de diciembre de 2016, que recibió a la Academia por delegación de la Molt Hble. Sra. President del Govern Balear, a quien había solicitado hora para presentar a la Academia después de tomar posesión del cargo.

22°. Por delegación del Presidente, el Vicepresidente D. Pedro Aguiló Monjo asistió a la sesión solemne de recepción, como Académico Numerario, del Dr. José María Sevilla Marcos. El título de su discurso fue “La lógica de Ramón Llull”. Le contestó el Académico, Ilustre Dr. D. Jordi Gayá Estelrich, Rector Maioricensis Schola Lullistica. Se celebró el 28 de enero en el salón de actos de Can Campaner.

23°. El 15 de febrero, el Presidente asistió a la presentación del libro “Las sociedades municipales urbanísticas como gestoras del patrimonio del suelo”, en la Sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados, cuyo autor es D. Juan Alemany Garcías. Intervinieron, además del autor y el editor Lleonard Muntaner, el Dr. Josep Ramón Fuentes i Cassó, Prof. titular de derecho administrativo de la Universitat Rovira i Virgili y el Decano del Ilustre Colegio de Abogados, D. Martín Aleñar y Feliu.

24°. Por invitación del Presidente de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, el Presidente, asistió a la conferencia sobre “Los Decretos de Nueva Planta y el reformismo borbónico”, que se celebró el día 18 de febrero en la Sala de Actos de Can Campaner, que fue dictada por el Excmo Sr. Dr. D. José Antonio Escudero, catedrático emérito de la UNED, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Consejero de Estado. Esta conferencia inauguró el ciclo de conferencias dedicado a “El impacto del Decreto de Nueva Planta de 1715”. Asistieron, además del Presidente, otros Académicos.

25°. El Académico Sr. Perera asistió, por delegación del Presidente, a la solemne sesión de recepción de la nueva Académica Dra. Lluïsa de Cotoner i Cerdó, en la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, celebrada el 25 de febrero en la Sala de Actos de Can Campaner. Pronunció el discurso de ingreso sobre “El Fons Cotoner del Arxiu municipal de Palma: Primera aproximación descriptiva”; le contestó la Académica, Ilma. Sra. Magdalena de Quiroga i Conrado.

26°. El Presidente asistió al Acto institucional conmemorativo del Día de las Illes Balears, el día 29 de febrero a las 19, en el Teatro Principal, en el que se entregaban los Premios Ramón Llull y la Medalla de Oro de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que correspondió al Dr. Oriol Bonnín.

27°. El día 1 de Marzo, por invitación de la Molt Hble. Sra. Presidente del Parlamento, asistió al Acto conmemorativo de las Illes Balears, que tuvo lugar a las 12 horas en la sede del Parlamento de las Illes Balears.

28°. El 21 de Marzo se celebró el solemne acto de entrega del Premio Pascual González. El ganador del Premio en esta XIII Edición fue la Dra. Liliana Mijancos Gurruchaga, con el título “La situación jurídica de la mujer casada en el Ordenamiento jurídico balear”. La autora expuso el trabajo galardonado en el acto de entrega. Contestó en nombre de la Academia la Dra. María Pilar Ferrer, con el título “La aplicación supletoria del Derecho civil estatal”.

29°. Por invitación de la Molt Hble Sra. Presidente del Govern Balear. El Presidente asistió a la toma de posesión de los nuevos Consellers del Govern balear. El acto se celebró el 7 de abril, a las 11 horas, en la Capella del Consolat de la Mar.

30°. El Presidente asistió, por invitación del Ilmo. Sr. D. Raimundo Fortuñy Marqués, Decano del Ilustre Colegio Notarial, a la presentación del libro “El Reglamento Sucesorio Europeo. Un comentario notarial”, del autor D. Carlos Jiménez Gallego, notario y Académico. Fue presentado por D. Víctor Garrido de Palma, Director de Publicaciones del Consejo General del Notariado. El acto se celebró en la sede del Ilustre Colegio Notarial, el día 11 de abril, a las 19 horas. Junto al Presidente asistieron otros compañeros Académicos del autor.

31°. El día 14 de abril, el Presidente, junto a un nutrido número de Académicos, asistió al acto de presentación del XVI Boletín de la Academia, por invitación de la Molt Hble Sra. Presidenta del Parlamento balear, que

presidió el Acto que se celebró, a las 12 horas, en la Sala del Senado del Parlamento balear. El Sr. Presidente explicó, con todo detalle, cada uno de los puntos que componen el Sumario del Boletín.

32º. El Presidente, junto a otros Académicos, por invitación del Presidente de la Reial Acadèmia Mallorquina d'estudis Històrics, asistió a la conferencia dictada por el Dr. Román Piña Homs, con el título “Mallorca 1715, del desguace de las instituciones a la agonía de la Inquisición”, que se enmarca en el ciclo dedicado a “L'impacte del Decret de Nova Planta de 1715”. Se celebró en el Salón de Actos de las Reales Academias de Can Campaner, el 28 de abril a las 20 horas.

33º. Por invitación del Presidente de la Reial Acadèmica de Medicina de las Illes Balears, Excmo Sr. Macià Thomàs Salvà, el Presidente asistió a la conferencia a cargo del Dr. Javier Garau Alemany, con el título “La crisis de los antibióticos”. El acto se celebró en la sede de la Real Academia de Can Campaner, el día 3 de mayo de 2016, a las 19.30 horas.

34º. Asistencia al Concierto de presentación de “Cor de l'Icaib”, que se celebró el pasado 6 de mayo, en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados. bajo la dirección de la Abogado y soprano Dña Pilar Rosselló.

35º. Invitación por el Decano del Ilustre Colegio de Abogados a la Fiesta Colegial, que se celebró el día 3 de junio. Asistió por delegación del Presidente, el Vicepresidente, Sr. Aguiló Monjo.

36º. Por invitación del Decano Autonómico de los Registradores de las Illes Balears y del Decano del Ilustre Colegio Notarial de las Illes Balears, el Presidente y Sra. asistieron a la Fiesta Colegial, con motivo de su patrón San Juan Evangelista “Ante Portam Latinam”, el día 8 de junio; a las 20 horas se celebró la Santa Misa en la Iglesia del Monasterio de Santa Magdalena y a continuación se sirvió un cóctel en el castillo Hotel Bendinat.

37º. Asistencia a la presentación del último número, el nº 14, de la *Revista Jurídica de les Illes Balears*, bajo la dirección de D. Carlos Gómez Martínez, que tuvo lugar el día 29 de junio, a las 19.30 horas, en el salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados. La Revista está coeditada por el Institut d'Estudis Autònoms i la Fundació per a la Pràctica Jurídica.

38º. Por invitación del Presidente de la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià de les Illes Balears, el Presidente asistió al Concierto de Música Contemporánea por la Orquesta de l'Aula de Música Contemporània, del

Conservatorio Profesional de Felanitx. El concierto se celebró el día 30 de junio a las 20 horas, en la sede de las Reials Acadèmias, a Can Campaner.

39°. Por invitación de Su Majestad el Rey, el Presidente y Sra. asistieron a la recepción ofrecida por Sus Majestades los Reyes, el día 7 de agosto de 2016, a las 20.30 horas, en el Palacio Real de la Almudaina.

40°. El Presidente asistió por invitación de la dirección del Congreso, y como miembro del Comité Científico del *68è Congrès de la Comissió Internacional per a l'estudi de la Història de les Institucions Representatives i Parlamentàries*, que se celebró los días 6 a 9 de septiembre. El Presidente también intervino, presidiendo una de las sesiones de trabajo, e hizo lo mismo el Académico Sr. Oliver Araujo. El Congreso coincidió con el 80º Aniversario de la fundación de la Comisión Internacional para el estudio de la Historia de las Instituciones Representativas y Parlamentarias.

41°. Por invitación del Rector de la UIB, el Presidente asistió al al apertura del nuevo curso 2016-17 de la Universidad, que se celebró el día 9 de septiembre de 2016.

42°. El Presidente, junto al Académico Tomás Mir de la Fuente, asistió a la Jornada sobre “Implantación de la reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del catastro Inmobiliario”, que se celebró el 14 de septiembre, en el Salón de Actos de la delegación de Economía y Hacienda de las Illes Balears.

43°. Asistencia del Presidente a la presentación del libro “Los jueces contra el franquismo: Justicia democrática”, cuya autora es Dña. Pilar Díaz Sánchez” y fue presentado por D. Fernando Ledesma (que fue uno de los impulsores de la UIB). La presentación se celebró en el Club Diario de Mallorca el día 14 de septiembre; siguió un un acto de reconocimiento a los miembros de la justicia democrática, en la que intervinieron, además de la autora, D. José Antonio Martín Pallín, Magistrado emérito del Tribunal Supremo; D. Fernando Ledesma, Consejero permanente del Consejo de Estado. Moderó el acto Dña Lila Thomás Andreu.

44°. Por invitación del Presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, Don José A. Moreno Ruffinelli, el Presidente delegó en el Académico, Abogado y Profesor de Derecho Penal de la UIB, D. Gabriel Garcías Planas, que asistió al IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, celebrado en Asunción, Paraguay.



La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears contribuyó al Congreso con el envío de dos comunicaciones de dos Académicos, una a cargo de D. Gabriel Garcías Planas y la otra a cargo del Académico D. Joan Oliver Araujo.

## **6. Notas de índole económico: El modo de sufragar las actividades de la Real Academia.**

Sin ser, el ámbito económico, materia propia de esta Memoria que detalla las actividades llevadas a efecto por parte de la Academia, es necesario hacer un breve apunte a la gestión de las cuentas que cubren la actividad de la Corporación.

El presupuesto, que se aprueba en cada primera Junta General preparatoria del nuevo año académico, es modesto y se gestiona por parte del Tesorero y la Junta directiva con especial celo y transparencia. Los ingresos se nutren de las subvenciones que conceden tanto el Gobierno Balear, a través de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, dependiente de la Consejería de Presidencia; como las que concede el Parlamento de las Illes Balears. La Real Academia agradece a estas instituciones la ayuda que le prestan para cubrir los gastos destinados a su funcionamiento, que son los gastos que se generan para costear la celebración de las Juntas generales por el consiguiente desplazamiento de los Académicos de las otras islas; el gasto corriente de la Corporación; las conferencias y debates que se imparten en sesiones abiertas, con la finalidad de transferir el conocimiento a la sociedad balear. Como también los costes derivados de las publicaciones de carácter jurídico y la convocatoria de un Premio anual que galardona el mejor trabajo de investigación en Derecho civil propio de nuestra Comunidad Autónoma, cumpliendo así el mandato estatutario del artículo 2 y del artículo 3 en sus apartados 3 y 6.

En este capítulo tiene que constar el agradecimiento por la colaboración desinteresada que presta el Ilustre Colegio de Abogados, tanto por la cesión de un espacio para la sede física de la Real Academia, como por la ayuda en el funcionamiento ordinario, ya que la Corporación no cuenta con personal propio. Esta inestimable colaboración del Ilustre Colegio de Abogados la viene prestando desde la creación de la Academia.

Finalmente señalar que los Señores Académicos no perciben remuneración ni dietas, ya sea por el ejercicio de su cargo, ni por la asistencia a sesiones o actos, ni por la elaboración de ponencias, dictámenes y comunicaciones, ni por cualquier participación en mesas redondas o demás actos académicos.

## **Epílogo.**

La Memoria del curso 2015-2016 es una síntesis del intenso trabajo realizado por los Académicos de esta Corporación como lo demuestra las actividades realizadas, *“Nunca consideres el estudio como una obligación, sino como una oportunidad para penetrar en el bello y maravilloso mundo del saber”*, dijo Albert Einstein.

La Memoria es, también, una rendición de cuentas ante la sociedad; como recuerda la parábola de los talentos de: Mateo 25, en sus versículos 14 a 30, la Academia no los ha enterrado y devuelto, sino que los ha arriesgado, trabajado y transformado para devolverlos en forma de conocimiento a la sociedad, promocionando, así, la cultura jurídica.

La continuidad en las actividades propias de la Academia, el rigor en los estudios realizados por los Señores Académicos a lo largo del curso que finaliza, son prueba de la vitalidad y el buen hacer de la Institución.

Por último sólo queda destacar la importancia, no sólo de la actividad llevada a efecto en el seno de la vida interna de la Academia, sino de sus actuaciones realizadas en su ámbito externo en este curso que termina y que cierra otra legislatura en el seno de la Corporación, que constata su imbricación con la sociedad balear y que da cumplimiento a uno de sus principales fines estatutarios, como es el fomento de la cultura jurídica.

# **IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2016-2017**

## **LAS BODAS DE PLATA NO CELEBRADAS DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS DE 1990**

**Miquel Masot Miquel**

### **SUMARIO**

#### **I.- INTRODUCCIÓN**

#### **II.-ANÁLISIS HISTÓRICO**

- 1) Los trabajos de la Comisión de Juristas creada por el RD 1007/81 de 22 de mayo
- 2) Los trabajos del Parlament de las Illes Balears
  - A) La disposición de la vivienda familiar
  - B) La legítima de los descendientes
  - C) El pago de la legítima en metálico
  - D) Los censos y alodios

#### **III.-ANÁLISIS CRÍTICO**

- 1) Título preliminar y disposiciones finales (Aplicable a todas las Islas)
- 2) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca)

- 3) Principios sucesorios. Cuarta falcidia (Mallorca y Menorca)
- 4) Donación universal (Mallorca)
- 5) Heredero distribuidor (Mallorca y Menorca)
- 6) Sustitución fideicomisaria (Mallorca y Menorca)
- 7) Legítimas (Mallorca y Menorca)
- 8) Testigos en los testamentos (Aplicable a todas las Islas)
- 9) Sucesión intestada (Mallorca y Menorca)
- 10) Censos y alodios (Mallorca)
- 11) Sociedad rural (Menorca)
- 12) La no aplicación en Menorca de las normas del Libro I sobre contratos sucesorios
- 13) Instituciones del Libro III (Eivissa y Formentera)

### III.- ANÁLISIS DE FUTURO

- 1) El molde formal. Continente de las futuras reformas legislativas
- 2) El núcleo sustantivo. Contenido de las posibles reformas legislativas
  - A) Disposiciones generales
  - B) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca). Remisión
  - C) Sucesiones (Mallorca y Menorca)
    - a. Disposiciones generales y principios sucesorios
    - b. Capacidad sucesoria
    - c. Testamentos, codicilos y memorias testamentarias
    - d. Fiducia sucesoria
    - e. Fideicomisos
    - f. Legados
    - g. Legítimas
    - h. Pactos sucesorios

### IV.- CONCLUSIÓN

## I.- INTRODUCCIÓN

Nos dicen las leyendas que, en la antigua Grecia, vivía una pareja de jóvenes enamorados cuyos padres, por diferencias sociales, no les permitían verse. Como suele ocurrir en estos casos, ellos se veían a escondidas. En uno de estos encuentros, el padre de la doncella les encontró besándose. Entonces, tomando a la misma por el brazo, se la llevó bruscamente y amenazó al joven con matarlo. Desesperado y sin saber qué hacer, el joven rezó a la diosa del amor Afrodita y, en medio del rezo, la diosa se presentó para indicarle una aldea custodiada por ella misma, a la que podrían escapar y vivir allí su amor. Seducido por esta idea, el joven esperó a que todos se durmieran, escaló hasta la habitación de su enamorada, le contó su visión de la diosa Afrodita y huyó con ella.

Felizmente vivieron su amor en la aldea de Afrodita durante 10 años, pero, para entonces, el hermano menor de la joven, en un descuido de la diosa Afrodita, se presentó para cumplir la promesa de su padre, quien, ante la huida, extendió a ambos jóvenes su amenaza de muerte y el mismo, años después, murió de tristeza. No encontrando al joven, pero sí a su hermana, el hermano menor hundió su espada en su cuerpo. Su enamorado llegó en el momento en que el verdugo limpiaba la espada asesina de la sangre de su hermana. Desesperado, acudió al templo de Afrodita y, por consejo de la misma, desenvainó una de las espadas allí depositadas, que estaba hecha completamente de plata. Armado con esta espada persiguió durante 25 años al verdugo de su amada hasta que le encontró, clavándole entonces en el corazón la espada de plata de la diosa Afrodita y vengando así su muerte. Después se retiró del lugar y se clavó una daga, también de plata, en su pecho, rogando, en sus últimos momentos, a la diosa Afrodita que se lo llevara junto con su amada. De esta historia sale la tradición de hacer regalos para bodas de plata, hechos con este metal, debido a que, según esta historia, la espada y la daga de plata fueron los elementos que sellaron un pacto de amor eterno entre los dos enamorados.

Hoy en día, por extensión, se habla también de bodas de plata cuando han transcurrido veinticinco años desde que tuvo lugar un determinado evento importante, placentero y agradable. Pues bien: han pasado más de 25 años desde la entrada en vigor de la ley 8/1990 de 28 de junio del Parlament balear, que modificó la Compilación del Derecho civil de nuestras Islas de 1961, introduciendo en la misma, como veremos, muy importantes variaciones; y han pasado también más de veinticinco años desde la aprobación del Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, que publicó la definitiva Compilación de nuestro Derecho, sin que en los operadores jurídicos haya aparecido la más pequeña indicación o glosa de la efeméride.

A diferencia de lo que ocurrió con los cincuenta años de la Compilación de 1961, en que la propia Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, juntamente con la Facultad de Derecho de la UIB y el Institut d'Estudis Autònoms, lanzaron una importante obra conmemorativa<sup>1</sup>, en la que se integran once trabajos monográficos de los mejores especialistas en nuestro Derecho, analizando la Compilación de 1961, su *iter* histórico legislativo y su carácter innovador, sus libros I, II y III, su relación con el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro, sus modificaciones, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia dictadas en aplicación de la misma, las leyes civiles no recogidas en la Compilación (parejas estables y voluntades anticipadas), el futuro del Derecho sucesorio y los materiales para el estudio del Derecho civil de las Illes Balears.

Contrasta este alarde con las bodas de plata de la Compilación de 1990, respecto de cuya efeméride ha reinado el más absoluto silencio. Es cierto que las bodas de oro dan más motivo de celebración que las bodas de plata, pero no por ello deben ser éstas despreciadas. Sin salir de nuestra propia Corporación, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación organizó una sesión pública al cumplirse los veinticinco años de su creación, sesión que dio lugar a las intervenciones de los Académicos Bartolomé Sitjar y Gabriel Garcías—que hicieron posible juntamente con el primer Presidente Miguel Coll Carreras la creación de la Academia- y los hasta ahora Presidentes Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y Miquel Masot Miquel<sup>2</sup>. Por lo que respecta a las bodas de plata de la Compilación de 1961, tuvieron también su pequeño recordatorio: en el Diario de Mallorca de 19 de abril de 1986 se publicó un artículo mío titulado precisamente “Bodas de Plata de la Compilación del Derecho civil de Baleares”.

Y, por otra parte, es común entre las parejas la celebración de las bodas de plata de su matrimonio; entre otras cosas porque éstas las tienen a mano y, por el contrario, las bodas de oro están en un futuro al que no se sabe si, por fallecimiento, separación o divorcio, se llegará.

En definitiva, habiéndose cumplido las bodas de plata de la Compilación de 1990 es mi propósito, en el presente artículo, analizar someramente la misma. Lo cual significa dar respuesta a tres preguntas:

---

1.- *El Dret viscut*, coordinada por María Pilar Ferrer, Miquel Masot y Luis J. Segura, edición Lleonard Muntaner 2011.

2.- Pueden verse sus intervenciones en el XIV Boletín de la Academia pag. 235 y siguientes.

¿Cómo se gestó la Compilación de 1990? Ello nos introduce en el proceso histórico de creación de la misma; primeramente, a través de la Comisión de Juristas nombrada al efecto y después en base a lo que supusieron las sesiones parlamentarias. Es el *análisis histórico*.

¿Cuál es, *hic et nunc*, la apreciación crítica que merece la Compilación de 1990? ¿Fue una mera adaptación de la Compilación de 1961 a la Constitución de 1978 o introdujo ostensibles avances en una más acertada regulación de nuestras instituciones? Es el *análisis crítico*.

Y, finalmente, ¿cuál es el futuro que, previsiblemente, cabe esperar para la Compilación de 1990? ¿Se mantendrá o será profusamente modificada? ¿Será superada por leyes sectoriales o especiales que regulen por separado y con amplitud las diversas instituciones? Es el *análisis de futuro*.

Voy a tratar de contestar, pues, a las tres preguntas.

## II.- ANÁLISIS HISTÓRICO

En las regiones –hoy comunidades autónomas– con Derecho civil propio era una preocupación constante la conservación del mismo frente a la acometida generalizada de la legislación estatal, así como su adaptación a las nuevas realidades sociales, tan cambiantes en aquellos tiempos en que se intentaba transitar de un régimen autoritario a otro democrático. Particularmente preocupaba el hecho de que las Compilaciones en las que se recogía la normativa específicamente foral de cada comunidad autónoma eran –especialmente la nuestra– de una parquedad manifiesta, al ser fruto de una época en que lo foral no era mirado con especiales muestras de agrado. Supuso un meritorio avance en el proceso de modernización de estos Derechos forales la creación del Instituto Español de Derecho Foral, que propició la reunión de los juristas de todas las regiones con Derecho civil propio, en jornadas en las que se intercambiaban experiencias y se contrastaban las mismas con otros juristas de procedencia de las regiones de aplicación generalizada del Código civil<sup>3</sup>.

En estas sesiones era un clamor la necesidad de dar nuevo impulso a las Comisiones de Juristas de las regiones forales que habían preparado las Compilaciones de cada una de ellas, a fin llevar a cabo su modernización y renovación. Fue fruto de tal insistencia el Real Decreto 1196/77 de 23 de abril, todavía

---

3.- Asistí a la mayoría de estas sesiones en representación de nuestras Islas, juntamente con José Cerdá Gimeno, Joan Verger Garau y Juan Tur Serra, estos dos últimos desgraciadamente ya fallecidos.

anterior a la Constitución de 1978, por lo que no podía tener en cuenta la nueva organización del Estado diseñada por la misma, mediante la creación de las Comunidades Autónomas como entidades políticas, con sus correspondientes Parlamentos. Precisamente, en el Real Decreto en cuestión se establecía que era el Ministro de Justicia quien debía realizar la función de presentar a las Cortes Generales los proyectos de modernización de cada Compilación, de acuerdo con los anteproyectos que hubieren presentado las Comisiones de Juristas de cada Comunidad Autónoma, formadas por Juristas de reconocido prestigio, bajo la presidencia del Presidente de la Audiencia Territorial respectiva.

Recuerdo vivamente que en las Jornadas de Derecho Foral de Huesca de 1977, promovidas por el Instituto, el entonces Presidente del mismo Luis Martín-Ballesteros y Costea nos presentó, como una primicia, el proyecto del Real Decreto, recibiendo el desencanto de todos nosotros, coincidentes en señalar que debían ser los futuros Parlamentos autonómicos –que comenzaban a aparecer y a ser regulados en los proyectos preconstitucionales que circulaban– los que debían acometer las tareas de modernización de los Derechos forales de cada Comunidad Autónoma, como exponentes de la voluntad popular de la misma.

Por la razón indicada la vigencia del RD 1196/77 de 23 de abril fue muy limitada, así como nula su aplicación práctica, pues pronto se aprobó la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y, en el nuevo marco territorial diseñado por la misma, parecía que un nuevo modelo debía seguirse para la modernización de los Derechos forales; que pasaría a ser iniciativa y obra de los Parlamentos autonómicos en las Comunidades con autonomía plenamente desarrollada, mientras que, en las Comunidades en régimen de preautonomía, serían unas Comisiones de Juristas, las que realizarían el importante trabajo de estudiar el proceso de adaptación de las normas compiladas a las realidades sociales del momento, proponiendo las reformas y modificaciones de los textos compilados que se considerasen oportunas.

El hecho de que Aragón y Baleares estuvieren en situación de preautonomía y las muy buenas relaciones con los juristas de Aragón<sup>4</sup> propiciaron que las ideas sobre cómo debían estructurarse las Comisiones de Juristas redactoras de los correspondientes anteproyectos fueran bastante coincidentes. Ello se muestra en las dos disposiciones normativas que crean las Comisiones de Juristas para Aragón y Baleares, las cuales son de la misma fecha -22 de mayo de 1981- y tienen números consecutivos, Real Decreto 1006/81 en el

---

4.- En especial las de José Cerdá Gimeno con José Luis Merino Hernández y las mías con el que fue mi maestro, el insigne civilista José Luis Lacruz Berdejo.



caso de Aragón y 1007/81 para Baleares. Como ha dicho Cerdá Gimeno<sup>5</sup>, la *consecuencia* evidente, para cada territorio foral, era la de quedar no sólo histórica sino normativamente legitimado para hacer uso de competencias legislativas en orden a su respectivo Derecho civil propio; competencias que, en unos supuestos, eran ya asumidas por el Parlamento regional respectivo, pero que en otros casos –como en Aragón y Baleares– era un organismo técnico –la Comisión de Juristas– el encargado de elaborar los proyectos dirigidos a la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil.

1) Los trabajos de la Comisión de Juristas creada por el RD 1007/81 de 22 de mayo<sup>6</sup>

El objetivo de la Comisión de Juristas queda fijado en el art. 5º del Real Decreto, al decir que será competencia de la Comisión, mientras no se apruebe el Estatuto de Autonomía de Baleares, la elaboración de los anteproyectos de interés sobre su Derecho civil foral o especial, para su elevación al Ministerio de Justicia. A estos efectos, una vez concluidos sus trabajos, la Comisión hará entrega formal de los mismos al Consejo General Interinsular para su traslado al Ministerio de Justicia.

La disposición normativa de que se viene tratando diseñó una composición bastante completa, a fin de que los organismos políticos de la autonomía y los operadores jurídicos de la Comunidad Autónoma tuvieran su representación en la Comisión, primando especialmente al Colegio de Abogados y al de Notarios, a los que se faculta para designar dos representantes, mientras que las otras entidades tan sólo pueden designar uno.

Los componentes de la Comisión designados por las entidades a quienes se había atribuido tal facultad fueron los siguientes:

Por el Consell General Interinsular, Francisco Noguera Roig, Presidente de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial y conocido foralista.

Por el Consell Insular de Mallorca, Román Piña Homs, Catedrático de Historia del Derecho.

---

5.- *El Proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las Islas Baleares*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm 559 noviembre-diciembre 1983.

6.- Han analizado con detalle y certeramente esta Comisión de Juristas los miembros de número de nuestra Academia José Cerdá Gimeno, en la obra citada en la nota 5, y Tomás Mir de la Fuente en su obra *“La evolución del Derecho civil balear compilado: el contenido de la Compilación y sus modificaciones”*, publicado en *El Dret Viscut*, Palma 2011.

Por el Consell Insular de Menorca, Miguel Coll Carreras, Abogado del Estado Jefe en Baleares y reconocido foralista.

Por el Consell Insular de Ibiza-Formentera, José Cerdá Gimeno, Notario y autor de ingentes obras sobre Derecho pitiuso.

Por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, Ramón Montero Fernández-Cid, Magistrado entonces de la misma. Fue sustituido, al pasar a ocupar plaza de Magistrado en el Tribunal Supremo, por Guillermo Vidal Andreu, Presidente que fue de la Audiencia Provincial de Baleares y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, hoy ya desgraciadamente fallecido.

Por el Colegio de Abogados, Miquel Masot Miquel y Juan Tur Serra. Al fallecimiento de este último, fue designado en su lugar Bernardo Cardona Escandell, quien después sería miembro fundador de la hoy Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

Por el Colegio Notarial, Raimundo Clar Garau y Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, ex Decanos de dicho Colegio y de gran prestigio jurídico.

Por la Delegación Regional del Colegio Nacional de Registradores, Joan Vidal Perelló, Registrador de la Propiedad.

Por la Facultad de Derecho, Tomás Mir de la Fuente, Abogado del Estado y estudioso del Derecho civil propio.

Por el Instituto de Estudios Baleáricos, Juan Blascos Serra, Abogado.

Como sea que el art. 6º del RD 1007/81 señala que, una vez constituida la Comisión, los miembros electos podrán, por mayoría absoluta de los mismos, proponer al Consejo General Interinsular, para su nombramiento, hasta un máximo de tres Vocales más de entre los juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil balear, fueron elegidos por unanimidad, incorporándose así a la Comisión, Joan Verger Garau y Jaime Ferrer Pons, Notario y Registrador de la Propiedad el primero y Notario el segundo, ambos ciertamente expertos en nuestro Derecho civil, así como el entonces Catedrático de Derecho romano de nuestra Facultad de Derecho –entonces Sección Delegada de la Universidad Autónoma de Barcelona– Francisco Samper Polo.

Por su parte, el art. 4º señalaba que la Comisión de Juristas, una vez constituida, podrá dotarse de las normas internas de funcionamiento

y organización, correspondiendo al Consejo General Interinsular el nombramiento de Presidente de la Comisión, de entre los miembros de la misma. A pesar de lo cual, el Presidente del Consejo General Interinsular declinó, elegantemente, efectuar el nombramiento, proponiendo que la designación la realizaran los propios miembros de la Comisión; de esta manera resultó elegido en la sesión de 3 de diciembre de 1981, prácticamente por aclamación, Francisco Noguera Roig. En la siguiente sesión, celebrada el 26 de enero de 1982, se designó a Tomás Mir de la Fuente Secretario de la Comisión de Juristas, adoptándose en la misma reunión, a propuesta de Miguel Coll Carreras, el acuerdo de que la Comisión se rigiera por las normas que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 establecía para los organismos colegiados.

En la misma reunión se afrontó el tema crucial de si los trabajos de la Comisión debían limitarse a una mera adaptación al texto constitucional o si, por el contrario, debían regularse con más amplitud las instituciones recogidas en la Compilación de 1961, dado que la parquedad de la misma era de la mayor evidencia. Por otra parte, las necesarias adaptaciones a la Constitución eran tan escasas como evidentes, limitándose, fundamentalmente, a la superación de la distinción entre hijos legítimos e hijos naturales reconocidos, así como de los padres y ascendientes legítimos y naturales, en ámbito de legítimas, y la posible supresión de la ley *hac edictali* del art. 53. Ciertamente, para ello no hacía falta una Comisión formada por 15 Juristas de reconocido prestigio. Por tal razón se acordó, no sin alguna discrepancia, que la Comisión debía hacer uso de las posibilidades y perspectivas que resultaban del art. 149.1.8 CE, porque era tan plausible como necesaria la modificación y el desarrollo legislativo de las normas que regulaban nuestras instituciones propias.

Las reuniones de la Comisión tuvieron lugar con una periodicidad de dos al mes, celebrándose en el despacho del Notario Raimundo Clar Garau; y en las escasas ocasiones en que el mismo no pudo asistir a las reuniones de la Comisión, tuve el honor de albergar a la misma en mi despacho.

En un órgano tan numeroso como la Comisión era esencial trabajar en régimen de ponencias. En la designación de los ponentes se tuvieron especialmente en cuenta los Comentarios a nuestra Compilación de 1961 que había editado Edersa en 1980, dentro de la magna obra de Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, pues precisamente los ponentes fueron los comentaristas en dicha obra de cada una de nuestras instituciones. De esta manera, la ponencia sobre el título preliminar y disposiciones finales corrió a cargo de Raimundo Clar Garau, las de régimen económico matrimonial, donaciones universales y cuarta falcidia a mi cargo, las relativas a principios

sucesorios y heredero distribuidor correspondieron a Joan Verger Garau, la sustitución fideicomisaria a Miguel Coll Carreras, la legítima a Jaime Ferrer Pons, los derechos reales a Tomás Mir de la Fuente, el Derecho de Menorca a Miguel Coll Carreras y el Derecho de Eivissa y Formentera a José Cerdá Gimeno. Una vez elaboradas las ponencias, comenzaron las reuniones de la Comisión para la discusión de las mismas.

En las copias de las actas, celosamente guardadas por el que fue diligente Secretario de la Comisión Tomás Mir de la Fuente, se ponen de relieve estas deliberaciones y discusiones que, en alguna ocasión, fueron tan enconadas que dos miembros de la Comisión llegaron a discutir a voz en grito; cosa que a veces sucede entre los juristas cuando estamos absolutamente convencidos de la bondad de nuestras apreciaciones. El que esté libre de pecado que tire la primera piedra.

Es impensable dar, en el contexto en que se sitúa el presente trabajo, una idea pormenorizada del desarrollo de estas sesiones, por lo que les dedicaré, tan solo, una breve pincelada. Hubo bastante acuerdo en las reuniones en las que se debatió el título preliminar y menos acuerdos al tratar del régimen económico matrimonial, en el que se suscitó un amplio debate sobre el trabajo para la casa y su consideración como contribución a las cargas; en realidad todos estaban de acuerdo en tal consideración, pero el objeto de la discusión se centraba en si debía establecerse asimismo una especial compensación para el trabajo para la familia, de manera similar a como había hecho el art. 1438 Cc. Se contraponían, de una parte, los argumentos que esgrimían la justicia de tal compensación con, de otra, el hecho de ser frecuente, en nuestra Comunidad Autónoma, que las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio se escrituran a nombre de ambos cónyuges, con lo que de esta manera se hace partícipe al cónyuge que trabaja para la familia de las ganancias que pueda haber experimentado el otro cónyuge<sup>7</sup>.

En el tema de los principios sucesorios hubo acuerdo generalizado en continuar estructurando la sucesión, en Mallorca y Menorca, sobre la base de estos principios, mientras que fueron más acaloradas las discusiones que se produjeron al abordarse el tema del heredero distribuidor, particularmente por el hecho de que el ponente en esta materia –Joan Verger Garau– presentó una ponencia con un tecnicismo que no encontramos en la Compilación de 1961,

---

7.- En mi artículo *Algunas consideraciones sobre la compensación económica del trabajo para la familia y su incidencia en el Derecho civil de las Illes Balears*, correspondiente a mi intervención en las Jornadas celebradas en Palma los días 16 y 17 de junio de 2016, promovidas por la Asociación Nacional de Abogados de Derecho de Familia, me hacía amplio eco de los debates suscitados sobre este tema y de una interesante propuesta presentada por el componente de la Comisión Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. Este trabajo está publicado en el Boletín XVII de nuestra Real Academia.

inspirado fundamentalmente en la doctrina y la normativa catalana. También se discutió mucho en el tema de la donación universal, particularmente porque el texto de la Compilación de 1961 contenía numerosas incongruencias, a cuya resolución no ayudaba precisamente el desuso generalizado de la institución. En materia de sustitución fideicomisaria las modificaciones, respecto de la Compilación de 1961, fueron pocas, limitándose a una serie de retoques técnicos y a dar entrada a toda clase de hijos –también, por tanto, a los no matrimoniales y adoptivos- en la institución de los hijos puestos en condición, aunque pudiendo el testador o disponente establecer limitaciones al respecto.

Por lo que respecta a la cuarta falcidia existió poco debate al estarse de acuerdo fundamentalmente con la ponencia, mientras que sí lo hubo y amplio en el tema de legítimas, aunque casi todos consideraron procedente su mantenimiento. Se efectuaron los retoques impuestos por la Constitución para unificar toda clase de hijos en la legítima de los descendientes y se debatió ampliamente sobre los nuevos aspectos que, en materia de legítimas, muestra la Compilación de 1990, particularmente en lo que respecta a la definición, a la que se dotó de una normativa apta para resolver su problemática, mientras que en la Compilación de 1961 no existía regulación de ninguna clase.

En materia de censos y alodios se tomaron importantes decisiones, con el asentimiento de todos los miembros de la Comisión, como son la eliminación en ellos de los derechos de tanteo y retracto y su posibilidad prescriptiva, así como la eliminación de las mejoras y nuevas edificaciones en la valoración de la finca a efectos de la redención del alodio; posibilidad esta última que el Parlament convirtió en la ley 3/1985 de 11 de abril.

Por lo que respecta a la normativa de Menorca e Eivissa y Formentera se siguieron fundamentalmente las opiniones de los ponentes respectivos, que eran Miguel Coll Carreras en el caso de Menorca, y José Cerdá Gimeno en el de las Pitiusas, con la colaboración importante, en cuanto al Derecho de estas últimas, de Abogados con amplia experiencia profesional en Eivissa, como fueron Juan Tur Serra y, después, al fallecimiento del mismo, Bernardo Cardona Escandell.

Sesión tras sesión fueron avanzando los trabajos, hasta llegarse al 11 de noviembre de 1985, fecha del acta del tenor literal siguiente:

“DILIGENCIA.- En Palma de Mallorca a once de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Para hacer constar que, en el día de hoy, a las 13 horas, la Comisión Compiladora de Juristas, con asistencia de su Presidente Don Francisco Noguera Roig y el infrascrito Secretario, así como de los Vocales Sres. Piña, Coll, Cerdá, Clar, Martínez-Piñeiro, Masot, Cardona, Vidal Andreu, Blasco, Ferrer y Verger, hizo entrega del resultado de sus trabajos, consistente en el anteproyecto de revisión del que se une copia al legajo como documento nº 47.

La entrega se realizó en el Consulado de Mar, sede del Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que lo recibió, después de que el Presidente de la Comisión de Juristas pronunciara unas palabras, a las que contestó agradecido.

Estuvo presente el Consejero de Interior así como el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Comunidad.

EL SECRETARIO Fdo. Tomás Mir<sup>78</sup>

Pero hay que destacar que, entre el inicio de los trabajos de la Comisión y su finalización, acaeció un hecho de gran trascendencia para nuestras Islas, como fue la aprobación del Estatut d'Autonomia de les Illes Balears por Ley Orgánica 2/1983 de 25 de febrero, según el cual pasaba a ser competencia de nuestra Comunidad Autónoma - a ejercitar mediante su Parlament- la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de nuestras Islas, con inclusión del sistema de fuentes, y excluyendo las materias específicamente vedadas por el art. 149.1.8ª CE. Como es sabido, la aprobación del Estatut se demoró mucho por las discrepancias entre los parlamentarios de Mallorca, de una parte, y de Menorca y Eivissa, de otra, sobre el tema de la paridad, que suponía que el número de diputados de la primera isla (Mallorca) fuera igual al de las otras islas, tema del que, particularmente en Eivissa, se hizo bandera. Los largos debates y discusiones sobre esta materia motivaron que nuestro Estatut se aprobara cuando casi todas las otras Comunidades Autónoma lo tenían ya, de lo cual me hice eco al dejar escrito que nuestras Islas, a pesar de tener un Derecho, una lengua y una cultura propia y haber sido históricamente un reino independiente, se subieron al tren de la Autonomía en el último momento, compartiendo el furgón de cola con Extremadura, Madrid y Castilla y León. Lo cierto es que los trabajos de preparación y redacción del Estatut fueron arduos y quiero destacar que, entre los componentes de la *Comissió dels onze*, que recibió el encargo oficial de realizar dichos trabajos, estaban nuestros compañeros

---

8.- El Secretario de la Comisión de Juristas Sr. Mir de la Fuente ha tenido la amabilidad, que agradezco, de poner a mi disposición copias de las actas y legajos en los que están reflejados los trabajos de la Comisión.

académicos –hoy, desgraciadamente, ya no entre nosotros- Rafael Gil Mendoza y Félix Pons Irazzábal.

Es evidente, por tanto, que al recaer la soberanía popular, por lo que a nuestra Comunidad Autónoma se refiere, en su Parlament, y teniendo éste competencias expresas sobre la materia, era este órgano el que debía decir la última palabra sobre el resultado de los trabajos de la Comisión de Juristas, por lo que se impone ahora pasar a exponer su actuación en la materia.

## 2) Los trabajos del Parlament de las Illes Balears.

Según el art. 10 de la LO de 25 de febrero de 1983, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, la Comunidad Autónoma tiene “competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de las Islas Baleares”. Y el art. 19 establecía que el Parlament ejerce la potestad legislativa, en lo cual insiste el art. 27. El art. 50, por su parte, señalaba que, “en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro en los términos previstos en el Estatuto”.

Sin embargo, en el mes de octubre de 1984, y a propósito de un proyecto de ley presentado por Unió Mallorquina sobre redención de los censos y alodios<sup>9</sup>, saltó a la prensa local la polémica de si nuestro Parlamento era o no competente para legislar sobre nuestro Derecho civil, polémica abierta por un artículo del Profesor Garau Juaneda. Tercié en dicha polémica, al igual que lo hicieron los Profesores Lafuente López y Coca Payeras, partidarios, como yo, de considerar indiscutible dicha competencia<sup>10</sup>. En este artículo hacía referencia a las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza del 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981, con asistencia de destacados juristas de todas las regiones forales y de lo que entonces llamábamos territorios de Derecho común, en las que se partía de la base de que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio pueden asumir en sus estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho Civil Foral o Especial en ellas existente, habiéndolo hecho así las hasta entonces constituidas (conclusión 1<sup>a</sup>); entendiéndolo también que la competencia legislativa no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la

---

9.- Que fue aprobado en el Parlament y se convirtió en la ley 3/1985 de 11 de abril.

10.- Puede verse mi artículo “*El Parlamento autónomo, competente para legislar sobre Derecho civil balear*”, publicado en el Diario de Mallorca de 27 de octubre de 1984.

idea de legislación, dado que legislar supone innovar (conclusión 2ª); y, por tanto, era lógico que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código civil (conclusión 3ª). Recuerdo que, en mi artículo, acababa afirmando que, dada la especialidad de los Derechos civiles propios de las regiones forales, si alguna competencia legislativa ha de tener el Parlamento autonómico es precisamente la conservación, modificación y desarrollo de estos Derechos.

Se impuso, en definitiva, la lógica y el Parlament debatió el proyecto de ley antes indicado, sobre redención de censos y alodios, aprobando la ley modificadora, en este punto, del art. 63 CDCIB; y asimismo se declaró competente para debatir –y posteriormente aprobar con las modificaciones que estimara pertinentes– el proyecto de ley de modificación de la Compilación elaborado por la Comisión de Juristas.

Y ciertamente puede decirse que nuestros Diputados acometieron el trabajo con ilusión y entrega, pues fueron muchísimas las enmiendas presentadas, aunque muchas de ellas de carácter puramente gramatical y referidas, sobre todo, al texto catalán del proyecto. Los únicos preceptos no enmendados del proyecto presentado por la Comisión de Juristas fueron los arts 9, 10, 11 y 13 (relativos a la donación universal de bienes presentes y fututos), 15 (heredero instituido en cosa cierta), 22 (premeriencia del distribuidor al testador), 33 (enajenación de bienes fideicomitidos), 38 y 40 (cuarta falcidia), 51 (regulación de los efectos de la definición), 65 (aplicación en Menorca de las disposiciones del libro I) y 69 (vías de delación hereditaria en el Derecho pitiuso).

Como es lógico en un trabajo como el que nos ocupa es imposible hacer una referencia expresa a cada una de las enmiendas, por lo que, simplemente, voy a tratar algunas de las cuestiones que más interés suscitan, cuales son las siguientes:

#### A) La disposición de la vivienda familiar.

En el Proyecto de ley presentado por la Comisión de Juristas se contenía un artículo 4.2 del tenor literal siguiente: “Los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles requerirán el consentimiento de ambos cónyuges, y, de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará



al adquirente de buena fe”. Tal disposición –similar a la del art. 1320 Cc– se contenía en la ponencia que yo había presentado y, al ser discutida, había sido aprobada, con un único voto en contra.

Sin embargo, al ser tratada la cuestión en el Parlament se suscitaron muchas opiniones en contra, particularmente en los grupos parlamentarios del Partido Popular y de Unió Mallorquina. Se decía que se acababa con un derecho que había sido esencial en nuestra separación de bienes, cuál era el de poder disponer, sin cortapisas ni limitaciones, de los bienes propios, aunque los mismos se destinaran al alojamiento de la familia. Y, como consecuencia de ello, se decía también que, en definitiva, nuestra separación de bienes había dejado de ser absoluta. Y así fueron apareciendo algunas cartas y artículos en la prensa diaria tomando partida por la conservación de una separación de bienes férrea y total, llegándose incluso a colgar carteles en las puertas de los Juzgados con la expresión de “salvem el nostre Dret”.

Ciertamente la mayoría de juristas considerábamos que precisamente la “salvación” de nuestro Derecho pasaba por acomodarlo a las realidades sociales, abandonando separaciones “absolutas” que no se avienen con el hecho de vivir dos personas en común, poseyendo unos mismos bienes y actuando siempre –o debiendo actuar– en interés de la familia. Y a tal efecto tercié también en la polémica con un artículo titulado “*A propósito de una campaña de “salvación” de nuestro Derecho foral*” que se publicó en Diario de Mallorca el 30 de septiembre de 1986, en el que, entre otras cosas, se decía que mal se avenía esta facultad de disposición, que podía suponer dejar a la familia en la calle, con la afección de los bienes propios de cada cónyuge al levantamiento de las cargas familiares –proclamada por la propia Compilación– y con el principio constitucional de protección a la familia.

Pero la realidad es que el establecimiento de una autorización del cónyuge no propietario de la vivienda familiar para la disposición y gravamen de la misma fue rechazado por el Parlament, a pesar de la brillante defensa efectuada por el Diputado del Partido Socialista José Luis Martín Peregrín.

Igualmente la mayoría parlamentaria acordó suprimir la referencia que en el proyecto de la Comisión de Juristas se hacía a la posibilidad de que uno de los cónyuges pudiera solicitar, entre las posibles medidas judiciales a adoptar para un reparto justo de las cargas familiares, la destinada a obtener una mayor rentabilidad o utilidad del patrimonio del cónyuge incumplidor; aunque, en este caso, por considerar –posiblemente de manera acertada– que

estaba implícitamente comprendida en el párrafo 2º del art. 4 CDCIB que, de manera general, permite solicitar judicialmente la adopción de las medidas precisas para que la contribución al levantamiento de las cargas por parte de cada cónyuge sea en proporción a sus recursos económicos.

#### B) La legítima de los descendientes.

Es sabido que el tema de las legítimas siempre ha ido acompañado de gran controversia. Por ello es oportuno hacerse ahora eco de una propuesta de varios Grupos Parlamentarios que, realmente, hubiera permitido, en ciertos casos, una ampliación sustancial de la parte de libre disposición. Según la misma, la legítima se cifraría en el producto de la décima parte del caudal hereditario por el número de hijos si fueren cinco o menos de cinco; y, en caso de exceder de este número, sería la mitad de dicho caudal a dividir por partes iguales entre los hijos y descendientes. Nótese que, en el primer caso, de existir tan solo uno o dos hijos, la parte de libre disposición sería del noventa por ciento del caudal relicto en caso de un hijo y del ochenta por ciento en caso de dos.

Asimismo, y siguiendo en esta línea, se presentaron mociones que insistían en una legítima del diez por ciento del haber hereditario para cada hijo hasta un máximo de tres, y una tercera parte si se excediera de este número. También en este caso se produciría un evidente aumento de la parte de libre disposición en caso de existencia de pocos legitimarios, con la particularidad de que existirían, en todo caso, dos terceras partes del haber hereditario de libre disposición, sea cual fuere el número de hijos.

Sin embargo no llegó a adoptarse un definitivo acuerdo sobre estas cuestiones propuestas y la legítima de los descendientes pasó a regularse tal como estaba en el proyecto de la Comisión de Juristas, con la sola particularidad de suprimir las referencias que en el mismo se hacía a las legítimas de los hijos adoptivos, según existiere adopción plena o simple, merced a la superación de esta distinción realizada por la ley estatal 21/1987 de 11 de noviembre.

#### C) El pago de la legítima en metálico.

Fue muy bien acogida en el Parlament la posibilidad de pago de la legítima en metálico propugnada en el Proyecto elaborado por la Comisión de Juristas, aunque es de destacar que el Grup Parlamentari PSM-EEM suscitó una serie de cuestiones a alguna de las cuales no falta interés, a pesar de que no tuvieron eco en el resultado final, pues, en este punto se siguió

fundamentalmente el Proyecto elaborado por la Comisión, que a su vez había derivado de una ponencia ciertamente afortunada del especialista en la materia Jaime Ferrer Pons.

En concreto, y con referencia expresa al art. 48 CDCIB, el Grupo Parlamentario en cuestión lamentaba que se hubiera configurado el pago en metálico como una facultad que daba el disponente a los herederos, en lugar de configurarla como una verdadera obligación para quien tenía que pagar la legítima. Asimismo planteaba el caso de existencia de varios herederos con discrepancia, entre los mismos, sobre si las legítimas debían pagarse en metálico o mediante la entrega de bienes de la herencia.

De acuerdo con lo que había considerado sobre el particular la Comisión de Juristas, no parece prudente que el disponente pueda imponer obligatoriamente el pago de la legítima en metálico, pues ello no concuerda con la naturaleza jurídica de la legítima como *pars bonorum hereditatis* y, además, puede darse el caso de que el pago en metálico constituya una carga excesiva para el heredero, obligándole a vender o gravar los bienes hereditarios –o los propios– para la consecución del metálico con el que abonar las legítimas. Por otra parte, de existir metálico en el caudal relicto, siempre vendrá muy bien para el pago de los impuestos de la sucesión y de los inevitables gastos que la última enfermedad y el fallecimiento puedan haber ocasionado. Por ello, y dentro de este contexto, parecía plausible configurar el pago en metálico de la legítima como una posibilidad –no una imposición– que el disponente da al heredero que ha de satisfacerla.

Sí que puede suscitar algún problema, en cambio, la posible existencia de dos, o más, herederos enfrentados sobre la manera como tienen que pagarse las legítimas cuando el disponente les da la posibilidad de hacerlo en metálico. Es obvio que el legitimario no puede ser constreñido a recibir una parte en bienes y otra en dinero. Por ello la controversia necesariamente deberá ser resuelta, a falta de acuerdo, por la vía judicial, siguiendo los trámites del art. 782 y siguientes LEC o mediante el contador partidor que hubiere designado el propio testador o disponente o por el contador partidor dativo al que hace referencia el art. 1057.2 Cc, modificado por la ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria.

#### D) Censos y alodios.

En esta materia estuvo el Parlament ciertamente –y con razón– combativo. De entrada, algunos grupos parlamentarios adelantaron la posibilidad de suprimir la institución, por considerarla un residuo feudal

que daba lugar, en la actualidad, a situaciones abusivas. Sin embargo, se impuso el criterio –que los juristas habíamos apuntado<sup>11</sup>- de que, nos guste o no, estábamos ante unos derechos adquiridos debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad y de un indudable contenido económico. Por ello su supresión *ex lege* podría suponer evidentes costes indemnizatorios. Rechazada por tanto la supresión de los censos y alodios, la labor del Parlament se centró en rebajar, a favor del censatario o dueño útil, el contenido de las disposiciones del proyecto, tras admitir, de muy buen grado evidentemente, las trascendentales reformas introducidas en cuanto a su posibilidad prescriptiva y a la eliminación de los derechos de tanteo y retracto en caso de venta de la participación en el dominio, la cual regía en nuestro Derecho por remisión a la normativa general del Código civil; aunque debiendo reconocer que, por aquellos años, los censualistas y dueños directos hacían un nulo uso de esta posibilidad en caso de venta del dominio útil de la finca enfitéutica.

Las rebajas indicadas en el párrafo precedente consistieron, en primer término, en reducir a 5 los 30 años que exigía el Proyecto para la prescripción de los censos y alodios. Reforma que, a mi juicio, hay que considerar sumamente desacertada, pues la realidad es que el plazo de 30 años que figura en el Proyecto de la Comisión de Juristas resultaba notoriamente excesivo, aunque tenía a su favor la tradición romanista –y la norma del Código civil (art. 1963)– establecedora de que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los 30 años. De manera similar, en materia de redención de alodios (art. 63 CDCB), el precio de la redención se fijó en 1 laudemos y 2/3 de laudemio del valor de la finca –salvo que en el título de su constitución se estableciera otro–, en vez de los 2 laudemos y 2/3 de laudemio que eran tradicionales en nuestro Derecho y que había respetado el Proyecto de la Comisión de Juristas. Y, a falta de pacto sobre el valor del laudemio, éste pasó a consistir en el 1 por 100 del valor de la finca, a diferencia del 2 por 100 establecido en la Compilación de 1961 y en el Proyecto de la Comisión de Juristas.

Igualmente la labor del Parlamento incidió en el concepto de *estado posesorio*, remendando el texto del art. 62 contenido en el Proyecto; si bien, en este caso, la nueva redacción ha sido tan desafortunada que introduce una absoluta contradicción entre dos de sus párrafos. A ello me referiré en el análisis crítico al que se dedicará el siguiente apartado.

---

11.- Puede verse mi artículo “*Els censos i els alous, la sala de mòbies del Dret mallorquí?*” publicado en la revista “*Palau Reial*” del Consell Insular de Mallorca en 1984.

### III.- ANÁLISIS CRÍTICO

De entrada, hay que decir que la Compilación resultante de la Ley 8/1990 de 28 de junio del Parlament balear –con el añadido del texto definitivo de la Compilación inserto en el Decreto Legislativo 79/1990, en el que se ensamblan los preceptos modificados por la antedicha ley con los pocos que no fueron objeto de modificación– supuso un grandísimo avance respecto de la Compilación de 1961, convirtiendo nuestro Ordenamiento jurídico propio –que antes era un Derecho “especial”– en un Derecho autónomo, con sus principios generales, sus fuentes y sus elementos de interpretación e integración, dando asimismo una regulación más completa y detallada de nuestras instituciones; algunas de ellas –como la definición de legítima y los *spòlits*, para citar tan solo dos– tan solo aludidas pero no reguladas en la Compilación de 1961. Con la brevedad que las circunstancias del presente trabajo imponen, voy a referirme críticamente a las diversas materias de la Compilación afectadas por la reforma de 1990.

#### 1) Título preliminar y disposiciones finales (Aplicable a todas las Illes)

Por lo que respecta al título preliminar había una idea bastante generalizada entre los juristas de dar a nuestro Derecho el carácter de un verdadero ordenamiento jurídico completo –aunque con posible aplicación supletoria del Código civil y de las leyes estatales–, con posibilidades de auto integración y asentado sobre unos principios generales que dan cohesión al sistema y que impiden la aplicación de normas foráneas opuestas a los mismos. En definitiva, y en acertadas palabras de Cerdá Gimeno<sup>12</sup>, con el advenimiento de la Constitución de 1978 se produjo, respecto de los Derechos civiles territoriales, la quiebra definitiva del MONOSISTEMA del Código civil y su sustitución por el POLISISTEMA centrado alrededor de la Constitución. Por mi parte había señalado, echando mano de la figura matemática de los conjuntos, que los Derechos civiles territoriales eran subconjuntos con autonomía propia insertos dentro de un macro conjunto –el Derecho español– fundado en los principios constitucionales. El art. 1 de la Compilación de 1990 es fiel a este criterio por lo que hay que considerar su texto como plausible, aunque, como veremos, superable. Por otra parte, echo en falta que no figure expresamente el Derecho romano justiniano –el *Corpus Iuris Civilis*– entre los elementos integrantes de la tradición jurídica de las islas, pues su cita en las sentencias de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ resolviendo recursos de casación forales es constante.

---

12.- Cerdá Gimeno, ob. cit. Pag. 1542.

Sobre la aplicación de nuestro Derecho civil en el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 2 CDCB) pesó mucho, en la opinión de los componentes de la Comisión de Juristas redactora del proyecto, la existencia de una antigua y desgraciada sentencia de la Audiencia Provincial que proclamaba que los consortes demandados no estaban casados en régimen de separación de bienes porque no habían probado en el juicio su condición de mallorquines. Por ello el art. 2 hablaba de una aplicación generalizada de nuestro Derecho a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma sin necesidad de probar su vecindad civil. El Gobierno de la nación interpuso contra el precepto recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la STC 156/1993 de 6 de mayo declarando la nulidad de la parte del texto expresivo de que “las normas de nuestro Derecho serán de aplicación a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma sin necesidad de probar la vecindad civil”. La sentencia no tuvo en cuenta que, a continuación del indicado texto, se dice que se exceptúan los casos en que, de acuerdo con el Derecho interregional o internacional privado, se deban aplicar otras normas, con lo que se salva absolutamente el sistema establecido en el Código civil sobre la aplicación de las leyes; pero la sentencia se escuda en la falta de competencia legislativa de la Comunidad Autónoma sobre el tema de la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, según se desprende del art. 149.1.8ª CE. Obviamente, el Tribunal Constitucional no tuvo en cuenta el principio de eficacia de los Derechos civiles propios de cada Comunidad Autónoma en el territorio de la misma, proclamado por todos los Estatutos de Autonomía de las Comunidades con Derecho civil propio y, entre ellos, por el nuestro, que en su art. 7, disponía que las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales. Este precepto no fue, en su momento, objeto de recurso alguno ante el Tribunal Constitucional y el art. 2 CDCIB –que sí fue recurrido– mostraba total congruencia con el mismo. Es evidente que este alto Tribunal no tuvo en este caso la consideración que ha venido mostrando con otros Derechos civiles territoriales, a los que ha permitido un Código civil paralelo.

Por lo que respecta a la Disposición Final 1ª, establecedora de la sustitución, por las normas de la Compilación, del Derecho civil balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente en el momento de entrada en vigor de la misma, la verdad es que, a mi juicio, no hacía falta reiterar lo que ya se decía en la Compilación de 1961. Ésta, en efecto, había causado el efecto de producir la sustitución del tradicional Derecho propio por las normas compiladas, quedando aquél relegado a un elemento

de integración de las mismas. Por tal razón, no veía ni veo la necesidad de mantener, permanentemente, una norma de este tipo. Particularmente si de la misma se podía derivar la eliminación de cualquier costumbre vigente al publicarse una y otra Compilación. Por ello, la exposición de motivos de la ley reformadora 8/1990 de 28 de junio se vio obligada a advertir que, fuera de la Compilación, existen muchas costumbres en Baleares que por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando por consiguiente plenamente vigentes, sin que se puedan considerar derogadas por la Disposición Final Primera.

## 2) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca)

En materia de régimen económico matrimonial se mantiene y robustece el régimen económico matrimonial de separación de bienes, fortaleciendo el mismo con el principio de afección de los bienes propios de cada cónyuge al levantamiento de las cargas y estableciendo el sistema de contribución a dichos cargas en base a los recursos económicos de cada cónyuge, considerándose como contribución el trabajo para la familia. Tema éste que fue uno de los más discutidos en el seno de la Comisión de Juristas, en lo que respecta a si la Compilación debía limitarse a la proclamación de este principio o si, además, debía anudarlo a la posible exigencia de una compensación económica por parte del cónyuge que realizó dicho trabajo<sup>13</sup>. La opinión que prevaleció fue que la compensación económica se venía realizando normalmente en nuestro Derecho mediante las adquisiciones por mitad y proindiviso por parte de ambos cónyuges, por lo que no dejaba de resultar arriesgado introducir en la materia un cierto factor de litigiosidad.

Con el ánimo, asimismo, de robustecer la separación de bienes, y en apoyo de quien contrata con uno de los cónyuges las obligaciones correspondientes al levantamiento de las cargas familiares, se estableció la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Se terminó con una prolongada en el tiempo prohibición de las donaciones entre cónyuges que arrancaba del mismo Derecho romano, permitiendo las mismas, si bien con posibilidad de revocación por las causas que se expresan, incluyendo entre las mismas, con criterio discutible, la separación y el divorcio; y se mantiene la presunción de la Compilación de 1961 de que, en caso de impugnación judicial, la

---

13.- El tema ha suscitado abundante bibliografía. Puede verse *La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias* de Beatriz Verdura Izquierdo, Boletín de la Academia XIV, pag. 259 y siguientes y *Situación jurídica de la mujer casada en el Derecho histórico balear* de Liliana Mijancos Gurruchaga, publicado en el Boletín de la Academia XVII.

transmisión entre cónyuges se considera, salvo prueba en contrario, gratuita, con la secuela de que puede ser rescindida por entenderse realizada en fraude de acreedores o legitimarios *ex art. 1297 Cc.* Se redujo al ajuar doméstico la presunción de que pertenecerán a los cónyuges por mitad los bienes que no resulten propios de cada uno de ellos, la cual en la Compilación de 1961 existía con carácter general. Y se entra en la regulación del ajuar doméstico con la importante coletilla de que, al fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes que lo integran corresponderán en propiedad al sobreviviente sin computarse en su haber.

Todas estas aportaciones hay que considerarlas positivas, pero no puede olvidarse que, en la actualidad, resultan absolutamente insuficientes, echándose en falta una ley amplia y detallada que contemple las diversas situaciones que pueden darse y, entre ellas, las relativas a la crisis matrimonial, con previsión de un sistema liquidatorio de los bienes del matrimonio para tales casos, ya que no puede olvidarse que, hoy en día, la mitad de los matrimonios acaban desembocando en un divorcio. Una Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni que, precisamente, tiene ya elaborada la Comissió Assessora de Dret Civil del Govern Balear y que, de momento, duerme el sueño de los justos.

### 3) Principios sucesorios. Cuarta falcidia (Mallorca y Menorca)

La Compilación de 1990 ha seguido apostando por los principios procedentes del Derecho romano para fundamentar sobre los mismos la sucesión, ampliando y mejorando las referencias que a ellos se hacían en la Compilación de 1961. Se dice, con certeras palabras, en la exposición de motivos que “el sistema sucesorio romano derivado de tales principios no sólo resulta un sistema indudablemente lógico para ordenar la sucesión por causa de muerte, sino que, a pesar de los profundos cambios sociales, económicos y familiares experimentados a través de los tiempos, continúa siendo hoy un sistema que responde debidamente a las necesidades y exigencias prácticas actuales y en consecuencia, y esto es lo decisivo, funciona bien y con normalidad en Mallorca y Menorca y no genera, en su realización diaria, problemas que pudieran aconsejar su modificación.”

En la Compilación de 1990 se han desarrollado estos principios ya proclamados por la Compilación de 1961. Sobre la necesidad de la institución de heredero para la validez de los testamentos se ha expresado, en el art. 14 CDCIB, después de la proclamación del mismo que, aunque no se emplee la palabra heredero, valdrá como hecha a título universal cualquier disposición del testador que atribuya claramente al favorecido esa cualidad, con lo cual se acude en ayuda de los testamentos ológrafos, pues es evidente que en



los testamentos notariales de causantes de vecindad civil mallorquina o menorquina siempre exigirá el Notario autorizante la institución de heredero. Se ha dado mayor extensión a la perdurabilidad de la institución de heredero (el que es heredero lo es siempre), con la previsión de que el término incierto implica condición y regulando las consecuencias del incumplimiento del modo, que no podrá dar lugar, en ningún caso, a la resolución de la institución de heredero, aunque sí a la exigencia de su cumplimiento. Sobre el principio de universalidad de la sucesión del heredero, a quien corresponderán todas los bienes del causante que no hayan sido especialmente legados o que deban destinarse al pago de legítimas, sigue la Compilación de 1990 sin proclamarlo de manera general –lo cual hubiera sido preferible–, aunque sí se desarrollan las importantes aplicaciones que, de este principio, hacía la Compilación de 1961. Completando el esquema de los principios sucesorios, la Compilación de 1990 sigue haciendo referencia a las tres vías de delación hereditaria (testamento, ley y contrato sucesorio), con declaración de incompatibilidad de la sucesión testada y contractual con la intestada, entrando solamente ésta en juego en caso de no existir ninguna de las anteriores. Ello descansa sobre la más elemental lógica, pues es obvia la preferencia de la voluntad del testador, así como de lo dispuesto en el contrato sucesorio, sobre las normas legales indicativas de quienes han de ser los herederos del causante.

Existe, a mi juicio, otro principio sucesorio no declarado, que es el del sustrato patrimonial que ha de reunir la condición de heredero, que tiene su manifestación en el régimen de las cuartas falcidia y trebeliánica. Nuestro Derecho considera que la condición de heredero, como sucesor universal del causante –de quien recibirá sus bienes pero también con el compromiso de cumplir sus obligaciones–, debe descansar sobre un sustrato patrimonial, por lo cual establece el mecanismo de la cuarta falcidia, que permite la reducción de legados hasta que quede al heredero una cuarta parte del activo hereditario líquido, y el de la cuarta trebeliánica, de la que podrá disponer, salvo disposición en contra del testador, el heredero fiduciario. Sobre la cuarta falcidia, la Compilación de 1990 ha desarrollado el esquema legislativo de la de 1961, incluyendo algunas disposiciones auspiciadas por los textos romanos. Así se regula el juego de la falcidia en caso de existencia de varios herederos; se ha establecido una amplia serie de legados no reducibles siguiendo el criterio de las fuentes romanas, aunque tal vez sea excesivo su número, pues es evidente que podrían hacer ineficaz, en algunos casos, la incidencia de la falcidia; y se contempla la posible existencia de prelegados, considerando que los mismos deben ser objeto de reducción como los demás legados. La posible existencia de un heredero fiduciario gravado con legados ha llevado a ambas Compilaciones –la de 1961 y la de 1990– a la disposición de que tan solo se podrá detraer una cuarta por falcidia y trebeliánica,

sin embargo ninguna de las dos es muy comprensible sobre la manera como ha de formarse esta única cuarta. A mi juicio hay que partir de la base de que al heredero fiduciario le corresponderá la cuarta trebeliánica. Y si la misma estuviera gravada con legados –en una muestra impensable de sadismo por parte del disponente– éstos podrán reducirse en lo necesario para que le quede, al menos, una cuarta parte de esta cuarta parte, con lo cual pasaría a ser una dieciseisava parte.

En cuanto al derecho de acrecer se ha cambiado, certeramente, el principio establecido en la Compilación de 1961, que lo fundamentaba en la “coniunctio re et verbis” (llamados a un mismo bien o porción de bienes o instituidos en una misma cláusula testamentaria), sustituyéndolo por la institución conjuntamente y por grupos, produciéndose el acrecimiento entre los integrantes del grupo si uno de ellos no llegara a ser heredero. Normalmente se tratará de grupos de parientes, aunque puede tratarse de personas unidas por una circunstancia común (integrantes de un club, fundación, etc.).

#### 4) Donación universal (Mallorca)

La Compilación de 1961 hacía una regulación de la institución plagada de contradicciones y desconocedora, además, de la realidad de la institución, dado el desuso de la misma. Sirve de botón de muestra expresivo de estas contradicciones el que el art. 8 de la Compilación de 1961 proclamaba que la donación universal ha de ser valedera de presente y efectiva a la muerte del donante, para imponer a renglón seguido que éste ha de reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; exigencia innecesaria si la donación sólo tendrá efectividad a la muerte del donante. El atento estudio de las donaciones universales en la época en que era frecuente su otorgamiento, que dio lugar a mi tesis doctoral sobre la materia<sup>14</sup>, permitió regular la institución sobre bases más certeras.

De esta manera, la efectividad a la muerte del donante es tan sólo una posibilidad –no una necesidad– en el otorgamiento de la institución, pudiendo ser efectiva de presente o contener cualquier otra indicación relativa a un posible aplazamiento. Se regula el aspecto contractual de la institución, proclamando su irrevocabilidad, pero haciendo inmediata referencia a las circunstancias excepcionales que pueden dar lugar a su revocación, tratando asimismo del alcance de la preterición y de la premoriencia del donatario. En lo que respecta al contenido sucesorio de la donación universal, la Compilación de 1990 no se limita a señalar que el donatario tendrá la

---

14.- *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca* Palma 1976.

condición de heredero del donante, sino que se expone su *status* jurídico como tal heredero, señalando la imposibilidad de repudiar la herencia pero sí de aceptarla a beneficio de inventario, no pudiendo tampoco disponer de la cuarta falcidia, salvo que lo autorice la donación universal.

Se rehúye toda posible consideración del otorgamiento de la donación universal como muerte civil del donante, por lo cual solamente se ve privado de los bienes expresamente incluidos en la misma como bienes donados. Los otros bienes que tuviere el donante –no incluidos en la donación universal– y los bienes futuros –los adquiridos con posterioridad a la misma– sólo los hará suyos el donatario universal al fallecimiento del donante y siempre que formen parte todavía, en dicho momento, de su patrimonio.

Se establece en la Compilación de 1990 la exigencia formal –que no existía en la Compilación de 1961– de la necesidad de otorgamiento de la donación universal mediante escritura pública, lo cual es común a todos los contratos sucesorios; asimismo se regula la capacidad para otorgar este contrato.

A mi juicio, la regulación de la Compilación de 1990 es positiva, aun cuando, en algún caso aislado, se haya pretendido fundamentar en la misma una situación ciertamente peculiar, cual es el otorgamiento sucesivo de donaciones universales a favor de los diversos hijos. Evidentemente ello es inadmisibile, pues ya en la primera donación se ha producido la institución de heredero a favor del donatario habiendo sido aceptada por éste. Si la herencia del donante universal ya tiene un heredero que ha aceptado la institución a su favor, no es posible nombrar otro posteriormente. La reserva de la facultad de disponer, por cualquier título, contenida en el art. 11 CDCIB solamente puede entenderse referida –como sigue diciendo el precepto– a algunos de los bienes presentes –o sea de los que eran propiedad del donante al otorgarse la donación no incluyéndose en la misma– o a todos o parte de los bienes futuros. Ello de ningún modo se puede interpretar como licencia de reservarse la facultad de instituir en el futuro un nuevo heredero.

##### 5) Heredero distribuidor (Mallorca y Menorca)

La Compilación de 1990, si bien mantiene las líneas generales de la Compilación de 1961, dota a la regulación de esta materia de mayor tecnicismo, integrándola dentro de los fideicomisos, pues su similitud es absoluta; ya el Digesto la proclamaba (31,2,67; 31,1, 67-7 y 31.1.77-4). Tanto la Compilación de 1961 como la de 1990 hablan del distribuidor como “persona instituida” e “instituido heredero”, con lo que queda claro el carácter de heredero del distribuidor. Pero el art. 18 de la actual

Compilación complica la cuestión, al permitir que el distribuidor lo sea también el legatario llamado al usufructo universal de la herencia, siendo evidente que, en tal caso, el distribuidor no es llamado como heredero sino como legatario, con lo cual no puede convertirse en heredero mediante el juego de la institución *ex re certa* contemplada en el art. 15 CDCIB, ni podrá ser heredero fiduciario, al no pasar de ser un simple legatario. Ello puede plantear un primer problema, que sería el de la validez del testamento por no contener institución de heredero; sin que puedan considerarse tales los que forman parte del grupo dentro del cual ha de efectuarse la elección o distribución. En el primer caso por la evidente razón de que no se sabrá quién será el elegido dentro del grupo hasta que el legatario distribuidor realice la elección. Y tanto en uno y otro caso, por la consideración doctrinal de que no hay realmente designación de heredero hasta que se realice la elección o distribución. Por todo ello parecería plausible eliminar esta previsión del legatario distribuidor, por no encajar en modo alguno con la tradición jurídica ni con el principio de la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento. Es cierto que se acude al legado del usufructo universal a favor del cónyuge viudo cuando se impone al mismo la condición de no contraer ulterior matrimonio, la cual es imposible conjugar con la institución de heredero, dado su carácter resolutorio. Pero hay que reconocer que se distorsiona mucho la figura del heredero distribuidor introduciendo esta posibilidad cual ha hecho la Compilación de 1990.

Por otra parte, han acertado las dos Compilaciones en eliminar la disposición que se contenía en los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1948 de que la elección o distribución debía efectuarse “por donación inter vivos o por acto de última voluntad”, lo que, en el primer caso, tendría un coste fiscal considerable. Las Compilaciones hablan ya de “actos inter vivos o de última voluntad”, con lo cual tienen total validez las efectuadas mediante acta notarial, según ha expresado la sentencia de la Sala Civil y Penal 4/2010 de 30 de septiembre de nuestro TSJ.

Pero dicho acierto no ha acompañado en la cuestión relativa al término en el que el distribuidor ha de cumplir el encargo limitado exclusivamente a la distribución de los bienes. El art. 19 CDCIB señala que, en este caso, “la herencia debe deferirse en el plazo señalado por el testador para efectuar la distribución y, en su defecto, al tiempo de su muerte”. Totalmente de acuerdo en el caso de plazo señalado por el testador, pero no resulta idóneo establecer que –de no existir el mismo– la distribución ha de hacerse, sin más, “al tiempo de su muerte”. En este caso el plazo debería estar en consonancia con las características del grupo entre cuyos

integrantes ha de efectuarse la distribución; por lo que, en el caso de que el distribuidor sea el cónyuge viudo y la distribución haya de hacerse entre los hijos dejados por el causante, el plazo tendría que estar en consonancia con la edad de los mismos, no teniendo lugar la distribución hasta que hayan llegado todos a la mayor edad. Y, de ser todos ellos adultos, debería imponer la ley un plazo cómodo –un año, por ejemplo– para que se pueda realizar sin precipitaciones un acto jurídico tan importante como es la distribución.

## 6) Sustitución fideicomisaria (Mallorca y Menorca)

No solamente esta sustitución ha sido regulada en la Compilación de 1990, sino que la acoge también unas disposiciones relativas a las sustituciones pupilar y ejemplar, respecto de las cuales la doctrina había dudado si se regían por el Derecho romano o por el Código civil. En la regulación que de las mismas se contiene en el art. 14 CDCIB, se entra en la cuestión de si el heredero sustituto recibía, al operarse la sustitución, tan solo los bienes que el menor o incapaz sustituido había recibido del disponente sustituyente, o si comprendería también todos los bienes que, por cualquier concepto, integraran el caudal relicto del menor o incapaz sustituido. Dicho precepto se inclina a favor de la denominada tesis amplia –no recogida explícitamente por el Código civil, pero avalada por una amplia corriente doctrinal y jurisprudencial según puede verse en la STS de 14 de abril de 2011– establecedora de que la sustitución debe operar respecto de ambas herencias. Y se regula asimismo la posible pluralidad de que varios ascendientes sustituyan pupilar o ejemplarmente a un mismo descendiente.

En lo que afecta a la sustitución fideicomisaria, ya la Compilación de 1961 –siguiendo la tradición– había establecido un régimen que le daba evidente singularidad frente a la regulación del Código civil, al permitir al heredero fiduciario la detracción de la cuarta trebeliánica y hacer posible la venta, con autorización judicial, de los bienes fideicomitidos para invertir el importe de la venta en otros de mayor provecho o utilidad. Indudablemente tales medidas “humanizan” la sustitución fideicomisaria y constituyen un acicate para la aceptación de herencias gravadas con la misma.

La Compilación de 1990 ha mantenido la regulación de la Compilación de 1961, si bien con algunos importantes retoques.

En primer lugar, entra en el tema de los hijos puestos en condición para cumplir el mandato constitucional de igualar a todos los hijos, proclamando que “se considerarán hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y adoptivos”. Pero es también evidente que debe quedar a salvo la voluntad

del testador, que de la misma manera que puede designar heredero a cualquiera de sus hijos –matrimonial, no matrimonial o adoptivo– teniendo los demás tan solo derecho a su legítima, puede también determinar quienes sean o que condición han de tener los hijos puestos en condición. Por ello se salva la posibilidad de que el testador establezca limitaciones al respecto, con la sola exigencia de que se haga de modo expreso.

Una innovación positiva de la Compilación de 1990 es la exigencia general para toda sustitución fideicomisaria de que se formalice inventario –exigencia que la Compilación de 1961 contemplaba únicamente como un requisito para la detracción de la cuarta trebeliánica– y que se garantice la restitución de los bienes fideicomitidos. Evidentemente sin inventario y garantías la sustitución carecería de la más mínima seriedad, pues el fiduciario podría obviar su obligación de conservación de los bienes fideicomitidos.

En cuanto a las amplias facultades que se dan al fiduciario para enajenar, por ministerio de la Ley y en concepto de libres, los bienes del fideicomiso en los supuestos b) y c) del art. 33, se mantiene el régimen de la Compilación de 1961, puesto que es evidente que el fiduciario, como primer heredero, tiene que realizar la liquidación de la herencia, pagar las deudas, entregar los legados y satisfacer las legítimas, por lo cual el precepto le permite enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos; incluso ello puede hacerlo para percibir su legítima y su cuarta trebeliánica, exigiendo, en este caso, el art. 33 b) CDCIB la notificación a los fideicomisarios conocidos. Pero, de entrada, se observa una contradicción con la consideración de la legítima y de la parte trebeliánica como *pars bonorum hereditatis*, por lo que parecería más acorde con ello la asignación de bienes de la herencia antes que su venta, para la cual, por cierto, no se exige formalidad o autorización alguna. El propio art. 33 *in fine* es consciente que se está ante un trato de excepción, pues dice que “si existieren legitimarios que no sean fideicomisarios – debe decir fiduciarios<sup>15</sup>– se observará lo prevenido en la sección cuarta de este capítulo”, es decir el pago de la legítima en bienes de la herencia, salvo que se autorice su satisfacción en metálico. Tal vez la razón de ser de esta excepción puede radicar en el hecho de que siempre será preferible una venta – al haber una constancia, al menos aparente, del valor de lo vendido- a una asignación de bienes realizada directamente por el fiduciario legitimario a favor de sí mismo.

Por otra parte, y según se ha visto, estas posibles ventas del apartado b) tan solo exigen la notificación a los fideicomisarios conocidos –sin que represente a los no conocidos el Ministerio Fiscal– y pueden llevar consigo

---

15.- Véase mi artículo “*La sustitución fideicomisaria en las Illes Balears*”, publicado en el XVII Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

la cancelación en el Registro de la Propiedad del gravamen fideicomisario sobre las fincas vendidas, pues el art. 33 habla de enajenar y gravar “en concepto de libres”. El mismo perjuicio para los fideicomisarios puede tener lugar en el supuesto del apartado c) –enajenación y gravamen para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de los bienes fideicomitidos–, pues en este caso no se exige siquiera notificación y se produciría igualmente la cancelación del gravamen fideicomisario sobre las fincas vendidas. Ello demuestra la absoluta insuficiencia de la garantía establecida por el art. 30 CDCIB -la mera inscripción del fideicomiso en el Registro de la Propiedad- para el caso de que los bienes fideicomitidos sean inmuebles.

### 7) Legítimas (Mallorca y Menorca)

Es en esta materia en la que la adaptación a la Constitución era más necesaria, por ser precisa la igualación entre las distintas categorías de hijos y descendientes, dado que la Compilación de 1961 trataba de diversa manera a los hijos legítimos respecto de los naturales reconocidos, existiendo asimismo discriminación entre hijos legítimos y adoptivos. La Compilación de 1990 establece, cual es de rigor, los mismos derechos legitimarios para los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos.

Continúan siendo legitimarios, primero, los descendientes y, en su defecto, los padres, ya que la Compilación de 1990 redujo a éstos los posibles derechos legitimarios de los ascendientes, a la vez que se disminuyó la cuantía de su legítima, que pasó a ser de una tercera parte a la cuarta parte de la herencia. La reforma parece totalmente lógica, dado que hoy en día –y esperemos que por mucho tiempo– las personas mayores disponen de pensiones con las que atender a su subsistencia, con lo cual se puede reducir una legítima que, en las herencias de escasos bienes –circunscritas, por ejemplo, a la vivienda del causante–, era difícil satisfacerla si no se establecían sobre el único inmueble del caudal relicto incómodos condominios. Solo los padres, en defecto de descendientes, acreditan legítima en la herencia del causante, repartiéndose la cuota legitimaria por mitad entre ellos y, si alguno de los dos hubiere premuerto, correspondiendo íntegramente al sobreviviente. Precisamente en el art. 44 CDCIB se observa un error al hablar de la legítima de los “padres o ascendientes”, cuando estos últimos, desde 1990, no acreditan legítima alguna en la sucesión de sus descendientes. Ciertamente las tendencias actuales se orientan en el sentido de restringir más todavía o eliminar esta legítima de los padres. Pero lo cierto es que si se produce la quiebra del sistema de pensiones estos derechos legitimarios podrían volver a ser necesarios.

La Compilación de 1990 mantiene y refuerza –respecto de la Compilación de 1961– la legítima del cónyuge viudo, que pasa a ser el usufructo sobre la mitad de la herencia, de concurrir con descendientes; sobre los dos tercios, de concurrir con padres; y, en los demás casos – otros ascendientes y cualquier otra persona– el usufructo universal de la herencia. He tenido ocasión de decir que no me parece lógica, en este último caso, esta desmesurada extensión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo al extenderlos al usufructo universal de la herencia, privando así al heredero del disfrute de la misma, lo cual puede ser particularmente injusto en el caso de que el heredero y el cónyuge viudo sean de una edad similar. Ello supone un nulo respeto a la voluntad del testador, convirtiendo al heredero por él designado en un heredero meramente virtual. Es cierto que dicho heredero podrá acudir al derecho de conmutación expresamente previsto por el art. 839 Cc –al que remite expresamente el art. 48 *in fine* CDCIB–, pero la renta vitalicia o capital que percibiría sería mínimo si tuviera que cuantificarse su derecho hereditario según las reglas de valoración del usufructo en el Impuesto sobre Sucesiones, al imponer la escasa edad del usufructuario una bajísima valoración. Además, en nuestro Derecho existe un principio en base al cual la condición de heredero tiene que tener un sustrato económico, pues no a otra finalidad obedecen la cuartas falcidia y trebeliánica, que constituyen una especialidad de nuestro Ordenamiento propio, las cuales aseguran al heredero su percepción, como mínimo, de una cuarta parte de la herencia. Idéntico criterio debería regir en el caso de concurrencia del cónyuge viudo con heredero que no tuviera la condición de descendiente ni padre del causante, debiéndose, en tal caso, extenderse el usufructo viudal sobre las tres cuartas partes de la herencia, pero no sobre la totalidad de la misma.

En la regulación de la legítima que realiza la Compilación de 1990 se mantiene íntegramente el art. 49 establecedor de la *cautela socini*, pero, por el contrario, se amplían las referencias que, en la Compilación de 1961, se dedicaban al cálculo y atribución de la legítima y se procede a la regulación *ex novo* (art. 46 CDCIB) de la preterición y de la desheredación, eliminando así dudas sobre si regía, en este punto, la regulación romana o el Código civil. Se mantiene la naturaleza de la legítima como *pars bonorum hereditatis* pero se posibilita su pago en efectivo, aunque no lo haya en la herencia, si así lo dispone el testador o el heredero distribuidor, si a éste no se le hubiera prohibido. Evidentemente sería mejor hablar del “disponente” en vez del “testador”, ya que la autorización de pago de la legítima en metálico puede también formar parte de un contrato sucesorio. Por lo demás, esta importante innovación –el pago en metálico de la legítima– está bien regulada en el nuevo art. 48 CDCIB, si bien no resuelve el problema del caso de varios herederos con opiniones diversas sobre si debe o no hacerse uso de la facultad



dada por el disponente de satisfacer la legítima en metálico. Para tal supuesto debería ser decisivo el parecer de los herederos que representen una mayor cuota hereditaria, solución no prevista en la Compilación de 1990, que aboca a la vía judicial la disidencia de los herederos en este punto.

En contra de alguna aislada opinión que ha tildado de “abigarrada y confusa” la regulación de la definición, es mi parecer que en la misma se acierta totalmente. Los arts 50 y 51 la conceptúan como lo que es –un verdadero pacto sucesorio–, esbozan certeramente sus elementos y requisitos para su válida existencia y afrontan su eficacia frente a los posibles testamentos del causante anteriores y posteriores o en el caso de morir intestado.

Por el contrario, no merecen plácemes las excesivas remisiones al Código civil que, en algún caso, son de difícil comprensión, cual ocurre con la remisión al art. 840 Cc que, en la redacción que presentaba al promulgarse la Compilación de 1990, hacía referencia a un supuesto muy excepcional que se producía en el régimen del Código civil –una colisión entre la extensión de los derechos legitimarios del viudo y los de los hijos sólo de su fallecido consorte concebidos durante el matrimonio– colisión que es imposible que se produzca en nuestro Derecho. Aparte de ser del todo preferible la regulación directa sobre la efectuada por la vía de la remisión.

#### 8) Testigos en los testamentos. (Todas las Islas)

En la Comisión de Juristas oficialmente designada se debatió vivamente la cuestión de la posible y total eliminación de los testigos en los testamentos, por considerar que la fe pública notarial la hacía innecesaria. Hay que recordar que aun no se había producido la modificación –efectuada por la ley 30/1991 de 20 de diciembre– de los arts. 695 y 697 Cc que la eliminan, salvo los tres supuestos de excepción indicados en este último precepto. Sin embargo la absoluta eliminación de la intervención de los testigos en los testamentos no prosperó, en el seno de la Comisión de Juristas, por considerarse –aunque con muy estrecho margen y con criterio muy discutible– que, con su mantenimiento, se reforzaba la convicción popular sobre la autenticidad de las declaraciones vertidas en los testamentos.

Sea como sea, el art. 52 de la Compilación de 1990 establece la no necesidad de la presencia de testigos en el otorgamiento de los testamentos, pero introduce cuatro supuestos de excepción, entre los que se incluyen –además de los referidos al testador ciego o sordo, que no sabe o no puede firmar, o que el Notario o el testador lo consideren necesario– el supuesto de que el Notario no conozca al testador. El Gobierno de la Nación interpuso recurso

de inconstitucionalidad contra el precepto por considerar que se invadía una competencia estatal como es la ordenación de los instrumentos públicos. Pero el Tribunal Constitucional, en sentencia 156/1993 de 6 de mayo, lo desestimó, por entender que la intervención de los testigos en los testamentos forma parte de la legislación civil testamentaria y no de la notarial, según resulta de la remisión que el Reglamento Notarial realiza a la legislación civil en cuanto a las formas, requisitos y solemnidades de los testamentos; y siendo, por otra parte, de la mayor evidencia la conexión de esta materia con las instituciones sucesorias propias del Derecho civil de las Illes Balears.

La ley estatal 30/1991 de 20 de diciembre, modificativa de los artículos del Código civil arriba indicados (arts. 695 y 697 Cc), establece asimismo, en el nuevo art. 685, la posibilidad de identificación del testador por dos testigos que lo conozcan y sean conocidos por parte del Notario o mediante los documentos expedidos por las autoridades públicas que tienen por objeto la identificación de las personas (DNI y pasaporte), supuesto éste el más normal y que, sin embargo, no aparece recogido por nuestra Compilación de 1990. Algún sector doctrinal se ha inclinado por considerar la prevalencia del art. 52 CDCIB sobre la norma estatal<sup>16</sup>; ello impondría la presencia de testigos –qué pueden ser los mismos empleados de la Notaría *ex* art. 52 *in fine*– en el supuesto de que el Notario no conozca al testador. Opinión que no acabo de compartir, considerando que, si se impugnara absurdamente algún testamento de persona con vecindad civil balear por faltar la presencia de testigos, estándose en el supuesto de la excepción a) del art. 52, siempre podría alegarse que el Notario sí conocía al testador, habiendo alcanzado dicho conocimiento a través de los documentos de identificación de las personas a las que la normativa estatal confiere tal eficacia, que podrían ser aplicables al no prever expresamente la normativa propia la forma de alcanzar tal conocimiento.

EL art. 52 es una de las pocas normas del libro I de aplicación a todas las Illes Balears, en virtud de las remisiones de los arts. 64 y 70 CDCIB.

## 9) Sucesión intestada (Mallorca y Menorca)

La Compilación de 1990 mantiene el principio, ya proclamado en la Compilación de 1961, según el cual la sucesión intestada se rige por lo dispuesto en el Código civil. Es de especial interés destacar que, cuando la Comisión de Juristas comenzó sus deliberaciones, se había ya modificado el Código civil por la ley 11/1981 de 13 de mayo, pasando a entrar el cónyuge

---

<sup>16</sup>- Verger Garau, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* Tomo XXXI vol 1 Madrid 2000 pag. 954.

viudo en la sucesión de su consorte con preferencia a los colaterales, razón de más para considerar procedente el mantenimiento de la regulación del Código civil.

Sin embargo, posiblemente debería haberse hecho constar que algunas de las normas del Código reguladoras de la sucesión intestada no son de aplicación en Mallorca y Menorca, cual ocurre con el art. 912.2º, que declara procedente la apertura de la sucesión intestada en cuanto a la parte de los bienes de los que el testador no ha dispuesto en el testamento; supuesto absolutamente invariable en el Derecho de Mallorca y Menorca, por contradecir el principio *nemo pro parte*, por lo que los bienes no dispuestos acrecerían al heredero instituido, por el juego de otro de nuestros principios sucesorios, cual es el de la llamada del heredero a la universalidad de la herencia. Obviamente, siempre será preferible que estos bienes pasen a una persona designada por el testador como heredero, antes que a quienes indica la ley, que ni siquiera fueron tenidos en cuenta en el testamento.

Por otra parte, legislar en base a remisiones no es un criterio recomendable; y ello se demuestra, en materia de sucesión intestada, en lo que respecta a la llamada al cónyuge viudo separado judicialmente o de hecho. Según el texto del art. 945 Cc, en vigor cuando se aprobó la Compilación de 1990, el cónyuge viudo era llamado a la sucesión de su marido si no estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste de manera fehaciente. Dicho precepto fue modificado por la ley 15/2005 de 8 de julio que excluye de la sucesión intestada al cónyuge que estuviere separado legalmente o de hecho, sin mayores precisiones. Criterio, sin lugar a dudas, más aconsejable que el anterior, pues tanto la legítima viudal como la llamada a la sucesión intestada no pueden tener otro fundamento que el de la convivencia de los cónyuges, según se cuida de declarar la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2009 de 27 de julio.

Es absolutamente plausible la llamada que hace el art. 53 al mantenimiento, dentro de la sucesión intestada, de los derechos legitimarios reconocidos al cónyuge viudo por el art. 45 (lógicamente en caso de corresponder la herencia a descendientes o ascendientes del que fue su cónyuge) y del régimen previsto en el art. 51 sobre el llamamiento de los definidos, y de sus descendientes, en la sucesión intestada del causante.

Rigiendo, pues, el Código civil en materia de sucesión intestada, es el Estado el llamado a la sucesión a falta de los parientes con derecho a suceder indicados en el mismo. Todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han establecido que, en estos casos, será la Comunidad Autónoma y

no el Estado quien suceda respecto de causantes cuya sucesión se rige por el Derecho de la Comunidad Autónoma respectiva. Realmente ya introdujo esta importante novedad respecto de Catalunya la ley catalana 9/1987 de 25 de mayo, por lo que nuestro Parlament hubiera podido, en 1990, introducir el mismo esquema en nuestro Derecho; no solamente no se hizo, sino que es ahora cuando se está tramitando la correspondiente ley sancionadora del derecho a suceder de nuestra Comunidad Autónoma en el supuesto indicado, con las inevitables disputas entre ésta y los Consells Insulars sobre quien se hace con la herencia del difunto.

#### 10) Censos y alodios (Mallorca)

Ya antes se ha señalado la extraordinaria incidencia que, en esta materia, tuvieron el trabajo de la Comisión de Juristas y el del propio Parlament. La primera introdujo las esenciales reformas que hicieron posible la prescripción de estos derechos y la eliminación de los derechos de tanteo y retracto vigentes en nuestro Derecho por la remisión que el art. 55 de la Compilación de 1961 realizaba a la regulación del Código civil, en el bien entendido de que, en la misma, podían ejercitar el derecho de adquisición preferente tanto el censalista o dueño directo como el censatario o dueño útil, mientras que, en nuestra tradición histórica, el derecho de fadiga solo era ejercitable por el dueño directo cuando el enfiteuta vendía su dominio. Y el Parlament, por su parte, rebajó considerablemente los plazos de prescripción establecidos por la Comisión de Juristas y redujo asimismo, para la redención del alodio, el número de laudemios a satisfacer -1 laudemio y 2/3 de laudemio en vez de 2 laudemios y 2/3 de laudemio- y el importe del laudemio -1% del valor de la finca en vez del 2%-, todo ello, claro está, a falta de pacto sobre el particular.

A mi juicio, el plazo de prescripción de 5 años fijado para que opere la prescripción de los censos y alodios es absolutamente plausible. Hay que reconocer que la Comisión de Juristas nos dejamos llevar por la tradición romana en la materia -y por el art. 1963 Cc- fijando un plazo de 30 años absolutamente fuera de sentido. Si el censalista ha dejado pasar el plazo de cinco años sin cobrar o reclamar la pensión hay motivos de sobra para que este comportamiento negligente pueda dar lugar a la prescripción de su derecho; y lo mismo ocurre con el dueño directo que deja pasar el plazo de cinco años desde la transmisión de la finca enfiteútica sin cobrar o reclamar el laudemio.

Curiosamente el art. 60, regulador de la prescripción, señala el plazo de prescripción de los censos, como hemos visto, y también el de sus pensiones, fijándolo en tres años. En cambio no señala plazo de prescripción del

laudemio que se devenga al transmitirse la finca alodial. La sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2001 de 11 octubre considera que tal plazo será también de cinco años, por indicar el mencionado precepto que, durante el mismo, el dueño directo puede reclamar el pago del laudemio para evitar la prescripción. Posiblemente hubiera sido preferible que en el propio precepto se estableciera este plazo, al igual que se hace respecto de las pensiones de los censos.

En la Compilación de 1990 es de aplaudir el hecho de dotar al alodio de una normativa, al señalar la aplicación al mismo de las normas del censo enfiteúutico, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza; ello en base de la identidad esencial del alodio y el censo enfiteúutico de que se habla en la exposición de motivos. De esta manera, es aplicable al alodio la obligación de dar firma del pago (art. 58), la posibilidad de división de la finca alodial (art. 59), la inexistencia de comiso (art. 61) así como también las disposiciones del Código civil sobre reversión y acciones judiciales<sup>17</sup>.

Por el contrario, es de lamentar el mantenimiento del art. 62, relativo al estado posesorio. Ciertamente creo que, tanto la Comisión de Juristas como el Parlament podrían haber optado por la eliminación del precepto que se contenía en la Compilación de 1961, el cual constituía una muestra más del tratamiento privilegiado de los censos, ya que obligaba a quien pagaba un censo a seguir haciéndolo –sin perjuicio de ejercitar acciones judiciales para demostrar su inexistencia o caducidad–, cuando lo procedente es que sea el reclamante del pago de la pensión quien deba justificar cumplidamente la existencia del censo del cual la misma deriva. Pero el Parlament no sólo mantuvo el estado posesorio, como había hecho la Comisión de Juristas, sino que introdujo unas modificaciones que desvirtúan totalmente su significado, al crear una contradicción entre sus párrafos 1º y 3º de una parte –que señalan que respecto del pago y cobro de las pensiones habrá de atenderse al estado posesorio, el cual se pierde por el transcurso de dos años sin pagar la pensión- con el párrafo 2º -establecedor de que el censatario puede cesar en el pago de las pensiones cuando el censalista no justifique su derecho a la percepción-. Si ello es así, es evidente que no existe estado posesorio, pues se impone al censalista la obligación de justificar su derecho al cobro de la pensión. Por tanto dicho precepto podía haberse eliminado, como también debiera haberse hecho respecto del art. 56, al recoger una figura inusual y complicada, similar a la subenfiteusis.

---

17.- Véase mi trabajo “*La normativa reguladora dels censos i alous en l’actualitat*” publicado en el Boletín XV pag. 307, en el que analizo el tema, concluyendo que, de esta manera, el alodio ha dejado de ser una *res nullius* jurídica.

En esta materia, lo que no hizo la Compilación de 1990 lo ha verificado después la ley 3/2010 de 7 de junio de nuestro Parlament, dictada a propuesta de la Comissió Assessora de Dret civil, dando un plazo de cinco años –que finalizó el 20 de julio de 2015– para acreditar la vigencia de los censos y alodios, la cual se hará constar mediante nota marginal en la inscripción de las fincas enfiteúticas; con la posible cancelación, a petición del interesado, de las inscripciones relativas al censo o al alodio, convirtiendo la inscripción de dominio útil en inscripción de dominio pleno. Como he tenido ocasión de decir en el artículo antes citado, con ello “la sala de mògies s’ha començat a buidar”.

### 11) Sociedad rural (Menorca)

La Compilación de 1990 mantiene el esquema con el que la institución aparece regulada en la Compilación de 1961, sustituyendo, tan solo, la expresión “el cultivador asume la representación de los familiares que con él convivan bajo su dependencia” por la de “el cultivador asume la gestión de los intereses de los familiares que con él conviven”, sustitución absolutamente obligada, dada la “inexacta terminología jurídica del anterior precepto”, según se dice en la exposición de motivos. Todo ello responde a la antigua realidad –no sé si todavía vigente– de que era no solamente el cultivador, sino también su familia, quienes trabajaban en la finca. Asimismo se ha eliminado la trasnochada expresión “cultivador cabeza de familia” sustituyéndola por, simplemente, “cultivador”.

Tanto en la Compilación de 1961 como en la de 1990 llama la atención la parca regulación dedicada a la institución, contrastando con las múltiples variedades y elementos que presenta en su realidad, incluso hoy en día. Y así, nada se dice sobre la forma del contrato, su duración y posibles prórrogas, las participaciones en ganancias y pérdidas, la mota o dotación que aporta el titular de la finca, la extramota, la percepción de la cuota lechera –que ha dado lugar a un importante litigio resuelto por la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/2005 de 14 de enero–, la extinción y liquidación del contrato, con la entrada en juego de “els estimadors”, etc... Evidentemente se considera ello incluido en la remisión que se hace a los usos y costumbres, pero tal vez algunas de las más importantes de éstas hubiera sido plausible incorporarlas al texto legal.

Asimismo parece un poco exagerada la disposición del párrafo 3º del art. 64 según el cual “la sociedad rural no se extingue por el fallecimiento de los consocios, en cuyo lugar quedarán subrogados sus respectivos sucesores”. Debería preverse –cual se hace en un proyecto de ley actualmente en tramitación– que el mantenimiento, en lo que respecta a los sucesores del cultivador, ha de entenderse referido a los que colaboraban con el mismo

en la explotación de la finca y siempre que no se opongan a la continuación del contrato. Y prever, asimismo que, producida la subrogación, cualquiera de las partes podrá desligarse del contrato mediante el oportuno preaviso, aunque respetando siempre la finalización del año agrícola.

12) La no aplicación en Menorca de las normas del Libro I relativas a los contratos sucesorios

Esta no aplicación se basa en las opiniones doctrinales de diversos autores históricos coincidentes en señalar el desuso de la institución. Recuerdo perfectamente como el insigne jurista Miguel Coll Carreras nos explicaba –en una de las reuniones de la Comisión de Juristas redactora del proyecto que dio lugar a la Compilación de 1990– que en la de 1961 ya se opuso a la extensión a Menorca de las disposiciones sobre los contratos sucesorios mallorquines, basándose en la, a su juicio, falta de precedentes históricos y, sobre todo, en el hecho de no tenerse ideas claras sobre la regulación de estas instituciones, a causa del desuso que las mismas venían acumulando.

Pero lo cierto es que las cosas han cambiado. Los pactos sucesorios de definición en Mallorca y de finiquito de legítima en Eivissa se han venido otorgando con bastante habitualidad pues tienen la eficacia práctica que supone eliminar –cuando así interesa a las dos partes– unos futuros derechos legitimarios en base a alguna donación, atribución o compensación que se realiza a favor de quien renuncia a su legítima, habiéndose hecho uso del mismo, particularmente, en los casos de solicitar uno de los hijos la entrega de un capital para acometer una empresa, comprar una farmacia, etc... Además, con estos instrumentos se consigue mantener la indivisión de fincas, compensando los hijos, recíprocamente, la donación que reciben de uno de los padres con su renuncia a la legítima en la herencia de ambos. Por lo que respecta a la donación universal que, en su origen, como los heredamientos, se otorgaba para adscribir a uno de los hijos al patrimonio hereditario, generalmente agrícola, se venía también otorgando –aunque no bajo la forma de donación universal– para proceder en vida a la división del patrimonio hereditario entre los hijos, generalmente con reserva del usufructo por parte de los padres, de tal forma que aquéllos sabían ya, en vida del donante, cuáles de sus bienes serían de su propiedad, pudiendo efectuar en los mismos las inversiones que consideraran procedentes.

Indudablemente ha contribuido a la vitalización de ambas instituciones la ley autonómica 22/2006 de 19 de diciembre que hace tributar a los contratos sucesorios por la vía del impuesto sobre sucesiones, lo cual supone un tratamiento fiscal muy favorable cuando sus otorgantes son parientes

próximos. Ello aparte de la eventual posibilidad de excluir a los bienes donados de la tributación al IRPF como ganancia patrimonial<sup>18</sup>.

Si a todo ello añadimos que los contratos sucesorios solamente los otorgan quienes quieren hacerlo, no afectando en modo alguno a quienes prescinden de los mismos, es obvio que pesan en mayor medida las razones que imponen la posibilidad de su otorgamiento en Menorca. Y así lo ha reconocido la doctrina jurídica de esta Isla. El conocido jurista Josep Maria Quintana, miembro de número de nuestra Real Academia, finaliza el informe que elaboró para la Comisión Académica de Derecho Privado, con estas palabras: “Per dir-ho clarament, i sense entrar en el fons en la regulació que, de la successió paccionada, fa avui la nostra Compilació de Dret Civil, entenc que, en una futura reforma d’aquesta en els termes que proposa l’Acadèmia de Jurisprudència, seria recomenable que a Mallorca i Menorca regissin les mateixes normes que regulen la successió contractual”<sup>19</sup>.

### 13) Instituciones del Libro III (Eivissa y Formentera)

La plasmación en la Compilación de 1990 del Derecho de las islas Pitiusas muestra una técnica legislativa y un orden sistemático que supera con creces al Libro III de la Compilación de 1961, eliminando las imprecisiones y contradicciones de esta última. Así, no quedaba claro en la Compilación de 1961 si la legítima se conceptuaba como *pars bonorum hereditatis* (el art. 79 decía que constituye la legítima de los descendientes la tercera parte del haber hereditario y el art. 80 señalaba que el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia salvo disposición en contra del testador) o como una mera *pars valoris bonorum*, constitutiva de un crédito del legitimario contra la herencia. Además, la no mención entre los legitimarios de los ascendientes dejaba la duda de si su legítima se había eliminado o continuaba vigente por aplicación subsidiaria del Código civil. Todo ello ha sido superado en el actual Libro III, gracias a la plausible aportación que, en el seno de la Comisión de Juristas, realizaron los representantes de las Pitiusas, los compañeros académicos José Cerdá Gimeno y Bernardo Cardona Escandell.

Destaca en el mismo la regulación amplia y detallada que se realiza de una institución que ha sido tradicional en el Derecho propio pitiuso como son los *spòlits*. Mientras en la Compilación de 1961 sólo se mencionaban los

---

18.- Véase mi artículo “¿Es extrapolable a nuestros pactos sucesorios la doctrina fiscal de la STS 407/2016 (Sala de lo Contencioso) sobre la apartación gallega?” Revista *Missèr* 109 abril-junio 2016 pag. 50.

19.- *Los contratos sucesorios en las Illes Balears*. XII Boletín de la Academia pag. 212.



mismos para considerarlos títulos hábiles para pactar el régimen económico matrimonial y para otorgar heredamientos a favor de los hijos nacederos, pasan a ser regulados en la Compilación de 1990 con gran amplitud, estableciendo sus requisitos formales, la capacidad de sus otorgantes, sus efectos y la posible incidencia del divorcio sobre su eficacia. Se regula asimismo una institución también de rica tradición en Eivissa y Formentera como es el usufructo universal capitular, el cual tan solo era aludido en el art. 64 de la Compilación de 1961 como posible pacto de los heredamientos. La regulación recoge los usos tradicionales al que se acomodaba este usufructo, si bien deja en el aire la cuestión de si este usufructo universal a favor del cónyuge viudo quedará extinguido en caso de que contraiga matrimonio o haga vida marital con otra persona.

Se introduce, asimismo, una acertada sistemática en el ordenamiento de las sucesiones, presidida por el principio fundamental de que el testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes. Ello separa totalmente el Derecho sucesorio pitiuso del correspondiente a Mallorca y Menorca. En los capítulos sucesivos se contienen las disposiciones sobre sucesión testada (con remisión al Código civil), a la fiducia sucesoria (restringida a los cónyuges y proyectada hacia la ordenación de la sucesión de los descendientes comunes, a diferencia asimismo de lo que sucede en el Derecho de Mallorca y Menorca), pactos sucesorios y legítimas.

Es de especial interés la normativa dedicada a los pactos sucesorios, ya que, con criterio muy plausible, rompe el esquema de la Compilación de 1961, que tan solo se refería al heredamiento a favor de los hijos nacederos. Por el contrario la Compilación de 1990 establece un sistema abierto de pactos sucesorios, al señalar el art 72.2 que los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que sus otorgantes establezcan. Con ello se da vía libre a los pactos sucesorios no referidos a la universalidad de la herencia sino a bienes concretos de la misma; es decir los pactos de atribución particular o de ordenación de legado, que hoy en día pueden ser de gran interés, en su aplicación a la sucesión en la titularidad de las empresas –particularmente las llamadas empresas familiares o pequeñas empresas–, para su posible conexión con los protocolos familiares, regulados, en cuanto a su publicidad, por el R.D. 171/2007 de 9 de febrero. Es significativo que el legislador autonómico catalán haya roto el esquema de “pacto sucesorio = heredamiento”, para incluir en aquél el que llama pacto sucesorio de atribución particular, referido a bienes concretos de la herencia (art. 431-1 de la ley 10/2008 de 10 de julio).

La actual amplitud de contenido de los pactos sucesorios pitiusos hace que puedan incluirse en el mismo los diversos tipos conocidos de heredamiento (puro, preventivo, prelativo, heredamiento cumulativo a favor de los contraentes y mutual), la donación universal de bienes presentes y futuros, así como cualquier otro que libremente puedan configurar los otorgantes del pacto.

Con buen criterio sistemático se regula el finiquito de legítima –equivalente a la definición de Mallorca– dentro de los pactos sucesorios, estableciendo las características generales de la misma y remitiendo al régimen de la definición mallorquina, en cuanto sea compatible con su función y significado usuales en Eivissa y Formentera. Disposición plausible ya que en modo alguno se pretende imponer una regulación, sino que solo se acude en auxilio de quien tiene que juzgar supuestos en los que ni la ley ni la costumbre pitiusa contienen la norma que deba resolver la cuestión litigiosa. La falta de norma obligaría a acudir a los criterios de equidad, con la inseguridad jurídica que ello comporta. Para evitarlo, resulta atinada la aplicación de otra normativa tan completa y acertada como es la contenida en los arts. 50 y 51 de la Compilación de 1990. Aplicación que se realizaría con la válvula de seguridad que supone su adecuación a los principios del Derecho de Eivissa y Formentera y a las características de su finiquito de legítima.

En la regulación de las legítimas se ha eliminado la disposición del art. 81 de la Compilación de 1961 expresiva de que el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia, hablando el art. 82 de la Compilación de 1990 del derecho del legitimario a una parte de valor, que puede ser concretado en bienes o en dinero, ya que el artículo precedente ha señalado que el obligado al pago de la legítima podrá satisfacerla en dinero, aunque no lo hubiese en la herencia, salvo disposición en contra del testador o instituyente. Se regula con acierto el tema del pago de la legítima, si bien no comparto lo que se dice respecto a la prescripción de la acción para exigir la legítima, al establecer el art. 83.2 un plazo de treinta años. A mi juicio ello es un absurdo –a pesar del precedente romano de la *actio petitio hereditatis*<sup>20</sup>–, pues no es de recibo que, tras 29 años de negligente inactividad del legitimario, se le ocurra entonces reclamar una legítima, siendo su petición admitida por el Tribunal, cuando es posible que los herederos demandados ya hayan fallecido o hayan desaparecido las pruebas en que hubieran podido fundamentar su defensa. Es necesaria una agilización de los plazos de prescripción, a fin de no premiar al litigante negligente en el ejercicio de sus derechos. Tampoco estoy de acuerdo con el mantenimiento de una afección real sobre todos los bienes de la herencia durante el indicado plazo de 30 años. A mi juicio, estas

---

20.- Véase la sentencia de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ 1/2001 de 28 de septiembre.

afecciones reales deberían desaparecer, pues no hacen más que premiar la negligencia del legitimario inactivo. Por otra parte, el legitimario no es sino un acreedor del heredero por el importe de su legítima y no parece que deba gozar de una especial protección por encima de cualesquiera otros acreedores. De esta manera se convierte la afección real en un instrumento de chantaje para exigir el legitimario más de lo que le corresponde.

Por otra parte, la Compilación de 1990 ha despejado la duda sobre la legítima de los ascendientes, reconociendo una legítima de los padres –no de los demás ascendientes, similarmente a lo que ocurre en Mallorca y Menorca,– la cual se rige por los arts. 809 y 810 Cc , por lo que es de cuantía mayor a la prevista en Mallorca y Menorca (la mitad del haber hereditario de los hijos, salvo que concurra con el cónyuge viudo, en cuyo caso será una tercera parte; a dividir entre los dos padres y recayendo íntegramente en el sobreviviente si uno de ellos hubiere fallecido). En cambio, sigue sin figurar entre los legitimarios el cónyuge viudo, no comprendiéndose esta ausencia, pues no queda justificada por el hecho de que era común disponer a favor del cónyuge viudo del usufructo universal de la herencia; es evidente que, de no darse dicha o similar disposición, queda el cónyuge viudo absolutamente desprotegido. Y, además, ello resulta contradictorio con la especial protección que se dispensa al cónyuge viudo en la sucesión intestada, ya que el art. 84, tras remitir al Código civil, señala que, en ella, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes. No hay razón para conceder este usufructo en la sucesión intestada y no hacerlo en la testada, ya que es evidente que, en ella, podrá el testador atribuir su herencia a quien tenga por conveniente sin mención alguna para su cónyuge, quedando éste absolutamente desprotegido.

Se da, además, la circunstancia de que este especial usufructo en la sucesión intestada no deja de plantear problemas. El primero de los cuales es si se mantiene en caso de separación de hecho. Los artículos del Código civil que resultarían aplicables al caso, en la redacción que tenían cuando entró en vigor la Compilación de 1990, nos decían que la llamada del cónyuge viudo a la sucesión intestada no tendría lugar cuando estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 945); por lo que no basta una mera separación de hecho, sino que ha de reunir la misma los condicionamientos que se acaban de expresar. Y el art. 834 nos decía que la concesión al cónyuge viudo del usufructo del tercio destinado a mejora venía condicionada al hecho de que no estuviere separado o lo estuviere por culpa del difunto, con lo cual se introduciría el vidioso tema de quien tuvo la culpa de la separación. En definitiva, creo que en una reforma legislativa futura deben zanjarse estas cuestiones estableciendo unos

derechos legitimarios en usufructo a favor del cónyuge viudo no separado legalmente ni de hecho, sin más precisiones o condicionamientos.

Por otra parte, es de notar que el art. 84 confiere al cónyuge viudo el usufructo de la mitad –o de dos terceras partes– “de la herencia”, lo cual, según ha señalado la doctrina<sup>21</sup> puede plantear la duda de si este usufructo se extiende a toda la herencia –como dice literalmente el precepto– o sólo a la porción de la misma que es objeto de la sucesión intestada, pues, cabe la posibilidad, en Derecho pitiuso, de que el testador haya dispuesto en el testamento, tan solo, de algunos de sus bienes, quedando el resto libre de llamamiento, abriéndose entonces la intestada respecto de dicho resto. El respecto a la voluntad del testador y el *favor testamenti* aconsejan limitar el alcance del usufructo legal a la porción de la herencia que es objeto de la sucesión intestada.

#### IV.- ANÁLISIS DEL FUTURO

Este análisis se proyecta en una doble vertiente: en cuanto al continente y en cuanto al contenido. Por una parte se trata de analizar si se va a mantener la Compilación de 1990, con las lógicas modificaciones que la realidad social, siempre cambiante, puede ir imponiendo, o si, por el contrario, la Compilación va a verse superada por leyes que traten, con profundidad y rigor, las diversas instituciones de la misma; con la posibilidad –que entre nosotros parece bastante remota– de que estas leyes puedan después unificarse en un Código civil propio. Y, por otra parte, es obligado analizar, aunque sea someramente, el posible futuro contenido de estas reformas legislativas. Voy a tratar por separado uno y otro aspecto.

##### 1.- El molde formal. Continente de las futuras reformas legislativas.

La doctrina ha indicado certeramente que las posibilidades que se apuntan, en este punto, son tres: mantenimiento de la Compilación, leyes sectoriales o especiales –que van derogando la misma por venir referidas a instituciones determinadas, estableciendo una regulación más amplia que supera el marco de la Compilación– y avanzar hacia un Código civil comprensivo del ordenamiento jurídico propio<sup>22</sup>. Realmente, los diferentes ordenamientos jurídicos existentes en España nos han mostrado que las

---

21.- Cardona Guasch, *Lecciones de Derecho civil Balear- La sucesión intestada en el libro III* pág 482.

22.- Se sigue el magnífico artículo de Coca Payeras y Vila Ribas titulado “*El Derecho civil balear en el estatuto de autonomía y sus perspectivas de futuro*”, que forma parte de la obra “*El Dret Viscut*”, Palma 2011, obra conmemorativa de los 50 años de la Compilación de 1961.

diversas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio se han apuntado a una u otro tendencia.

Por lo que respecta al País Vasco, la ley 3/1992 de 1 de julio, modificada después por la ley 3/1999 de 26 de noviembre, es significativa al decir, en su exposición de motivos, que “el legislador no se ve obligado a respetar la sistemática y orden de la Compilación de 1959 para Bizkaia y Álava”, por ser un marco demasiado estrecho, al ser necesario incluir instituciones vivas que dicha Compilación ignora. De hecho se abandonó la denominación de Compilación –de poca tradición en el Derecho del País Vasco ciertamente–, pasando a denominarse “Ley del Derecho civil foral del País Vasco”. La reciente ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho civil vasco ahonda en la senda trazada por la anterior ley, estableciendo, por primera vez, un Derecho civil vasco aplicable a todos los vascos y centrado en una regulación común para todo el territorio de la Comunidad Autónoma vasca, basado en la vecindad civil vasca acuñada en el art. 10 de la misma. La nueva regulación recoge principalmente las instituciones sucesorias, aunque también hace referencia a otros importantes elementos, como son las fuentes del Derecho civil vasco, el principio de libertad civil y la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como supremo intérprete de la normativa propia. En realidad, la nueva ley supera el sistema anterior, basado en la Compilación de 1959, caracterizado por la dispersión legislativa y consuetudinaria entre los diversos territorios de la Comunidad Autónoma.

En Galicia, ya la ley 4/1995 de 24 de mayo marcó el camino para sustituir la Compilación por una nueva ley marco, proceso legislativo que ha culminado la ley 2/2006 de 14 de junio, la cual –leemos en su exposición de motivos– se propone desarrollar en todos sus aspectos aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuvieren vivas en el Derecho propio de Galicia, con lo cual acomete la regulación de instituciones no contempladas en los anteriores textos legislativos, como son la protección de menores, la adopción y la autotutela, aparte de otras claramente consuetudinarias derivadas de las relaciones de vecindad, como son la gavia, el resío, la venela y los montes abertales.

Aragón, por su parte, constituye un claro ejemplo de superación del estrecho marco de la antigua Compilación a través del sistema de las leyes sectoriales que la han ido dejando sin contenido. Así ha sucedido con la ley 1/1999 de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte, la ley 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y de viudedad, la ley 13/2006 de 27 de diciembre de derechos de la persona, la ley 2/2010 de 26 de mayo referida a la igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y la ley 8/2010 de 2 de diciembre de Derecho

civil patrimonial. Como se ve, un amplio abanico de leyes fundadas en las instituciones tradicionales pero también en todo lo que muestra conexidad con las mismas.

Cataluña ha mostrado claramente que sus propósitos legislativos no se cifraban tan solo en la superación de la Compilación de 1961, sino que apuntaban hacia un Código civil propio, posiblemente ya previendo una futura secesión, en cuyo caso era de vital importancia tener un ordenamiento jurídico propio y total por el que regirse, evitando la aplicación de la normativa de otra nación, como sería –si es que tal desgraciado evento llega a producirse– el Código civil español. Así lo expresa claramente la ley orgánica 6/2006 de 19 de julio de aprobación del estatuto de autonomía de Cataluña, que atribuía a la Generalitat competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8ª atribuye al Estado. Como han dicho Coca Payeras y Vila Ribas, se ha invertido radicalmente el enfoque: el derecho civil es el derecho civil catalán y, en este ámbito, el derecho del Estado es un derecho civil “especial”<sup>23</sup>.

Ya antes, apareció la ley 29/2002 de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña, con el objetivo de establecer la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del Código civil de Cataluña, señalando el art. 3 los libros que compondrán el mismo, que son seis: , disposiciones generales –contenidas en la indicada ley 29/2002 de 30 de diciembre–, persona y familia –regulados en la anterior ley 9/1998 de 15 de julio–, persona jurídica –materia a la que corresponde la ley 4/2008 de 24 de abril modificada por la ley 7/2012 de 15 de junio– , sucesiones –contempladas por la ley 10/2008 de 10 de julio–, derechos reales –que dieron lugar a la ley 5/2006 de 10 de mayo– y obligaciones y contratos; tema este último todavía huérfano de regulación, posiblemente por las dificultades técnicas que se presentan al establecer las bases de las obligaciones contractuales, de las cuales corresponde al Estado la competencia exclusiva.

Navarra ha venido manteniendo su amplia y extensa Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra aprobada por la ley 1/1973 de 1 de marzo, sin perjuicio de haber aprobado posteriormente modificaciones de la misma –particularmente mediante la ley Foral 5/1987 de 1 de abril– y de haberse dictado leyes civiles especiales referidas a las parejas estables, derechos del paciente, y promoción, atención y protección de la infancia y de la adolescencia.

---

23.- Obra citada pág. 215.

Situación similar es la que encontramos en nuestras Islas, en la que el texto jurídico básico sigue siendo la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears, resultante del Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, que solamente ha sufrido escasas modificaciones, particularmente en materia de causas de indignidad sucesoria y desheredación. Fuera de la Compilación, se ha dictado, en materia de censos y alodios, la importante y acertada ley 3/2010 de 7 de junio de constatación de censos y alodios y extinción de los inactivos, habiéndose legislado, asimismo, en materia de parejas estables, voluntades anticipadas y mediación familiar. En la actualidad está en tramitación parlamentaria un proyecto legislativo de modificación de la Compilación en varios preceptos de la misma, particularmente en materia de sucesión intestada, legítima viudal, sustitución fideicomisaria sobre la legítima en beneficio de las personas con capacidad judicialmente modificada, posible definición entre cónyuges, así como otras materias que van sugiriendo los diversos grupos parlamentarios.

En Navarra e Illes Balears, por tanto, el núcleo duro de nuestro Derecho sigue estando en la Compilación, cuyos preceptos siguen manteniendo su vigencia al no haberse visto afectados por leyes especiales que hayan procedido a su derogación.

Razonando sobre estas tres corrientes, parece preciso rechazar de plano la solución catalana de avanzar hacia un Código civil propio, por no existir en nuestra Comunidad Autónoma estas urgencias separatistas. Con lo cual, entre las otras dos alternativas –mantenimiento de la Compilación y derogación de la misma mediante leyes especiales o sectoriales– no cabe duda de que resulta más lógica esta última, pues la impone la propia estrechez y parquedad de nuestro texto compilado. Pensar que en tres artículos puede regularse la hoy compleja problemática del régimen económico familiar no deja de resultar un absurdo; basta considerar que el *non nato* Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni tiene 61 artículos, con lo que es totalmente imposible su encaje dentro de la Compilación, que dedica al tema tan solo tres artículos.

## 2.- EL núcleo sustantivo. Contenido de las posibles reformas legislativas.

Obviamente solo será posible señalar muy de pasada algunas de estas posibles reformas, a fin de no alargar innecesariamente el presente trabajo. Por otra parte, no se hace preciso dedicar un apartado a la sucesión intestada ni a los censos y alodios, porque ya al tratar de los mismos, en la crítica a la actual regulación, se han reseñado los aspectos que, a mi juicio, deberían ser de obligada modificación en la normativa que los regula. Lo mismo cabe

decir en cuanto a las disposiciones aplicables a Menorca y Eivissa, aparte la consideración de que, en este caso, son los juristas más en contacto directo con la *praxis* de estas islas quienes deben tomar la iniciativa en todo lo concerniente al desarrollo y reestructuración de su Derecho.

Tampoco haré referencia a las reservas hereditarias sino que me remito al trabajo realizado por la Comisión Académica de Derecho Privado sobre la materia, que puede verse en el XIII Boletín de la Academia pag. 291 y siguientes. A diferencia de lo que ha sucedido en otros Derechos civiles territoriales, en los que se ha eliminado toda posible reserva (arts. 182 de la ley 2/2006 de 14 de junio de Galicia y art. 411-8 de la ley 10/2008 de 10 de julio de Cataluña), nuestra Real Academia no se muestra partidaria de la eliminación de las reservas, por entender que responden a una finalidad de estricta justicia, abogando por la conservación de la reserva lineal (art. 811 Cc) y la reserva ordinaria (arts. 968 a 980 Cc), si bien con una nueva regulación que elimine las muchas dudas que los preceptos del Código civil suscitan.

Por tanto, paso a exponer, en los apartados siguientes, las restantes disposiciones e instituciones de nuestro Derecho que deberían conocer, a mi juicio, una importante reforma legislativa.

#### A) Disposiciones generales.

Se echa en falta, en el art. 1 de la actual Compilación, una clara enumeración de las fuentes del Derecho, ya que el precepto se refiere únicamente a la jerarquización entre las fuentes del Derecho nombradas en el mismo; creo que hubiera sido preferible empezar diciendo que las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son las leyes de contenido civil dictadas por nuestro Parlament, las costumbres y los principios generales del Derecho, sin tener que deducir ello, de manera indirecta, del análisis del art. 1 CDCIB. Después podría tratarse, en párrafos o artículos separados, de cada una de dichas fuentes, de su tratamiento jurídico y de la jerarquía con que deben ser las mismas aplicadas.

Sería también plausible que, en esta enumeración y jerarquización de fuentes, constara también el papel que desempeñan las sentencias de la Sala Civil y Penal del TSJ, en la resolución de los recursos de casación sobre materia foral, para *completar* el Ordenamiento jurídico, como dice, con acertadas palabras, el art. 1.6 Cc

Debería dedicarse un precepto separado a la interpretación e integración de nuestro Derecho, en vez de mezclarlo con la jerarquización de las fuentes,



como se hace en el actual art. 1. En esta materia es plausible la referencia que hace el actual párrafo 2º del art. 1 a los principios generales del Derecho y a la tradición jurídica, si bien con algunas matizaciones.

El actual precepto habla de “la tradición jurídica de las islas” y tal referencia no puede entenderse como un traslado de la “tradición jurídica balear” de que trataba la Compilación de 1961, sino como tradición jurídica propia de cada una de las Illes Balears. Sabido es, en este punto, que el Derecho sucesorio pitiuso se ha estructurado en la Compilación de 1961 y en la de 1990 como un ordenamiento totalmente distinto del vigente en Mallorca y Menorca, dado que no rigen en el mismo los principios sucesorios que estructuran y dan soporte al fenómeno sucesorio en estas islas, sobre una base de racionalidad y tradición histórica. E incluso entre Mallorca y Menorca no existe una tradición jurídica uniforme en la materia relativa a los contratos agrarios, dado que sólo en Menorca se da la importante figura de la sociedad rural. Las tradiciones jurídicas, en definitiva, tienen unas bases consuetudinarias, por lo que, históricamente –e incluso en la actualidad- no es fácil que puedan darse estas costumbres similares entre territorios separados por el mar como son nuestras islas. Por ello parece más acertado hablar de la tradición jurídica de cada una de las islas.

Esta tradición jurídica –nos sigue diciendo el art. 1– se nutre de “las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina” que la encarnan. Cuáles sean dichas leyes, costumbres, doctrina y jurisprudencia es algo que se calla el precepto. Por ello no es extraño que nuestro Tribunal de Casación –la Sala de lo Civil y Penal del TSJ– haya acudido siempre, para la fundamentación de sus sentencias, al Derecho romano en la elaboración justiniana. Solo a título de ejemplo, puede decirse que la sentencia 4/2005 de 24 de noviembre se refiere a la posible existencia del modo como elemento accidental del legado dentro del sistema del Corpus Iuris, señalando textos del Digesto, la sentencia 2/2005 de 26 de enero transcribe los rescriptos de los emperadores Diocleciano y Maximiano que hicieron posible en el imperio romano la rescisión de los contratos por lesión *ultra dimidium*, la sentencia 1/2004 de 10 de mayo hace referencia a las disposiciones del Códex 3.36.10 y 3.36.21 y a la Novela 18.7 para fundamentar el principio *favor partitionis*, y la sentencia 1/2003 de 12 de marzo señala que el Derecho aplicable a la sustitución fideicomisaria condicional antes de la Compilación de 1961 eran las disposiciones del Códex 6. 43.3.fr 2 y 3. Por ello, creo que debería haber una referencia expresa al Derecho romano justiniano como elemento de interpretación e integración de nuestro Derecho, ya que nuestros foralistas clásicos –Ripoll y Palou y Pascual González– han proclamado *ad nauseam* la fundamentación del Derecho

de Mallorca en el Derecho romano justinianeo. Es sabido que la doctrina engloba al mismo juntamente con el Derecho canónico en la denominación de *ius commune*, pero lo cierto es que –en lo que respecta a la interpretación e integración de nuestro Derecho– el Derecho canónico es el convidado de piedra, pues no recuerdo sentencia que saque a relucir las Decretales de Gregorio IX u otro de los textos canónicos de histórica importancia.

Por lo que respecta a la aplicación de nuestro Derecho, podría tal vez mejorarse el texto –sin incurrir en excesos inconstitucionales– diciendo que las normas del Derecho civil de las Illes Balears “se aplicarán” –en vez de “tendrán eficacia”, como dice ahora el art. 2– en el territorio de la Comunidad Autónoma, con la lógica excepción de los casos en que, conforme al Derecho Internacional Privado y al Derecho Interregional deba aplicarse otra norma. Toda norma jurídica, desde el momento que ha sido legalmente aprobada “tiene eficacia”. Pero, en este caso, se trata de algo más: de que se aplique, con normalidad y *prima facie*, en el territorio de la Comunidad Autónoma, con las dos excepciones apuntadas.

En una ley referida a las disposiciones generales de nuestro Derecho no debería contenerse ya un texto similar a la Disposición final 1ª de nuestra Compilación, ya que los efectos de la *iuris substitutio* y de la *iuris continuatio* (la sustitución del Derecho civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente a la promulgación de la Compilación de 1961 por los preceptos de la misma, continuando el mismo tan solo como elemento de interpretación e integración), se produjo al ser aprobada la Compilación de 1961, sin que sea en absoluto necesario reproducir la norma en cada una de las leyes que sobre nuestro Derecho se vayan dictando.

El Libro I del Código civil de Cataluña incluye, entre las disposiciones generales, la ordenación de la prescripción y la caducidad, aduciendo, como argumentos sustentadores, lo obsoleta que actualmente resulta la regulación del Código civil, anclado todavía en concepciones romanistas y decimonónicas que establecen unos plazos absurdamente largos, así como el hecho de que, en el Derecho histórico catalán, existen figuras acreditativas del hecho de haber tenido una normativa propia en materia de prescripción, como son el *Usatge Omnes Causae* y el capítulo XLIV del *Recognoverunt proceres*. Por lo que respecta a nuestro Derecho, la doctrina<sup>24</sup>, ha señalado que se pueden acreditar costumbres que permiten al legislador balear la ampliación del contenido de la Compilación incluyendo normas de diversas materias, entre las cuales cita expresamente la prescripción. Ello podría dar lugar a

---

24.- Martínez Cañellas, *Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica* X Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, pag. 83.

una normativa que acortara considerablemente los plazos de prescripción, particularmente en lo que respecta a la prescripción extintiva, pues plazos de más de cinco años, como existen en abundancia en el Código civil, no hacen sino premiar al litigante negligente en el ejercicio de sus derechos y acciones, produciendo también indefensión en el demandado. Si existen plazos de 30 años para la prescripción de las acciones de reclamación de herencia o de legítima, ejercitada la acción en los últimos años del plazo, es posible que el litigante demandado carezca de los medios de defensa que tenía cuando sucedieron los hechos que dieron lugar a la acción ejercitada. En todo caso, no puede dudarse de la competencia de nuestro Parlament para legislar sobre la prescripción de las acciones relacionadas con las instituciones vigentes en nuestro Derecho, en virtud del principio de conexidad consagrado por el Tribunal Constitucional, por lo que creo indudable que sería posible una regulación de la prescripción de las acciones conectadas con nuestras instituciones sucesorias y económico familiares. Y sabido es que, según el art. 149.1.6<sup>a</sup> CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, pero sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

#### B) Régimen económico matrimonial (Mallorca y Menorca). Remisión.

Para no alargar el presente trabajo doy por reproducido mi artículo *Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni*, discurso de inauguración del curso académico 2012/2013, que aparece en el XIV Boletín de la Academia, pág. 23.

#### C) Sucesiones (Mallorca y Menorca).

Indudablemente se trata de la parte de mayor extensión e importancia. Podría dividirse en los siguientes apartados.

##### a) Disposiciones generales y principios sucesorios.

Vendría referido a las cuestiones relativas a la apertura de la sucesión, momento de la delación y de la adquisición de la herencia, su aceptación y la situación previa de yacencia, las tres vías de delación hereditaria y cualquier otra norma referida a la generalidad de la sucesión.

Y en este mismo apartado, en título independiente, deberían, a mi juicio, proclamarse los principios sucesorios, con regulación de la problemática de cada uno de ellos; así, por ejemplo, al tratarse de la institución de heredero se

expondría también lo relativo a las sustituciones vulgar, pupilar y cuasipupilar o ejemplar, como hace el actual art. 14.

En la actual Compilación, hay una referencia expresa a la necesidad de la institución de heredero (art. 14), a su perdurabilidad (*semel heres semper heres* art. 16) y a la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada (art. 7). En cambio no está proclamado el principio de universalidad de la sucesión del heredero, aunque puede perfectamente deducirse de los arts. 15 y 24. Por ello debería figurar dicho principio claramente expresado, para después exponer las consecuencias del mismo en su aplicación a la sucesión.

A mi juicio, estos principios deberían completarse con un quinto principio expresivo del necesario sustrato patrimonial de la condición del heredero: Como sucesor del *de cuius*, llamado a la universalidad de sus bienes –con las consabidas excepciones de las legítimas y los legados–, como responsable de sus deudas y como liquidador normalmente –salvo albacea o contador partidor expresamente nombrado– de su herencia, nuestro Derecho exige que no sea solamente un heredero nominal o virtual, sino que bajo esta condición haya una parte del caudal relicto; y a ello, precisamente, obedecen las instituciones de las cuartas falcidia y trebeliánica. En la regulación de las consecuencias jurídicas de este principio podía tratarse de la cuarta falcidia, cuya normativa sería la de la Compilación de 1990, con las dos matizaciones que se han indicado anteriormente: reducir el excesivo número de legados no reducibles –pues pueden dejar sin efecto la falcidia– y exponer claramente la solución a dar a la concurrencia de falcidia y trebeliánica, que pasa por el hecho de considerar que, en tal caso, la herencia es, simplemente, la cuarta trebeliánica, pudiendo reducir los legados que impidan al sufrido heredero percibir una cuarta parte de esta cuarta.

#### b) Capacidad sucesoria.

Además de las disposiciones generales sobre la materia tendrían aquí acomodo las causas de indignidad y de desheredación, derivadas de la ley 3/2009 de 27 de abril -que modificó la Compilación en esta materia- y que quedaría así derogada por la ley sectorial de sucesiones, regulando específicamente la caducidad de las acciones dirigidas a la declaración de indignidad y las derivadas de la desheredación, así como las consecuencias de la estimación de las mismas.

#### c) Testamentos, codicilos y memorias testamentarias.

En materia de testamentos, debe tenerse en cuenta la necesidad de eliminar la exigencia de los testigos de conocimiento para los casos en que

el Notario no conozca al testador, ya que tiene lugar dicho conocimiento a través de los documentos acreditativos de la personalidad. Por lo que respecta a los codicilos, resulta interesante mantener el juego de la cláusula codicilar, establecida por el art. 17 de la Compilación de 1990, pero eliminar del su regulación la actual posibilidad de que, a través del codicilo, se puedan establecer sustituciones fideicomisarias o de residuo, pues, en ambos casos, hay institución de heredero, lo cual no se aviene con la prohibición de su designación en el codicilo.

En cuanto a las memorias testamentarias, su uso no es insólito en nuestro Derecho, siendo evidente la validez de las mismas, en particular por su posible consideración como codicilo ológrafo; con lo que se deben cumplir los condicionamientos del mismo: han de estar escritas en su integridad y firmadas por el disponente, con expresión del año, mes y día en que se otorgan. Exigencias, por cierto, coincidentes con las expresadas en el art. 672 Cc<sup>25</sup>. De todos modos, sería plausible su regulación en una ley sectorial sucesoria, aunque sin exigir en la nueva regulación la referencia a un testamento anterior –impuesta en el Derecho catalán y navarro, al considerarlas negocios jurídicos *per relationem*–, ya que normalmente quien redacta unas memorias testamentarias no tiene en cuenta esta circunstancia, limitándose a exponer su deseo de que determinados bienes se destinen a la persona que indica.

#### d) Fiducia sucesoria.

La regulación del heredero distribuidor es bastante completa y extensa, con previsión de los variados supuestos que pueden darse en las vicisitudes de la institución. Posiblemente sería plausible la eliminación de algunas disposiciones que se han reseñado al efectuar el análisis crítico; en particular la posibilidad de un distribuidor no heredero, sino legatario del usufructo universal de la herencia, así como la inexistencia de plazo para efectuar la distribución de los bienes hereditarios cuando el testador no lo ha señalado, pues la previsión legal, según la cual se efectuará “al tiempo de su muerte”, puede dar lugar a consecuencias precipitadas que pugnan con la serenidad con la que ha de realizarse la distribución.

#### e) Fideicomisos.

En el curso académico 2015/2016, la Comisión Académica de Derecho Privado ha estudiado el tema de los fideicomisos habiéndose apuntado, entre otras cuestiones, que en la actualidad se disponen con más frecuencia

---

25.- Me remito a mi artículo *Sobre memorias testamentarias y codicilos*, publicado en los Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras, pág.411.

fideicomisos de residuo antes que sustituciones fideicomisarias propiamente dichas, por lo que se apunta que tal vez pueda ser insuficiente la escasa regulación, pues solo uno de los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria –el art. 37– se refiere a la misma; sin que pueda olvidarse, pero, que es aplicable a esta figura todo lo establecido para la sustitución fideicomisaria y, por tanto, y entre otras materias, la formalización de inventario, garantías, delación fideicomisaria, derechos y obligaciones del fiduciario, etc... Por otra parte, en los trabajos de dicha Comisión académica figura un artículo mío, titulado *La sustitución fideicomisaria en las Illes Balears*, en el que se contiene un apartado cuyo título es “Posibles reformas legislativas en la materia”, de próxima publicación en el XVII Boletín de la Real Academia, el cual se da aquí por reproducido.

f) Legados.

En puridad, en materia de legados, la especialidad de nuestro Derecho se resume en la existencia de la cuarta falcidia, la cual, como se ha visto, puede tratarse entre los principios sucesorios si se considera que lo constituye el necesario sustrato patrimonial de la condición de heredero.

Aparte de ello, y dada la evidente conexión de los legados con la cuarta falcidia, podría dedicárseles un apartado en el que se expondría una normativa relativa a las diferentes vicisitudes que se pueden dar en ellos: vías de disposición de los mismos, existencia de varios legatarios de un mismo bien, prelegado, sustituciones en los legados, diferentes tipos de legado, condiciones y términos en la disposición del legado, delación, aceptación y repudiación del legado, formas de entrega del mismo, frutos y riesgos de la cosa legada y, en especial, cuáles deben ser, en su caso, los legados no reducibles por la vía de la falcidia.

g) Legítimas.

Indudablemente entramos en la cuestión más discutida. Hay muchas opiniones a favor y en contra del sistema de legítimas. Entre las primeras es curioso recordar que, antes de existir en Roma la *querela inoficiosi testamenti*, los retóricos, cuando impugnaban ante el Tribunal los testamentos en que no se dejaba nada a los *sui*, basaban la impugnación en que el testamento era obra de un demente, pues solo a un demente se le ocurre dejar sus bienes a un extraño teniendo hijos. En la orilla contraria están las palabras de O’Callaghan, que, abogando por la desaparición de las legítimas, ha dicho que estamos obligados a alimentar, instruir, vestir y educar a nuestros hijos, pero no estamos obligados a hacerlos ricos. Y, además, se da la circunstancia

de que incluso los partidarios de la total eliminación de las legítimas se muestran favorables a mantener unos derechos en usufructo para el cónyuge viudo, similares a los que actualmente constituyen su legítima.

Ello tal vez nos pueda poner en la pista de que entre las posturas extremas –eliminación o mantenimiento absoluto– puede haber posturas intermedias, a las que yo me adscribo, en base a las consideraciones que se van a hacer a continuación.

La legítima del cónyuge viudo debe conservarse, e incluso, a mi juicio, introducirse en sistemas jurídicos que no lo tienen, cual ocurre en el Derecho de Eivissa y Formentera. Por lo que respecta a los derechos legitimarios del cónyuge viudo en Mallorca y Menorca está ya en vía de aprobarse una modificación del art. 45 CDCIB que elimina las cuestiones culpabilísticas en el tema de la legítima, propugnando que si hay separación judicial, pero también de hecho, y sea cual sea la causa de una u otra, no existe derecho a legítima, dado que ésta se basa en la convivencia entre los cónyuges. He indicado asimismo que resulta excesivo el usufructo universal de la herencia que se atribuye al cónyuge viudo en caso de concurrir a la herencia con herederos que no sean descendientes o padres del difunto. Si el cónyuge viudo legitimario es de joven edad, es lo más posible que el heredero no llegue nunca a entrar en posesión de la herencia y, realmente, no se respeta la voluntad del testador, quien nombró un heredero distinto de su cónyuge. Igualmente, si en la sucesión intestada concurre el cónyuge con ascendientes no padres, el usufructo universal a favor de aquél determinaría que el ascendiente heredero –lógicamente de mucha mayor edad– no llegaría a disfrutar nunca de la herencia.

La legítima de los padres (en nuestro Derecho no son legitimarios los demás ascendientes tras la reforma de 1990) ha sido eliminada en los sistemas jurídicos de Aragón, Navarra, Galicia y el País Vasco. En nuestro Derecho la Compilación de 1990 la redujo a la cuarta parte del haber hereditario y son muchos los juristas partidarios de reducirla a la octava parte, e incluso suprimirla, si bien se ha hecho oír la consideración de que tendría derecho a legítima el padre que recibiera alimentos del hijo difunto, por entender que el mismo está en un estado de total necesidad.

Donde está la gran polémica es en lo que respecta a la legítima de los descendientes. Como se sabe, en nuestro Derecho asciende a la 3ª parte de la herencia si son 4 o menos de 4 hijos, o estirpes de ellos, y la mitad si son 5 o más. Realmente parece excesiva. De la misma manera que en el ámbito del Código civil se han levantando voces pidiendo la

disminución de la legítima, ascendente a 2/3 de la herencia al incluir la mejora, también parece excesiva una legítima que comprende la mitad de la herencia. Además de ello la reforma no afectaría a muchas familias, pues hoy en día son excepcionales las familias con 5 hijos o más. De esta forma el causante podría disponer como quisiera de dos terceras partes de la herencia.

Es absolutamente vital introducir nuevas causas de desheredación, en especial una similar a la contemplada por el art. 451-17 del Código de Sucesiones catalán, que considera como tal “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.” Es cierto que la norma puede dar lugar a litigios, pero es mejor que nada. De esta forma el testador se habrá muerto tranquilo sabiendo que ha desheredado al hijo que ha pasado de él olímpicamente.

Y considero que debía *normalizarse* el derecho de crédito que ostenta el legitimario el cobro de su legítima. Simplemente debe ser considerado un acreedor más de la herencia, debiéndose prescindir de los derechos y privilegios que actualmente tiene. Sabido es que la legítima se considera actualmente *pars bonorum hereditatis* teniendo el legitimario derecho a que se le pague con bienes de la herencia –salvo que el disponente autorice el pago en metálico- y no pudiendo los herederos aceptar la herencia hasta que se le hayan entregado los bienes que precisamente quiere percibir en pago de su legítima. Ello, evidentemente, puede dar lugar a los inevitables chantajes. Fue un acierto de la Compilación de 1990 el posible pago de la legítima en dinero, aunque no lo hubiera en la herencia, pero sólo si hay autorización del disponente o de éste y del distribuidor. Pero, mientras tanto, hay una afección real sobre todos los bienes de la herencia.

A mi juicio, la legítima debería ser, en todo caso, una *pars valoris bonorum*, es decir un derecho de crédito contra la herencia. El legitimario no tiene porqué tener una protección especial, cual la supone la imposibilidad del heredero de aceptar la herencia si no se hace el pago de las legítimas y el hecho de que, en caso de pagarse la legítima en dinero, todos los bienes de la herencia estén afectos al pago de la legítima. Además ello es beneficiar al legitimario negligente en la reclamación de sus derechos. Y al posible legitimario chantajista que se prevalece de todo ello para forzar al heredero a dar más de lo que sería justo con tal de salir de esta situación.

Y sería absolutamente necesario que el plazo de ejercicio de la acción fuera breve, terminando con estos absurdos actuales (art. 83.2 CDCIB en



que se habla de un plazo de prescripción de 30 años para la reclamación de la legítima), en que tenemos posibles afecciones reales que se mantienen durante tan largo lapso de tiempo.

No puede ser óbice a todas estas consideraciones el que se diga que el heredero puede dilapidar los bienes de la herencia, no quedando entonces bienes para pagar la legítima. Si no existieran los privilegios que actualmente tiene el legitimario, éste debería actuar con la diligencia que actúan los demás acreedores, y, consiguientemente, interponer su reclamación una vez que se ha constatado que no hay arreglo con el heredero en cuanto a los bienes o cantidad a pagar en concepto de legítima. Una vez deducida la demanda, la anotación preventiva de la misma respecto de las fincas que forman parte del caudal relicto ya determina que el heredero no puede venderlas como libres mientras se sustancia el pleito. Y si el heredero se adelanta a la posible reclamación, vendiendo los bienes de la herencia sin pagar las legítimas, su maniobra sería perfectamente neutralizable tanto por la vía civil –se trata de un supuesto claro de acción rescisoria por fraude– como por la vía penal –constituye un claro delito de alzamiento de bienes–.

El legitimario, como titular de un derecho de crédito contra la herencia, tiene derecho a la tutela judicial efectiva, como lo tienen todos los acreedores, pero no a una tutela judicial efectiva especial y a la carta.

Por lo demás, es de plausible conservación todo cuanto se indica en la Compilación de 1990 sobre preterición, cálculo y pago de la legítima.

#### h) Pactos sucesorios.

Los pactos sucesorios atraviesan una situación de mayor frecuencia en su otorgamiento respecto de antes. Indudablemente a ello han contribuido importantes razones de tipo fiscal según antes se ha visto.

Una nueva regulación sobre los pactos sucesorios en Mallorca y Menorca –si en esta isla se llegan a admitir, cual recomienda la doctrina– debería estructurarse sobre cuatro capítulos, dedicado el primero a las disposiciones generales; el segundo al pacto tradicional y típico de adquisición de herencia, que es la donación universal de bienes presentes y futuros; el tercero al pacto de ordenación de legado; y el último de ellos a la definición, dado el hecho de otorgarse hoy la misma mediante la comparecencia en un solo acto de sus dos otorgantes, habiendo desaparecido las definiciones unilaterales que se venían otorgando antes, en algún caso, por el legitimario exclusivamente (las llamadas definiciones “confesadas” en terminología del Académico Eduardo

Martínez-Piñeiro). Indudables razones de tipo fiscal subyacen también en este fenómeno. Sea como sea, lo cierto es que la definición se configura hoy como un pacto de bilateralidad manifiesta.

Entre las disposiciones generales podría tratarse del concepto de pacto sucesorio; la capacidad para su otorgamiento y legitimación, estando sólo legitimados las personas con vecindad civil mallorquina –y, tal vez, menorquina, en el futuro– para otorgarlos como donante universal, ordenante del legado o receptor de la renuncia en el caso de la definición; el contenido y la necesaria publicidad que ha de darse a los pactos sucesorios; la posibilidad de modificación y resolución de los mismos si hay mutuo acuerdo de sus otorgantes; y los supuestos excepcionales en que podría quedar sin efecto una de las esenciales características de los pactos sucesorios, cual es su irrevocabilidad.

La facultad revocatoria, referida a los casos de donación universal y pacto de ordenación de legado, se configuraría como una declaración en tal sentido manifestada por el donante universal u ordenante del legado en escritura pública, siendo comunicada fehacientemente a los demás otorgantes del pacto. Sólo en caso de manifestar éstos su oposición, debería el revocante ejercitar la acción judicial en el plazo breve que al efecto se fije. Al lado de la revocación se situaría la posible nulidad de los pactos sucesorios, que tendría lugar en los supuestos de no corresponder a ninguna de las tres clases apuntadas, no tener los otorgantes la capacidad o la legitimación exigidas, no cumplir el requisito de forma de la escritura pública en su otorgamiento y haberse otorgado sin consentimiento, o con consentimiento gravemente viciado, sin causa o con causa ilícita. Asimismo deberían exponerse las condiciones de ejercicio de la acción de nulidad. Tanto la revocación como la nulidad irían seguidas de preceptos expresivos de los efectos de la revocación y de las consecuencias de la nulidad.

En la regulación de la donación universal de bienes presentes y futuros –único pacto de adquisición de herencia posible– se haría mención del concepto de la misma; de sus efectos contractuales en cuanto a los bienes expresamente descritos o mencionados en la donación universal, quedando el resto de los bienes, así como los bienes futuros –los que obtenga a partir de entonces el donante universal– a la entera disposición del mismo, con plenas facultades dispositivas *inter vivos* y *mortis causa*, si bien en este último caso la disposición debería ser mediante codicilo. Es obvio que estas facultades dispositivas *mortis causa* se refieren a bienes concretos y nunca a la facultad de designar heredero, ya que se ha nombrado como tal al donatario universal en el propio pacto sucesorio, habiéndose aceptado

tal designación por el donatario universal. Ello veda la posibilidad de nuevas donaciones universales en el futuro. En cambio, puede darse, en el otorgamiento de la donación universal, una pluralidad de donatarios universales, cada uno de los cuales adquirirá los bienes expresamente indicados en la donación universal y podrán entrar en la herencia, según lo que se haya dispuesto, de manera simultánea o sucesiva; en este segundo caso no podrán sobrepasarse los límites de la sustitución fideicomisaria ni podrá detraerse la cuarta trebeliánica de no haberse pactado expresamente. Sería procedente dedicar asimismo los correspondientes preceptos a la premoriencia del donatario universal, a las facultades de distribución y al aplazamiento de la efectividad de la donación universal.

Es indudable que en la regulación de los pactos sucesorios debe también perverse el posible otorgamiento de los referidos a bienes concretos, ya que ello puede ser de interés en la sucesión en la titularidad de las empresas –particularmente las llamadas empresas familiares o pequeñas empresas–, para su posible conexión con los protocolos familiares, regulados, en cuanto a su publicidad, por el R.D. 171/2007 de 9 de febrero. Al igual que se hizo en la Compilación de 1990 en el Derecho de Eivissa y, más recientemente, en el Código de Sucesiones Catalán (art. 431-1 de la ley 10/2008 de 10 de julio), sería conveniente la admisión de dicho pacto en el Derecho de Mallorca –y, en su caso, en el de Menorca– regulando su concepto, sus efectos, la indisponibilidad del bien legado una vez otorgado el pacto y la responsabilidad del heredero en caso de pérdida (por haber dispuesto de él el ordenante o por caso fortuito), gravamen o menoscabo del bien legado. Deberían asimismo señalarse los efectos revocatorios del pacto, en cuanto al bien específicamente legado, dejando sin efecto, en cuanto al mismo, los testamentos y codicilos anteriores y condicionando los posteriores, que no podrán hacer referencia al bien legado.

Finalmente, dentro del título dedicado a los pactos sucesorios debería incluirse un capítulo relativo a la definición. La consideración de la misma como pacto sucesorio está fuera de toda duda, ya que así lo proclaman claramente las palabras con las que comienza el art. 50 CDCIB. Por ello su emplazamiento propio debe ser entre los pactos sucesorios –como se hace en el Libro III– y no en el régimen de la legítima; aparte de la posible existencia de una definición no limitada a la legítima. La regulación de la definición como pacto sucesorio podría tomar como base el actual contenido de los arts. 50 y 51 CDCIB. A lo cual podrían añadirse las cuestiones relativas a la premoriencia del definido, a la onerosidad del contrato –que eliminaría, a mi juicio, las posibilidades revocatorias del mismo por cualquier circunstancia– y a la posible reducción de las donaciones que se hicieron al renunciante al

otorgarse la definición en caso de que perjudicaran las legítimas, ya que, de no considerarse así, la definición sería una posible maniobra a realizar por quien quiera favorecer especialmente al definido y privar de su legítima a los demás legitimarios.

## V.- CONCLUSIÓN.

Se ha citado en muchas ocasiones el refrán japonés expresivo de que *la más larga caminata comienza por un primer paso*. Pues bien, la caminata que nos debe conducir a una normalización de un Derecho civil propio plenamente desarrollado y capaz de dar respuestas a las incesantes demandas de las siempre cambiantes realidades sociales, comenzó con un primer paso, que tuvo el alcance de fijar el contenido del mismo, con las limitaciones y carencias impuestas por las circunstancias de la época; me estoy refiriendo a la Compilación de 1961. A este primer paso siguió otro que fue de verdadera importancia, porque dio a nuestro Derecho la consideración de ordenamiento jurídico propio, con sus fuentes y sus principios generales que dan cohesión al sistema y amplió considerablemente la regulación de las principales instituciones; me refiero a la Compilación de 1990. Ahora lo que los juristas y la sociedad civil, en general, demandan es dar nuevos pasos en esta larga caminata para conseguir que nuestro Derecho se presente como absolutamente normalizado y atemperado a la realidad social. Aunque lo acaecido en nuestra Comunidad Autónoma desde 1990 no invite a ser, precisamente, optimistas, nunca debemos desesperar. Como dijo Victor Hugo, el alma tiene ilusiones como el pájaro alas; ésto es lo que la sostiene.

# V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA DEL PROFESOR DR. DON JOAN OLIVER ARAUJO

## V. 1. LAS BARRERAS ELECTORALES (GOBERNABILIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD)<sup>1</sup>

Joan Oliver Araujo

**SUMARIO:** 1. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS BARRERAS ELECTORALES: 1.1. Concepto de barrera electoral. 1.2. Naturaleza jurídica de las barreras electorales. 1.3 Finalidad de las barreras electorales.— 2. LAS BARRERAS ELECTORALES EN EL DERECHO ESPAÑOL. 2.1. Elecciones en las que se utilizan las barreras electorales. 2.2. Elecciones en las que no se utilizan las barreras de exclusión. 2.3. Las barreras electorales se computan sobre los “votos válidos” emitidos.— 3. LA BARRERA ELECTORAL ESTABLECIDA PARA LAS ELECCIONES AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 3.1. Alcance y efectividad real de la barrera establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados. 3.2. Motivaciones de una barrera electoral “casi” ineficaz.— 4. LAS BARRERAS ELECTORALES UTILIZADAS EN LAS ELECCIONES DE LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS. 4.1. Caracterización general de las barreras electorales autonómicas. 4.2. Clasificación de las barreras electorales autonómicas atendiendo a su nivel de exigencia. 4.3. La modificación de la barrera electoral en numerosas Comunidades Autónomas: argumentos jurídicos invocados y objetivos políticos silenciados. 4.4. Alcance y efectividad real de las barreras establecidas para las elecciones de los Parlamentos autonómicos.— 5. LA BARRERA ELECTORAL FIJADA PARA

---

1.- Por razones de espacio, solo se publica en este *Boletín* una síntesis de mi “discurso de ingreso” en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares. El texto íntegro puede consultarse en OLIVER ARAUJO, Joan: *Las barreras electorales (governabilidad versus representatividad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LAS ELECCIONES DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS ENTES LOCALES. 5.1. La barrera electoral en las elecciones municipales. 5.2. La barrera electoral en las elecciones de los Cabildos Insulares canarios. 5.3. La barrera electoral en las elecciones de los Consejos Insulares de Baleares. 5.4. Alcance y efectividad real de la barrera establecida para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales.— APÉNDICE: ABREVIATURAS UTILIZADAS.

## 1. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS BARRERAS ELECTORALES

### 1.1. Concepto de barrera electoral

Las denominaciones “barrera electoral”, “barrera legal”, “cláusula de exclusión” o “tope electoral” se utilizan, indistintamente, para designar aquellas cláusulas en virtud de las cuales *se establece el porcentaje mínimo de votos* que debe lograr una candidatura (esto es, una lista electoral) para participar en la distribución de los escaños que están en disputa<sup>2</sup>. En palabras de Ríos Rull<sup>3</sup>, podemos definir la barrera electoral como “aquel límite, impuesto por la legislación electoral, establecido en un determinado porcentaje de votos que impide a las candidaturas que no lo superen el acceso al reparto de escaños, según el modo de escrutinio proporcional adoptado”. Dicho en otros términos, es el número mínimo de votos que deben superar las candidaturas, que concurren a unas elecciones con criterios de reparto proporcional, para poder participar en el reparto de escaños. De tal manera que, “de no alcanzar aquel número de sufragios exigido, quedan excluidas de la representación, aun cuando según la fórmula electoral” —y de no existir dicha cláusula— tuvieran derecho a la adjudicación de uno o varios escaños. Como ha señalado sintéticamente el Tribunal Constitucional, en dos sentencias recientes<sup>4</sup>, por barrera electoral debe entenderse “la fijación normativa de un determinado porcentaje de sufragios para acceder a la fase de distribución o adjudicación de escaños”.

---

2.- Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA COUSO, Susana: “La barrera electoral”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 52, 2001, esp. págs. 182-184.

3.- Cfr. RÍOS RULL, Fernando: “Barreras de exclusión en los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas”, en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 721 y 727-728.

4.- STC 197/2014, de 4 de diciembre (Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RÉ), *BOE* de 13 de enero de 2015, fund. juríd. 7.c; y STC 15/2015, de 5 de febrero (Ponente: Andrés OLLERO TASSARA), *BOE* de 2 de marzo de 2015, fund. juríd. 8.a.

Los destinatarios de la barrera electoral son, sin duda, los partidos pequeños, pues la mera incorporación al ordenamiento jurídico de esta cláusula de exclusión desalienta su concurrencia a los comicios y, caso de concurrir, condiciona el ánimo con que abordarán la campaña electoral que precede a la votación, al sentir aquella cláusula como una pesada losa que pesa sobre ellos, que difícilmente podrán levantar. Además, es muy posible que los potenciales votantes de estas formaciones políticas pequeñas se dejen seducir por las llamadas, que hacen los partidos grandes, al “voto útil” o que ellos mismos decidan hacer un “voto estratégico”. Con gran fuerza expresiva, el profesor Martínez Sospedra<sup>5</sup> afirma que si se aplicara a los partidos políticos la legislación sobre la competencia que se aplica a las sociedades mercantiles, “es muy probable que la calificación de un instituto como la barrera electoral oscilara entre el «abuso de posición dominante» y las «prácticas restrictivas de la competencia». Lo primero porque la barrera es sostenida por los partidos grandes contra los pequeños, en cuyo perjuicio opera por razones obvias; lo segundo porque, al tener el efecto señalado, erosiona la posición de los partidos menores que no tengan la certeza de superar la barrera en el ámbito en el que se aplica e impide el acceso al «mercado político» de «empresarios» nuevos. Si se desea abandonar esa terminología —sigue afirmando el catedrático de la Universidad CEU-Cardenal Herrera—, podríamos afirmar que la barrera restringe la competencia política potencial —y, mediante ella, minorla actual— al dificultar la introducción de nuevos actores en el área de competencia política efectiva”. Además, no puede olvidarse que somete a una constante inseguridad a aquellos partidos que, aunque normalmente superan la barrera electoral, están muy cerca de ella, lo que fragiliza su imagen y debilita sus expectativas, siempre al albur de algún pequeño cambio en los vientos electorales.

El *Derecho comparado* nos ofrece un variado escaparate de cláusulas de exclusión. En algunos ordenamientos jurídicos el porcentaje de votos necesario para superar la barrera debe calcularse sobre los emitidos en la circunscripción que se está considerando (v.g., España), en tanto que en otros el porcentaje se exige sobre los votos emitidos en todo el Estado (v.g., Alemania)<sup>6</sup>. En algunos ordenamientos la cláusula de exclusión es muy baja (v.g., Israel, el uno por ciento), en cambio en otros es muy elevada (v.g., Turquía, el diez por ciento). En algunos países el porcentaje de apoyos demandado para superar la barrera

---

5.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas de barrera en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho*, núm. 678-679, 2001, pág. 1.955.

6.- De todos modos, en la República Federal Alemana también es posible *saltar* la barrera electoral, que permite participar en el reparto *general* de escaños, obteniendo tres diputados directos en distritos uninominales. Cfr. SARTORI, Giovanni: *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pág. 154.

es fijo (v.g., Israel), mientras que en otros es variable, en función de si se trata de un partido de implantación estatal o solo regional, o de si la candidatura electoral la presenta un partido solo o coaligado con otros (v.g., Rumania, que demanda el cinco por ciento de los votos, si concurre a las elecciones un partido en solitario, o un porcentaje mayor variable que depende del número de partidos coaligados)<sup>7</sup>. De hecho, como ha afirmado el profesor Fernández Segado<sup>8</sup>, el “rasgo fundamental” de la barrera electoral no es tanto el nivel cuantitativo en que se establece (el tres, el cuatro, el cinco o el seis por ciento de los votos emitidos) “como el ámbito territorial sobre el que ha de verificarse el cómputo: a nivel de circunscripción o a nivel nacional”. De todas maneras, conviene advertir, ya desde un principio, “que el cómputo a nivel nacional (o federal) puede plantear serios problemas en aquellos países con fuerzas políticas de implantación regional que, por su relevancia en este nivel, deben tener —a nuestro juicio— presencia parlamentaria, y que podrían quedar excluidas del Parlamento de verificarse el cómputo a nivel nacional. Un problema de esta naturaleza se suscitara con toda intensidad en España de alterarse el ámbito del cómputo”, siendo desde luego imprescindible fijar barreras alternativas para las fuerzas políticas regionalistas o nacionalistas, que deberían computarse exclusivamente en el ámbito territorial en el que limitan su contienda electoral<sup>9</sup>. No podemos olvidar, sin embargo, que algún ordenamiento jurídico, como el turco, busca con su barrera electoral —del diez por ciento de los votos a nivel estatal— precisamente lo contrario: dejar fuera de la Asamblea Nacional a los partidos nacionalistas kurdos.

Las barreras electorales solo se utilizan en los sistemas de reparto *proporcional*, pues en los sistemas mayoritarios, por su propia naturaleza, las minorías se ven excluidas del reparto de escaños (que es un privilegio reservado al partido vencedor y, en todo caso, al segundo partido)<sup>10</sup>. Ciertamente, los porcentajes mínimos de exclusión son una técnica que solo tiene sentido “en aquellos sistemas electorales basados en criterios proporcionales, ya que en los mayoritarios es de suyo que únicamente obtengan representación los candidatos o candidaturas más votados”. Por ello, es totalmente lógico que las barreras electorales aparezcan con el

---

7.- Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco: “El sistema electoral en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado y sus posibles reformas”, en el libro colectivo *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho electoral* (director: Fabio Pascua Mateo), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 244.

8.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La representatividad de los sistemas electorales”, en su obra *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, pág. 66.

9.- *Ibidem*, pág. 68.

10.- Cfr. RÍOS RULL, Fernando: “Barreras...”, *op. cit.*, pág. 721.



establecimiento de los primeros sistemas proporcionales a mediados del siglo XIX, aunque no se generalizaron hasta principios del siglo XX<sup>11</sup>, como una de las técnicas del llamado *parlamentarismo racionalizado*<sup>12</sup>. En la actualidad, son numerosos los Estados con sistemas electorales proporcionales que, con grados de dureza muy dispares, han incorporado barreras de exclusión (v.g., Alemania, España, Portugal Suecia, Dinamarca, Holanda, Rusia, Polonia, Rumanía, Liechtenstein, Turquía, Israel, Argentina y Uruguay).

Por efecto de las barreras, los sistemas electorales que incorporan dichas cláusulas —antes de aplicar la fórmula electoral a los resultados producidos— excluyen del reparto de escaños a aquellos partidos que no han logrado superar un número mínimo de votos (los “partidos astillas”, en la terminología de Loewenstein<sup>13</sup>). Las barreras electorales, como hemos visto, “van dirigidas a limitar el acceso de listas de candidatos al reparto de escaños si no han superado un número de votos predeterminado. Por ello, las barreras otorgan *la idoneidad* a las listas de candidatos para acceder al reparto de escaños”<sup>14</sup>. Con una “claridad no exenta de crueldad”, tanto el artículo 163.1.a de la LOREG como el artículo 180 de la misma norma afirman que “no se tienen en cuenta” o “no son tenidas en cuenta” (es decir, que son despreciadas) aquellas candidaturas que no alcancen, al menos, la cuota electoral mínima establecida<sup>15</sup>. Los más perjudicados por estas barreras son normalmente los partidos de nueva creación, pues “se han convertido en un fenómeno extremadamente raro las avalanchas electorales que reflejen una transformación profunda” en la voluntad de los ciudadanos<sup>16</sup>. Ello, en lógica consecuencia, beneficia a los partidos ya consolidados y al mantenimiento del *statu quo*.

Como hemos afirmado, cualquier partido político que supere la barrera electoral tiene posibilidades legales de obtener alguno de los escaños que se

---

11.- *Ibídem*, pág. 720.

12.- Cfr. HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan: “Artículo 8”, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias* (director: Javier Varona Gómez-Acedo), Instituto Canario de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 50.

13.- Cfr. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 341.

14.- Cfr. RÍOS RULL, Fernando: “Barreras...”, *op. cit.*, pág. 727 (la cursiva es nuestra).

15.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “La sombra de las *political questions*. Notas críticas sobre las STC 197/2014 y 15/2015 sobre las normas electorales para la elección de las Cortes de Castilla-La Mancha”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 28, 2015, pág. 97.

16.- Cfr. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 341. El fenómeno de *Podemos* en España (que, en un par de años, ha conseguido un porcentaje de apoyos muy estimable) puede considerarse la excepción que confirma la regla.

disputan en la circunscripción; cuestión distinta es que lo obtenga realmente, lo que ya dependerá del número de votos obtenidos. Por ello, cercano al concepto de “barrera electoral” —y, en ocasiones, confundido con él— se encuentra el que parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional denominan “*umbral electoral*”. Este, que es un número *de facto* no *de iure*, puede definirse como el porcentaje mínimo de votos necesario para obtener *efectivamente*, al menos, uno de los escaños que están en liza en la circunscripción. Mientras que “la barrera electoral impide el acceso de la candidatura a la fase de distribución de escaños, el umbral permite que la candidatura acceda, pero le sitúa en la posición de quien, accediendo a la fase de asignación de escaños, carece de posibilidad de alcanzar alguno”. En tanto que la barrera electoral es “siempre expresa, el umbral es siempre tácito”<sup>17</sup>. En tanto que la barrera electoral se sabe exactamente cuál es antes de las elecciones (pues viene fijada normativamente), el umbral electoral solo se puede calcular *a priori* de forma aproximada o hipotética (pues dependerá, además de factores fijos —como la magnitud de la circunscripción y la fórmula proporcional empleada—, de factores variables —como el número de partidos políticos que se presenten a los comicios y la aglutinación o dispersión del voto que emitan los electores—). Solo tras la celebración de las elecciones y efectuado el recuento de votos se podrá saber con exactitud cuál ha sido el umbral electoral (es decir, el porcentaje de votos que ha costado realmente el último escaño de los que estaban en disputa en la circunscripción considerada). Todos los sistemas electorales, independientemente de que tengan o no tengan establecidas barreras electorales, siempre tienen umbrales para lograr representación.

Que el umbral electoral depende de varias circunstancias es, como acabamos de indicar, evidente y el Tribunal Constitucional<sup>18</sup> lo subraya con razón para apoyar su argumentación. Sin embargo, conviene destacar un dato especialmente relevante en este punto: “La constatación de que la variable «tamaño» tiene un rol mucho más importante que los demás elementos a la hora de determinar el umbral de exclusión en un determinado distrito. La mera alegación según la cual el umbral depende de la interacción entre diversos componentes del sistema en nada obsta a que entre ellos «el tamaño» desempeña”, con diferencia, el papel fundamental<sup>19</sup>. Cuanto menor sea la circunscripción, mayor será el umbral electoral y, viceversa, cuando mayor sea la magnitud del distrito (esto es, el número de diputados que elige)

---

17.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “La sombra...”, *op. cit.*, pág. 98.

18.- STC 197/2014, *cit.*, fund. juríd. 7º.a; STC 15/2015, *cit.*, fund. juríd. 8º.

19.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “La sombra...”, *op. cit.*, pág. 98.

menor será el umbral electoral<sup>20</sup>. Si todos los otros elementos del sistema permanecen inalterados, el umbral será bajo cuando el número de escaños a repartir sea alto y, cuando estos disminuyan, el umbral irá incrementando su dureza. De hecho, desde la publicación de la —ya clásica— obra de Douglas Rae *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*<sup>21</sup>, se acepta sin discusión que —entre los elementos de un sistema electoral— el que tiene mayor peso en el reparto de los escaños es el tamaño de la circunscripción.

## 1.2. Naturaleza jurídica de las barreras electorales

El profesor Martínez Sospedra<sup>22</sup>, con voluntad de diseccionar la *naturaleza jurídica* de las barreras electorales, comienza definiéndolas como “la exigencia dirigida a las formaciones políticas de obtener un apoyo electoral mínimo predeterminado, de tal modo que alcanzarlo *supone ser tenido en cuenta*, esto es, entrar en la fase de atribución de escaños, y no alcanzarlo supone la exclusión, determinada *ex lege*, de ser tomado en consideración” al efecto de determinar la composición de la Cámara. De este modo, no lograr el porcentaje mínimo, priva de representación a las candidaturas que se encuentren en tal situación<sup>23</sup>. A partir de aquí, el profesor Martínez Sospedra aborda el análisis de *cinco* aspectos<sup>24</sup>:

1. *La determinación de un mínimo apoyo electoral*. Es, sin duda, la “pieza esencial y, al mismo tiempo, más visible de las cláusulas de cierre o barrera”. Los partidos políticos (o, más correctamente, las candidaturas) que igualan o superan el porcentaje mínimo de votos exigido son admitidos a la fase de aplicación de la fórmula del reparto de escaños; por el contrario, los que no alcancen dicho mínimo son inadmitidos a dicha fase del procedimiento electoral, todo ello *ope legis*. En la terminología que utilizan nuestras normas

---

20.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El régimen jurídico electoral del Perú”, en *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, págs. 814-815.

21.- Ediciones CITEP, Madrid, 1977.

22.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 1.917.

23.- Subrayando la importancia de este efecto excluyente de los pequeños, Josep Maria QUINTANA PETRUS (*Discurs de resposta al d'ingrés de l'Il·lustríssim Sr. Joan Oliver Araujo a la Reial Acadèmica de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears*, Palma, pronunciado el 28 de noviembre de 2016, pág. 5 del texto mecanografiado —todavía inédito, aunque de inminente publicación—) ha escrito: “No es, pues, un elemento sin importancia, la barrera electoral, ya que marca *un corte en el recuento de votos* que se convierte en determinante para que la candidatura sea tenida en cuenta o, muy al contrario, para que los votos que esta ha obtenido sean despreciados. Poca broma, por tanto, con esto de la barrera” (la traducción del catalán y las cursivas son nuestras).

24.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, págs. 1.917-1.920. En tanto no se indique lo contrario, las citas de este epígrafe han sido tomadas de este trabajo.

electorales, “quienes igualan o superan el porcentaje establecido «son tenidos en cuenta» a los efectos del reparto de escaños, quienes no lo alcanzan «no son tenidos en cuenta», fueren cuales fueren sus oportunidades de alcanzar representación”. Al cerrarles el paso a la fase del procedimiento electoral en la que se lleva a cabo la atribución de los escaños en disputa, las barreras electorales producen dos efectos: de un lado, las candidaturas que no superan la barrera “carecen de posibilidad legal de acceder a la representación; del otro, se produce una esterilización de los votos emitidos a favor de las candidaturas excluidas por ministerio de la ley” y, precisamente, por motivo de dicha exclusión.

2. *La capacidad de exclusión.* Las barreras electorales solo tienen “sentido cuando y en la medida en que tienen capacidad de exclusión”. Lo que implica que, para ser eficaz, la barrera debe ser “mayor que el umbral a partir del cual es factible obtener representación parlamentaria”. Con una franqueza poco usual, lo expresa el legislador español: “No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido...” (art. 163.1.a LOREG).

3. *La privación de representación por ministerio de la ley.* El efecto primero e inmediato de la capacidad de exclusión de las barreras electorales puede formularse diciendo que las candidaturas que no logran el porcentaje de apoyo popular demandado por la ley “quedan privadas de acceso a la representación parlamentaria”. Lo que significa que el o los escaños a los que un partido político tendría derecho, de conformidad con la fórmula electoral de reparto, “se evaporan al impedir la ley el acceso del partido a la fase de distribución”.

4. *Las primas a los partidos “que se tienen en cuenta”.* Además del efecto inmediato al que nos acabamos de referir, las barreras electorales tienen —fruto de su referida capacidad de exclusión— un efecto mediato: la prima en escaños a los partidos que sí consiguen superar la barrera. El motivo es obvio. El escaño o los escaños que hubieran correspondido a las candidaturas excluidas del reparto no desaparecen, sino que van a incrementar el número de escaños a distribuir, según la fórmula proporcional establecida, entre las candidaturas que sí han tenido apoyos populares por encima del porcentaje legalmente establecido. Por tanto, no solo tiene el indicado efecto de exclusión, “sino que, además, al aumentar el número de puestos que se reparten efectivamente entre las formaciones que hayan superado dicha barrera, opera como un mecanismo productor de primas positivas”, de sobrerrepresentación de estas últimas. A ello también

se refiere de forma clara el profesor Razquin Lizarraga<sup>25</sup>, al afirmar que las barreras electorales “favorecen indirectamente a las fuerzas que más votos han recibido”, por cuanto que los escaños no asignados a los partidos políticos excluidos por la barrera se distribuyen “entre los que han superado el porcentaje mínimo exigido”.

5. *La ablación del contenido esencial del derecho de sufragio activo*<sup>26</sup>. A juicio del profesor Martínez Sospedra, los votos emitidos a favor de candidaturas excluidas no solo es que carecen de valor de resultado (no otorgan escaños), “es que tal valor de resultado no puede existir, porque una parte del valor inicial del voto (el «ser tenido en cuenta») se desvanece por mor de la barrera electoral. Se produce la ablación del derecho de participación” por medio de la amputación “de una parte esencial del *ius suffragii*”. Es más, a su entender, “la ablación del contenido esencial del derecho de voto de los ciudadanos que tuvieran la mala fortuna de votar candidaturas minoritarias es un presupuesto necesario, no un daño colateral: sin ella no puede haber exclusión, privación ni prima”<sup>27</sup>.

La barrera electoral, por su propia esencia y naturaleza, divide las candidaturas concurrentes en dos grupos: las que superan el porcentaje de votos que aquella exige, que son tomadas en consideración para el posterior reparto de escaños; y las candidaturas que no logran superar la barrera, que no son tomadas en consideración para dicha distribución. Es una diferencia de trato “lesiva para los intereses de los candidatos minoritarios, que se ven privados de acceder a la representación al ser privados de la fase de asignación de escaños”. La diferencia de trato, como se ha subrayado<sup>28</sup>, “consiste en la exclusión de los pequeños, de quienes son menos votados, precisamente porque lo son”, y esta exclusión supone, y no puede dejar de suponer, un “resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas”<sup>29</sup>.

---

25.- Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: “Elecciones y gobernabilidad”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, 1999, pág. 293.

26.- Este es —para nosotros— el punto más discutible de la construcción elaborada por el profesor Martínez Sospedra. De hecho, está en clara contraposición con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la casi totalidad de la doctrina española.

27.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, págs. 1.917-1.920.

28.- *Ibidem*, págs. 1.949-1.950.

29.- STC 173/1994, de 7 de junio (Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), *BOE* de 9 de julio de 1994, fund. juríd. 3º.

### 1.3. Finalidad de las barreras electorales

Con la introducción de una barrera electoral se persigue, como se ha señalado reiteradamente, limitar y racionalizar el número de partidos con acceso al Parlamento, al objeto de evitar su excesiva fragmentación<sup>30</sup> y, de esta manera, poder formar —sin grandes dificultades— un Gobierno estable y eficaz (lo que, *a priori*, resulta más difícil de lograr cuando este necesita del apoyo de varios partidos políticos para poder aprobar sus propuestas en el Parlamento). En este sentido, los profesores De Esteban Alonso y López Guerra<sup>31</sup> afirman que las barreras electorales son “dispositivos correctores” del excesivo fraccionamiento partidista; el profesor López Aguilar<sup>32</sup> subraya que combaten la “excesiva atomización de la representación”; los profesores Álvarez Conde y García Couso<sup>33</sup> ponen de relieve que atenúan la proporcionalidad; y, en fin, el profesor Sierra Rodríguez<sup>34</sup> indica que favorecen “la gobernabilidad pese a reducir la representación de las minorías”. A modo de ejemplo ilustrativo, podemos recordar que Polonia estableció una exigente barrera electoral tras comprobar que “el sistema proporcional empleado en 1991, en la primera fase de la transición desde el comunismo a la democracia, abrió el acceso a treinta partidos a la Asamblea. Tras establecer una barrera del cinco por ciento de los votos nacionales a los partidos que se presentasen solos y del ocho por ciento a los partidos que se coaligaran, el número de partidos electos cayó a siete en 1993 y a cinco en 1997”<sup>35</sup>.

La doctrina alemana “reconoce que, en interés de la formación de Parlamentos eficaces y de posiciones gubernamentales estables, es lícita la

---

30.- Dicho con palabras del profesor Ignacio LAGO PEÑAS [*El voto estratégico en las elecciones generales en España (1977-2000). Efectos y mecanismos causales en la explicación del comportamiento electoral*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, pág. 27], “los sistemas electorales tienen efectos —reductores— sobre la competición partidista” cuando se establecen “explícitamente altas barreras de entrada o exigentes umbrales legales”.

31.- Cfr. DE ESTEBAN ALONSO, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis: “Entre la Ley para la Reforma Política y la Ley Electoral: Análisis del referéndum de diciembre de 1976”, en *El proceso electoral* (director: Jorge de Esteban Alonso), Labor, Barcelona, 1977, pág. 375.

32.- Cfr. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario: la *insoportable permanencia* de una disposición transitoria”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, pág. 106.

33.- Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA COUSO, Susana: “La barrera...”, *op. cit.*, pág. 183.

34.- Cfr. SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: *El sistema electoral de la Región de Murcia: regulación, balance (1983-2015) y perspectivas*, Universidad de Murcia – Dykinson, Madrid, 2017, pág. 121.

35.- Cfr. SODARO, Michael J.: *Política y Ciencia Política: Una introducción*, McGraw-Hill, Madrid, 2006, pág. 161.

lucha contra la atomización de partidos mediante las llamadas «cláusulas de cierre» (Sperrklauseln)<sup>36</sup>. No hay duda, en este sentido, de que “las elecciones cumplen la función de proveer al Estado de órganos capaces de actuar; es decir, de un Parlamento que sea capaz, por existir una mayoría, de formar un Gobierno y de realizar una tarea legislativa”<sup>37</sup>. Por ello, junto a la lógica aspiración de que la influencia de cada ciudadano sobre los órganos representativos sea lo más igual posible, no se puede olvidar otra aspiración igualmente legítima: que “la influencia de la totalidad de los electores sobre la dirección del Estado, especialmente sobre la formación del Gobierno, sea lo *más enérgica* posible”<sup>38</sup>.

Se ha afirmado, con razón, que las barreras cumplen “una finalidad directamente *desproporcionalizadora* del resultado global de la elección”<sup>39</sup>, además de ser un instituto “antipluralista”<sup>40</sup>. Las expresiones italianas “soglia minima di esclusione”<sup>41</sup> y “clausola di sbarramento” resultan muy expresivas de lo que pretende el legislador al introducir las barreras electorales. Con ellas se persigue lograr la estabilidad gubernamental a costa de cerrar la entrada al Parlamento a minorías que “pudieran fragmentarlo” *excesivamente*<sup>42</sup>. Se trata, sin duda, de una forma muy eficaz de cercenar la proporcionalidad, pues, al margen del efecto objetivo de dejar fuera del reparto a los partidos pequeños (aquellos que no logran superar un determinado porcentaje de votos), produce el efecto psicológico de incitar al electorado a votar a los partidos grandes o medianos, para evitar que su voto “se pierda”. Ciertamente, la exigencia de un porcentaje mínimo de votos para poder entrar en el reparto de escaños produce un efecto concentrador, al desincentivar el sufragio a aquellos partidos con escasas o nulas posibilidades de superar la cláusula de exclusión<sup>43</sup>.

---

36.- Cfr. MAUNZ, Theodor, DÜRIG, Günter y HERZOG, Roman: *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 1979, págs. 52-53.

37.- Cfr. TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo: “El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pág. 25.

38.- Cfr. STEIN, Ekkehart: *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 45. En el mismo sentido, cfr. TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo: “El Estado...”, *op. cit.*, pág. 25.

39.- Cfr. VALLÈS CASADEVALL, Josep M. y BOSCH GARDELLA, Agustí: *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona, 1997, 143-144.

40.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 1.945.

41.- Cfr. RAUTI, Alessio: *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria-Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2014, pág. 50.

42.- Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA COUSO, Susana: “La barrera...”, *op. cit.*, pág. 183.

43.- Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “La barrera electoral y su (im)posible reforma”, en *El País*, 19 de enero de 2005.

El Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>44</sup>, de forma pedagógica, ha subrayado que la barrera electoral responde a criterios básicamente funcionales, esto es, al propósito de que el *Bundestag* pueda trabajar de forma razonable, evitando la entrada en el mismo de pequeños partidos (*Splitterparteien*), cuya presencia podría ser disfuncional para el sistema<sup>45</sup>. Se trata, en síntesis, de lograr que la proporcionalidad electoral sea compatible con una democracia operativa<sup>46</sup>. En la misma línea, el Tribunal Constitucional español considera que las barreras electorales —a pesar de que, indudablemente, reducen la pluralidad política y limitan el carácter proporcional del escrutinio— son, dentro de ciertos límites, compatible con un sistema electoral proporcional (que es el que exige *imperativamente* la Constitución para el Congreso de los Diputados —art. 68.3— y para las Asambleas Legislativas autonómicas —art. 152.1—). En efecto, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional<sup>47</sup>, la finalidad de las barreras es procurar “que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a las formaciones políticas de cierta relevancia”. Se trata —sigue argumentando el Tribunal Constitucional en otra sentencia posterior<sup>48</sup>— “de restricciones a la proporcionalidad”, en aras “de criterios favorables a la funcionalidad del sistema de gobierno, como pueden ser favorecer la gobernabilidad, evitar la fragmentación de la representación” o “facilitar la capacidad de trabajo” del Parlamento.

---

44.- BVerfGE 6, 104, 115, 120; 14, 121, 135; 24, 300, 341; 51, 222, 236.

45.- Como pone de relieve el profesor Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ (“Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* —coordinador: Francesc Pau i Vall—, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 518), la experiencia de la República de Weimar “ha influido decisivamente” tanto en el legislador como en el Tribunal Constitucional Federal alemanes. Recordemos que, en sus años de existencia (1919-1933), tuvieron lugar seis nuevas elecciones del *Reichstag* y se constituyeron dieciséis Gobiernos distintos.

46.- BVerfGE 1, 208, 247.

47.- STC 75/1985, de 21 de junio (Ponente: Ángel ESCUDERO DEL CORRAL), *BOE* de 17 de julio de 1985, funds. juríd. 4º y 5º.

48.- STC 193/1989, de 16 de noviembre (Ponente: Luis LÓPEZ GUERRA), *BOE* de 5 de diciembre de 1989, fund. jur. 4º.



## 2. LAS BARRERAS ELECTORALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 2.1. Elecciones en las que se utilizan las barreras electorales

El ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos autonómicos han previsto la utilización de barreras de exclusión en todas las elecciones que utilizan un sistema de reparto de escaños de carácter proporcional (con la única excepción, como veremos, de los comicios para elegir diputados al Parlamento Europeo). Por tanto, con voluntad enumerativa, podemos afirmar que, en el Derecho español, se utilizan cláusulas de exclusión en las elecciones al Congreso de los Diputados, en las elecciones a los diecisiete Parlamentos autonómicos y en las elecciones a los órganos de gobierno de los entes locales (Ayuntamientos, Cabildos Insulares canarios y Consejos Insulares baleares).

Ante esta amplísima previsión de cláusulas de exclusión en el Derecho electoral español, hay que subrayar que, sin embargo, *ninguna de ellas está establecida por la propia Constitución*, que —a diferencia de la Ley para la Reforma Política de 1977— nada prevé al respecto. De hecho, durante el proceso constituyente, el tema de las barreras electorales no motivó ninguna enmienda, ni provocó ninguna discusión parlamentaria. Ante el silencio constitucional, han sido la LOREG, las leyes electorales autonómicas<sup>49</sup> y, en algún caso, los Estatutos de Autonomía las normas que han introducido en nuestro ordenamiento lo que, en cierta ocasión, denominamos la “guillotina de los pequeños”<sup>50</sup>. Se trata, por tanto, de “barreras legales”, en ningún caso de “barreras constitucionales”, que podrían ser suprimidas, rebajadas o aumentadas (hasta cierto límite) por el mismo legislador, estatal o autonómico. Su incorporación a nuestros procesos electorales debe considerarse, aunque algún autor ha sostenido su radical inconstitucionalidad<sup>51</sup>, como una decisión legítima del legislador orgánico o del legislador ordinario competente.

Ante este carácter exclusivamente legal, sorprende que, *en los debates parlamentarios que suscitó la aprobación de la LOREG* (que consagra

---

49.- Cfr. YANES HERRERO, Aureliano: “Los sistemas electorales para las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, en el libro colectivo *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 542.

50.- Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: “La barrera electoral o la guillotina dels petits”, en el diario *Última Hora*, día 2 de octubre de 2012. El profesor Vicent FRANCH I FERRER (“Las cláusulas de barrera del 5 por 100 en algunas Comunidades Autónomas, diez años después”, en el libro colectivo *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 833) se refiere, en el mismo sentido, al “efecto guillotina” que tiene la cláusula barrera.

51.- Cfr. MARTÍNEZ SOPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, págs. 1.947-1.948.

las cláusulas de exclusión en las elecciones al Congreso de los Diputados, a los Ayuntamientos y a los Cabildos Insulares canarios), la cuestión de las barreras electorales apenas mereciera la atención de sus señorías. En sentido estricto, solo podemos referirnos a dos intervenciones del diputado Juan María Bandrés Molet (de Euskadiko Ezquierda, integrado en el Grupo Mixto) sobre el tema de las cláusulas de exclusión. En la *primera*, con motivo del debate de totalidad sobre la iniciativa legislativa del Proyecto de la LOREG, afirmaba lo siguiente: Al final del proceso electoral “se impone otra [limitación] no menos inútil técnica y políticamente. Se trata de la barrera mínima del tres por ciento para las elecciones generales y del cinco por ciento para las locales. Si en el primer caso, y con el actual sistema de partidos, es prácticamente imposible que nadie con un tres por ciento de los votos pueda optar a un escaño, dadas la magnitud de los distritos y la fórmula de escrutinio previstas en la ley, en el segundo caso es muy improbable. Sin embargo, aunque técnicamente tal barrera tuviese un efecto práctico de limitación de la competencia, dicha resultante sería hartamente discutible desde el punto de vista político, o ¿acaso el mecanismo contable es suficiente para medir la relevancia política de una voz? ¿O será que el sistema político vuelve a no estar seguro de sí mismo y teme la disgregación? En cualquier caso, esta no sería la mejor terapia” (enmienda número 26 del Grupo Mixto, de devolución)<sup>52</sup>. La *segunda* intervención del diputado Bandrés (referida, en este caso, no solo a la barrera legal introducida en las elecciones al Congreso de los Diputados, sino al conjunto de técnicas limitativas de la proporcionalidad que preveía el artículo 163 del Proyecto —entre ellas también, obviamente, la cláusula de exclusión—) tuvo lugar en la sesión plenaria de votación final y de conjunto del Proyecto de LOREG<sup>53</sup>. Su verbo incisivo, brillante y respetuoso se concretó, en esta ocasión, en los siguientes términos: “...el problema, señores diputados, no se resuelve eliminando la competencia, no se resuelve arrinconando a los pequeños, porque el problema de la relevancia política no es solo de número, y la cuestión clave es integrar y no marginar, legitimar ampliando la participación y el consenso y no oligarquizando, reforzando las grandes máquinas burocráticas del Poder. La cuestión clave de la ley electoral es si abre o cierra los canales de acceso al sistema político, recorta o no la proporcionalidad..., amplía o no la igualdad de oportunidades para que las fuerzas políticas lleguen a los ciudadanos; en definitiva, si se es capaz de transmitir al sistema político el pluralismo de la sociedad civil porque, de lo contrario, ha de quedar claro que los correctivos del sistema

---

52.- *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, núm. 174, 5 de diciembre de 1984, pág. 8.066.

53.- *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, núm. 199, 18 de abril de 1985, págs. 9.172-9.173.

político, que se impongan por medio de las fuerzas mayoritarias y a través de una ley electoral como esta, introducirán a la sociedad civil en una situación de excepción, de limitación de la voluntad política o de competencia desleal, pudiendo agravarse el problema de la legitimación por tratar de facilitar el puro funcionamiento institucional. [...] insisto, señores diputados, si las fuerzas pequeñas, los que hoy estamos aquí y podemos desaparecer, las que no están, pero yo creo que deberían estar aquí, si no están, algo va a faltar. Esto no será una reunión completa, aquí faltará algo”. La defensa de dicha enmienda era como predicar en el desierto y, como era previsible, fue rechazada por la Cámara<sup>54</sup> (el mismo diputado Bandrés indicaba, con pesar, que la defendía “con poca ilusión”).

## 2.2. Elecciones en las que no se utilizan las barreras de exclusión

Por razones obvias, dejamos al margen de nuestro estudio las elecciones al Senado (art. 69 CE y arts. 165-166 LOREG), que —al utilizar una fórmula mayoritaria corregida— no precisan de barreras electorales en sentido técnico-jurídico, pues dicho sistema de reparto de escaños ya excluye de cualquier opción a las fuerzas políticas que no sean la más votada o la segunda más votadas en la circunscripción. En estos comicios es, por tanto, la propia fórmula electoral la que actúa, *per se*, como la más eficaz cláusula de exclusión de todos los demás partidos políticos que han participado en la contienda electoral. “Todo para los ganadores” o “la ley de los más fuertes” son expresiones que podrían definir, con bastante exactitud, la esencia del modelo de reparto de senadores en el ordenamiento jurídico español.

A tenor de todo lo que hemos visto hasta este momento, podemos afirmar que las elecciones al Parlamento Europeo son las únicas que se celebran en el Estado español con una fórmula proporcional (regla D’Hondt) que no exigen, a las candidaturas contendientes, un porcentaje mínimo de los votos emitidos para poder participar en el reparto de escaños. En puridad, como se ha subrayado con reiteración, estos comicios no son, por el momento, “verdaderas elecciones europeas, sino la suma de las elecciones de los Estados miembros” de la Unión Europea<sup>55</sup>. En efecto, a pesar de algunos avances en el establecimiento de un procedimiento electoral uniforme para todos los Estados de la Unión, “todavía no existe una normativa electoral

---

54.- Sometidas a votación las enmiendas del Grupo Parlamentario Mixto suscritas por el señor Bandrés, se dio el siguiente resultado: Votos emitidos, 242; a favor, 24; en contra, 217; nulo, uno. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, núm. 199, 18 de abril de 1985, pág. 9.181.

55.- Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique: “El sistema electoral en las elecciones al Parlamento Europeo”, en el libro colectivo *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 579.

propriadamente europea. Cada país dispone de su normativa que responde a criterios políticos y administrativos diversos. Las elecciones europeas son, pues, elecciones de ámbito estatal, en las que los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea” eligen de forma separada a sus diputados en el Parlamento Europeo<sup>56</sup>.

Así, en España, dichas elecciones están básicamente reguladas en el título VI de la LOREG (arts. 210-227), introducido por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo. Pues bien, dicha norma —tras indicar que la circunscripción para la elección de diputados al Parlamento Europeo “es el territorio nacional” (art. 214) y que “el número de diputados que se elige en España se fijará en función de lo que establece en esta materia el ordenamiento europeo” (art. 215)— afirma que “la atribución de escaños en función de los resultados del escrutinio se realiza conforme a lo dispuesto en el artículo 163 de la presente Ley [*es decir, el procedimiento establecido para las elecciones al Congreso de los Diputados*], con excepción de lo previsto en el apartado 1.a” (art. 216 LOREG). Pues bien, el apartado cuya aplicación se excluye es precisamente el que consagra la barrera electoral, al afirmar que “no se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el tres por cien de los votos válidos emitidos en la circunscripción”.

Se trata, por tanto, de una decisión política expresa, sin margen para la duda interpretativa, aunque evidentemente revisable, dentro de ciertos límites, por el legislador español. De hecho, la exclusión de cualquier barrera electoral en los comicios al Parlamento Europeo fue, en su momento, duramente criticada por Coalición Popular, que defendía el establecimiento de una doble cláusula de exclusión: una a nivel de todo el Estado (del cinco por ciento) y otra a nivel de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio limitara su actividad la formación política considerada (del quince por ciento)<sup>57</sup>. Sin embargo, también hay que constatar que los posteriores Gobiernos del Partido Popular, en ocasiones con mayoría absoluta en las Cortes Generales, no han llevado a cabo ninguna iniciativa legislativa dirigida a modificar esta ausencia de cláusula de exclusión en las elecciones al Parlamento Europeo.

---

56.- Cfr. MARTÍN DE HIJAS MERINO, Mónica: “Sistema electoral en el Parlamento Europeo”, en el libro colectivo *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho electoral* (director: Fabio Pascua Mateo), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 332.

57.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El régimen jurídico electoral español”, en su obra *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, págs. 172-173.

La inexistencia de barrera electoral, unida a la amplia magnitud de la circunscripción estatal única (España elige, en la actualidad, cincuenta y cuatro diputados), “potencia al máximo la proporcionalidad de los resultados”<sup>58</sup>, es decir, produce un reparto de escaños altamente proporcional. Con ello, se posibilita que obtengan representación formaciones políticas con apoyos porcentuales muy pequeños, dando lugar a una mayor fragmentación partidista que en los otros tipos de comicios. Así, en las elecciones de 25 de mayo de 2014, la última formación política que obtuvo un escaño fue la coalición “Primavera Europea” con apenas el 1’92 por ciento de los votos; y, en las elecciones de 12 de junio de 1994, la “Coalición Nacionalista” (encabezada por el PNV), con un porcentaje de apoyo del 2’8 por ciento de los votos, logró dos escaños en el Parlamento Europeo. De hecho, ya a principios de la década de los noventa, el profesor Álvarez Conde<sup>59</sup> afirmaba que la exclusión de la barrera electoral, en las elecciones al Parlamento Europeo por la legislación española, era “concebida a modo de compensación para las fuerzas políticas nacionalistas”.

Señalábamos con anterioridad que la opción de no incluir una barrera electoral en dichos comicios podría reformarse por el legislador español *hasta cierto límite*. Y hacíamos esta precisión a la vista de lo que establece el artículo 2 bis de la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002, por la que se modifica el Acto relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, anejo a la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom<sup>60</sup>. En concreto, dicha Decisión (tras indicar que, en cada uno de los Estados miembros, los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por votación “de tipo proporcional” —art. 1.1—) afirma lo siguiente: “Los Estados miembros podrán establecer un umbral<sup>61</sup> mínimo para la atribución de escaños. A escala nacional, este umbral no podrá ser superior al *cinco por ciento de los votos emitidos*” (art. 2 bis). De acuerdo con el tenor literal de este precepto, que representa una “importante novedad respecto al texto anterior”<sup>62</sup>, la barrera

---

58.- Cfr. BARAS GÓMEZ, Montserrat y BOTELLA CORRAL, Juan: *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 160.

59.- Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique: “El sistema...”, *op. cit.*, pág. 595.

60.- *Diario Oficial de la Unión Europea* L 283, de 21 de octubre de 2002.

61.- Como ya indicábamos con anterioridad, no es infrecuente una cierta confusión entre ambos conceptos, que —aunque próximos— son distintos. La redacción de este precepto es un ejemplo más de esta mejorable precisión técnica.

62.- Cfr. CUENCA MIRANDA, Alfonso: “Artículo 216 LOREG”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum* (coordinador: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero), La Ley, Madrid, 2014, pág. 1.707.

en las elecciones europeas podría alzarse hasta el cinco por ciento de *todos* los votos emitidos a nivel nacional, incluyendo, por tanto, también los votos nulos (criterio que, con la excepción de la legislación valenciana, no se sigue en ninguna otra elección de las que tienen lugar en el Estado español).

La referida Decisión del Consejo, como indica en su propia introducción, pretende combinar dos criterios: el primero, establecer un procedimiento electoral “uniforme en todos los Estados miembros”; y, el segundo, permitir, “al mismo tiempo, que los Estados apliquen sus disposiciones nacionales para los aspectos no regulados por la presente Decisión”. Pues bien, como acabamos de ver, la incorporación de una barrera electoral está permitida (hasta el referido porcentaje del cinco por ciento nacional) como opción que se deja en manos del legislador estatal, pero en ningún caso se configura como una imposición. Por tanto, la decisión de no introducir ninguna cláusula barrera en el procedimiento de elección de los eurodiputados españoles cabe perfectamente dentro de la normativa europea aplicable. De hecho, esta ha sido la opción mayoritaria de los Estados de la Unión. En este sentido, tampoco exigen un porcentaje mínimo de votos para participar en el reparto de escaños, Alemania<sup>63</sup>, Reino Unido, Italia, Portugal, Dinamarca, Finlandia, Bélgica, etc. Por el contrario, otros países sí que han incorporado cláusulas de exclusión en las elecciones internas para escoger eurodiputados. Así, el tres por ciento se exige en Grecia; el cuatro por ciento, en Austria y Suecia; y el cinco por ciento, en Francia y Polonia<sup>64</sup>.

---

63.- Por lo que se refiere a las *elecciones de diputados alemanes al Parlamento Europeo*, el artículo 2.7 de su Ley reguladora (*Europawahlgesetz*) establecía, inicialmente, la barrera electoral en el cinco por ciento de todos los votos emitidos. El Tribunal Constitucional Federal, en la Sentencia de 22 de mayo de 1979, no solo la declaró conforme a la Constitución, sino también razonable, ya que favorecía la existencia de mayorías sólidas y hacía más ágil el trabajo en el Parlamento Europeo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal cambió de doctrina en la Sentencia de 9 de noviembre de 2011, cuando declaró inconstitucional la barrera del cinco por ciento en las elecciones europeas, al considerarla incompatible con el principio de igualdad de sufragio y con el principio de igualdad de oportunidades en el proceso electoral (2 BvC 4/10). El Tribunal Constitucional justificó esta variación de criterio “en los cambios producidos en la configuración y composición del Parlamento Europeo, en el fortalecimiento de sus funciones, singularmente las legislativas, y en que en las últimas convocatorias electorales muchos partidos se han quedado privados de la obtención de algún escaño por causa de la aplicación de la barrera” electoral del cinco por ciento de los votos (Cfr. VIDAL PRADO, Carlos: *El sistema electoral alemán y su posible implantación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 74-75). Acaso también, aunque el Tribunal no lo diga, porque en estas elecciones la cláusula de exclusión del cinco por ciento nacional no estaba modulada por la posibilidad de acceder al reparto de diputados por la vía de lograr algunos mandatos directos (*Ibidem*, pág. 77). Fuera como fuera, a raíz de dicha resolución de 2011, el Legislativo alemán rebajó la cláusula de exclusión aplicable a las elecciones al Parlamento Europeo al tres por ciento de los votos emitidos. Barrera que, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal también declaró inconstitucional en su Sentencia de 26 de febrero de 2014, al estimarla incompatible con los artículos 3.1 y 21.1 de la Ley Fundamental (2 BvE 2/13).

64.- Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio: “La representatividad de la población y de los Estados en el Parlamento Europeo”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentarios* (coordinador: Francesc Pau i Vall), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 347; CUENCA MIRANDA, Alfonso: “Artículo 216...”, *op. cit.*, pág. 1.708.

### 2.3. Las barreras electorales se computan sobre los “votos válidos” emitidos

Todas las cláusulas de exclusión establecidas en nuestras leyes electorales —con excepción de la que rige en los comicios autonómicos valencianos<sup>65</sup>— se calculan sobre los “votos válidos” emitidos. Nos remitimos para comprobar dicha afirmación al artículo 163.1.a de la LOREG (por lo que se refiere al Congreso de Diputados y al Parlamento de Cataluña<sup>66</sup>), a las diferentes normas electorales autonómicas<sup>67</sup> (para sus respectivas Asambleas Legislativas), al artículo 180 de la LOREG (para los Ayuntamientos), al artículo 201.3 de la LOREG (para los Cabildos insulares canarios) y al artículo 7.3 de la Ley balear 7/2009, de 11 de diciembre, electoral de los Consejos Insulares (para dichos órganos de gobierno insular). Pues bien, de conformidad con los artículos 96.5 y 108.4 de la LOREG, son “votos válidos” (únicos que se toman en consideración para calcular la barrera electoral) los votos otorgados a las candidaturas contendientes más los votos en blanco (esto es, los sobres que no contengan ninguna papeleta); en cambio, no se incluyen en aquella categoría los “votos nulos”, es decir, aquellos que se han emitido sin observar “las formalidades que exige la legislación electoral”<sup>68</sup>. A juicio del Tribunal Constitucional<sup>69</sup>, “en modo alguno puede calificarse de irrazonable o arbitrario el entendimiento de que los votos nulos no hayan de computarse a efectos de determinar el porcentaje de votos que corresponde a cada partido, coalición, federación o agrupación de electores, precisamente a causa de su ineficacia radical”. Interpretación que, además, encuentra “apoyatura en el principio general de ineficacia de los actos nulos”.

---

65.- La legislación valenciana (artículo 12.a y preámbulo de la LECV) establece que la barrera electoral debe calcularse sobre *todos* los votos emitidos (*válidos y nulos*). Se trata de una normativa absolutamente singular, pues todas las otras legislaciones autonómicas establecen que la barrera electoral (sea la que sea) debe calcularse sobre los “votos válidos emitidos” (es decir, sin computar los votos nulos). En efecto, la única excepción a esta regla, casi general, es la Ley que regula las elecciones a las Cortes Valencianas.

66.- Por efecto de la disposición transitoria 4ª del Estatuto de 1979 declarada vigente por la disposición transitoria 2ª del EAC de 2006.

67.- País Vasco, artículo 11.1 LEPV; Galicia, artículo 10.a LEG; Andalucía, artículo 18.1.a LEAN; Asturias, artículo 13.1.a LEAS; Cantabria, artículo 17.3 LECÁ; La Rioja, artículo 20.a LELR; Murcia, artículo 15.a LERM; Valencia, artículo 12.a LECV; Aragón, artículo 14.a LEAR; Castilla-La Mancha, artículo 17.a LECLM; Navarra, artículo 10.1 LENA; Extremadura, artículo 19.1 LEEX; Islas Baleares, artículo 12.4 LEIB; Castilla y León, artículo 20.a LECYL; Madrid, artículo 10.6 EACM; y Canarias, disposición transitoria 1ª.2 del EACC.

68.- Cfr. MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel: “Artículo 96 LOREG”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum* (coordinador: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero), La Ley, Madrid, 2014, págs. 951-960, esp. págs. 952-953.

69.- STC 135/1999, de 11 de octubre (Ponente: Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS), *BOE* de 18 de noviembre de 1999, fund. juríd. 3º.

Por tanto, con la referida excepción de la legislación autonómica valenciana, ninguna otra fija la barrera electoral sobre el total de votos emitidos (válidos y nulos) ni, mucho menos, sobre el censo electoral<sup>70</sup>, de lo que, sin embargo, hay ejemplos en el Derecho extranjero (Argentina)<sup>71</sup> y un intento frustrado en el Derecho autonómico español (Galicia)<sup>72</sup>.

Sobre la conveniencia o no de *incluir dentro de la categoría de “votos válidos” a los “votos en blanco”* (lo que endurece levemente la cláusula de exclusión<sup>73</sup>) la doctrina se ha mostrado dividida. Sin embargo, a tenor de la actual redacción de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en concreto de su artículo 96.5 —que diferencia netamente los votos nulos de los emitidos en blanco, precisando que los votos en blanco son votos válidos— y de su artículo 108.4 —que afirma literalmente que “se computarán como votos válidos los obtenidos por cada candidatura más los votos en blanco”—), la Junta Electoral Central, entre otros en su Acuerdo de 27 de mayo de 1991, afirmó que *los votos válidos son los emitidos en favor de las candidaturas más los votos en blanco*. En consecuencia, sostuvo que, “en orden al cálculo de la llamada barrera electoral, han de computarse los votos emitidos en favor de las candidaturas más los votos en blanco, excluyendo únicamente del cómputo a los referidos efectos los votos declarados nulos”<sup>74</sup>. La meridiana claridad de los dos artículos citados de la LOREG no permitía otra interpretación de *lege lata* que la que ahora realizaba la Junta Electoral Central. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 265/1993 afirmó que:

---

70.- Fijar la barrera electoral sobre el censo (con independencia del número de electores que se acerquen a las urnas) tienes dos consecuencias relevantes: primera, permite conocer *a priori* el número exacto de votos que hay que obtener para superarla; y, segunda, que dicha barrera, si se exigen los mismos porcentajes, se endurece muy notablemente.

71.- En la República Argentina, por ejemplo, la barrera electoral se calcula (a nivel de distrito y con un porcentaje del tres por ciento) sobre el cuerpo electoral, es decir, sobre el conjunto de ciudadanos con derecho a voto. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La representatividad...”, *op. cit.*, pág. 69.

72.- Durante la elaboración del Estatuto de Autonomía de Galicia, se formuló sin éxito una propuesta dirigida a introducir en la disposición transitoria primera (que fijaba las normas de acuerdo con las que se elegiría el primer Parlamento gallego) un barrera electoral del tres por ciento del *censo electoral*. Cfr. LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé: *Territorio e democracia: un modelo de participación democrática para Galicia, nacionalidade histórica*, Edición do Castro, Sada-La Coruña, 1996, pág. 121.

73.- Como afirmó el profesor Eduardo ESPIN TEMPLADO (“Desarrollo y resultado de la elección”, en *El proceso electoral* —director: Jorge de Esteban Alonso—, Labor, Barcelona, 1977, pág. 148), la inclusión de los votos en blanco dentro de los válidos “dificulta la elección, al necesitarse mayor número de votos para alcanzar cualquier porcentaje de votos válidos requeridos, al ser el total de estos más elevado”. La diferencia —añadimos nosotros— no es, en todo caso, grande, pues los votos en blanco son un número muy pequeño de los que se depositan en las urnas. En todo caso, sí que supone poner un poco más alto el listón que hay que *saltar* para poder acceder al reparto de escaños.

74.- Acuerdo de la JEC 172/1991, de 27 de mayo.



“No puede estimarse... irrazonable la solución adoptada por el legislador y aplicada por la Sentencia del Tribunal Supremo, consistente en estimar válidos los votos en blanco a efectos de computar el mínimo exigible, puesto que estos suponen una legítima opción política de participación en el proceso electoral. Por ello, reconocida su validez por la Ley no cabe entender que constituya violación del artículo 23 de la Constitución la concreta fórmula de distinguir el voto en blanco del voto nulo”<sup>75</sup>.

### **3. LA BARRERA ELECTORAL ESTABLECIDA PARA LAS ELECCIONES AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS**

#### **3.1. Alcance y efectividad real de la barrera establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados**

Aprovechando el silencio de la Constitución, que nada dice al respecto, la LOREG —siguiendo el precedente del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales (art. 20.4.b), aprobado al inicio de la Transición Política— estableció una accesible barrera electoral, concretada en *el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción*. En concreto, el artículo 163.1 de la LOREG, al explicar las reglas conforme a las cuales se van a atribuir los escaños en litigio en cada circunscripción en función de los resultados del escrutinio (es decir, la fórmula D’Hondt), incorpora un primer apartado (letra a) con el siguiente tenor: “No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el tres por cien de los votos válidos emitidos en la circunscripción”. Como hemos visto, durante la tramitación parlamentaria de la LOREG, el mantenimiento de la barrera electoral procedente de la normativa de la Transición apenas motivó debate, a pesar de que se levantaron algunas voces pidiendo su supresión del texto definitivo<sup>76</sup>.

Lo primero que llama la atención de esta cláusula de exclusión es su escasa efectividad territorial. Ciertamente, teniendo en cuenta la pequeña magnitud (es decir, número de escaños atribuidos) de la inmensa mayoría de las provincias españolas, dicha barrera solo puede tener eficacia de descarte (esto es, de impedir el acceso al Congreso de los Diputados a candidatos a los que les correspondería un escaño por aplicación de la regla D’Hondt) en

---

75.- STC 265/1993, de 26 de julio (Ponente: José GABALDÓN LÓPEZ), *BOE* de 18 de agosto de 1993, fund. juríd. 3º.

76.- Cfr. VIDAL PRADO, Carlos: *El sistema electoral español: una propuesta de reforma*, Métodos Ediciones, Granada, 1995, pág. 162.

las provincias de Madrid y Barcelona, pero no en las otras cuarenta y ocho circunscripciones provinciales ni, por descontado, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, donde se utiliza un sistema electoral mayoritario puro. En este sentido, se ha afirmado, certeramente, que esta cláusula de exclusión —del tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción— “resulta prácticamente estéril desde el punto de vista de su incidencia real en la conformación” del Congreso de los Diputados<sup>77</sup>, puesto que, “excluidas las provincias de Madrid y Barcelona, el coste del escaño está muy por encima de este porcentaje<sup>78</sup>. Como sintetizaba, gráficamente, el profesor Torres del Moral, la barrera del tres por ciento en las elecciones al Congreso de los Diputados no va “a servir de nada, o de casi nada<sup>79</sup>.”

En efecto, desde los trabajos publicados por Arend Lijphart en la década de los noventa del pasado siglo<sup>80</sup>, sabemos que —como regla general— una barrera electoral del tres por ciento solo es efectiva en una circunscripción que tiene asignados más de veinticuatro escaños. Ello es así porque, con este número de escaños o por debajo de él, a ningún partido con menos del tres por ciento de los votos le correspondería un diputado en el reparto (aun sin existir la barrera electoral). La cifra de la barrera *implícita* se calcularía con la siguiente fórmula: setenta y cinco dividido por “n” más uno debe ser igual a la barrera establecida, en este caso, a tres ( $75/n + 1 = 3$ ), siendo “n” el número de escaños. Ello significa que, en teoría, *una circunscripción de veinticuatro escaños es equivalente a poner una barrera legal del tres por ciento*. Si, por el contrario, tenemos una circunscripción que elige veinticinco diputados, la barrera implícita que comporta el número de escaños ya es inferior al tres por ciento ( $75/25 + 1 = 75/26 = 2'88\%$ ). Por lo tanto, en este último caso la barrera legal sí que tiene un efecto real, pudiendo impedir que un partido político obtenga los escaños que le corresponderían por aplicación de la fórmula proporcional. Por el contrario, si la barrera implícita es igual o mayor que la barrera legal (3%), esta última carece de efecto real, pues ningún partido político con un apoyo popular por debajo de la misma sería llamado a ocupar un escaño. Ello ocurriría, con la fórmula indicada, en las circunscripciones que eligen menos de veinticinco diputados.

---

77.- Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco: “El sistema...”, *op. cit.*, págs. 244 y 249.

78.- Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso: “Reflexiones sobre una improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 74, 2009, pág. 24.

79.- Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: “La reforma del sistema electoral o la cuadratura del círculo”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 74, 2009, pág. 61.

80.- Cfr. LIJPHART, Arend: *Sistemas electorales y sistemas de partidos: un estudio de veintisiete democracias 1945-1990*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 63 y sig. (la versión original apareció un año antes en Oxford University Press).

Como subrayábamos con anterioridad, solo en dos circunscripciones (Madrid, 36 escaños, y Barcelona, 31 escaños)<sup>81</sup> la barrera electoral —del tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción— puede tener eficacia excluyente de algún partido político al que la fórmula D’Hondt le otorgue algún escaño. Circunstancia que se ha confirmado en la práctica. En efecto, analizando las trece elecciones al Congreso de los Diputados que se han celebrado desde 1977 hasta nuestros días (principios de 2017), comprobamos que ha habido un único candidato excluido por aquella barrera electoral cuando de acuerdo con la fórmula proporcional utilizada para el reparto de escaños le correspondía obtenerlo. Nos referimos al cabeza de lista del Centro Democrático y Social (CDS) por la provincia de Madrid en las elecciones generales celebradas el 6 de junio de 1993, que obtuvo el 2’97 por ciento de los votos válidos en la circunscripción (93.347), lo que le impidió obtener el escaño que según la fórmula D’Hondt le correspondía.

### 3.2. Motivaciones de una barrera electoral “casi” ineficaz

A raíz de las anteriores reflexiones nos surge un interrogante sobre cuáles eran las *intenciones reales* del legislador al establecer, para las elecciones al Congreso, la referida barrera electoral del tres por ciento de los votos válidos en la circunscripción. Y decimos que nos surgen dudas porque el legislador orgánico no podía desconocer que la cláusula de exclusión que establecía solo podía tener efectos reales en las provincias de Madrid y Barcelona, que superaban ampliamente los veinticinco escaños cada una, en tanto que en las otras cuarenta y ocho provincias sería totalmente ineficaz. No olvidemos que, como afirma profesor Remiro Brotóns<sup>82</sup>, si la barrera de exclusión que introduce la legislación electoral “es inferior a la cuota de votos que reclama la obtención de un escaño, parece innecesario mortificar los principios” del sistema proporcional con la introducción de dicha barrera. Repetimos, pues, la pregunta: ¿Cuál es la finalidad que se persigue con aquella cláusula de exclusión? El profesor Torres del Moral<sup>83</sup> cree que hay que buscar la explicación de aquella norma en nuestra singular Transición Política. En concreto, entiende que es preciso remontarse a las principales normas que la hicieron posible, esto es, a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, y al Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, que desarrollaba aquélla.

---

81.- Cifras de las elecciones generales de junio de 2016.

82.- Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio: “La representatividad...”, *op. cit.*, pág. 347.

83.- Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: “Prólogo” al libro colectivo *Análise das eleccións autonómicas galegas do 21 de outubro de 2012. Reflexións sobre o sistema electoral* (director: Antonio Torres del Moral; coordinador: Fernando Martínez Arriba), Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013, esp. págs. 11-15.

En el otoño de 1976, al discutirse la Ley para la Reforma Política (LRP) en las Cortes franquistas, la mayoría de los procuradores se inclinaban por un sistema electoral mayoritario frente a un sistema de carácter proporcional. Esta preferencia tenía posiblemente dos causas: una ideológica y otra personal. La primera, porque pensaban que el sistema mayoritario cerraría el paso a gran parte de partidos políticos que concurriesen a las elecciones (recordemos que los procuradores en Cortes habían hecho profesión de fe antipartidista al jurar, solemnemente, los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional). La segunda, porque los procuradores que no querían terminar su carrera política con el fin del franquismo tenían la esperanza — surgida de *motu proprio* o a instancias de voces interesadas— de tener “cierto terreno ganado en su futuro distrito” si se establecía un sistema mayoritario<sup>84</sup>. Por el contrario, la oposición democrática y el mismo Gobierno de Adolfo Suárez preferían un sistema electoral proporcional. Aquella porque entendía que la proporcionalidad era sinónimo de justicia (“a cada uno lo suyo”), y este para evitar que se reprodujera el enfrentamiento de los españoles en dos bandos irreconciliables. En efecto, el Gobierno del Presidente Suárez también apostaba por un modelo proporcional, aunque fuera atenuado<sup>85</sup>, para evitar que aparecieran —una vez más— las “dos Españas” conteniendo en frentes antagónicos, que era el resultado previsible de un sistema electoral mayoritario.

Para lograr que los procuradores franquistas cambiaran de criterio y apoyaran la opción electoral proporcional para el Congreso de los Diputados<sup>86</sup>, el Gobierno (además de utilizar otras técnicas menos jurídicas pero no menos eficaces — como prometerles un puesto en los cuarenta senadores de elección real o recordarles que en España funcionaba la Inspección de Hacienda<sup>87</sup>—) hizo especial hincapié en que la elección de las Cortes sería —pese al tenor literal de la LRP<sup>88</sup>— realmente poco proporcional. En tal sentido, subrayaba

---

84.- *Ibidem*, pág. 12. También, cfr. VIDAL PRADO, Carlos: *El sistema electoral español...*, *op. cit.*, pág. 152.

85.- “Proporcional, *ma non troppo*”, se dijo en alguna ocasión.

86.- Como afirma el profesor Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (*Aproximación a la nueva normativa electoral*, Dykinson, Madrid, 1986, pág. 17), “el pacto del Gobierno con los procuradores en Cortes [*franquistas*] fue inexcusable, pues estaba en juego la propia viabilidad de una reforma profunda dentro del respeto formal de la legalidad vigente; esos condicionamientos con que se lastró la normativa electoral fueron posiblemente *el único medio de sacar adelante la Ley para la Reforma Política*, pero, es evidente que, en cierto modo, condicionaron el devenir del proceso político subsiguiente”.

87.- Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: “Prólogo” al libro colectivo *Análise...*, *op. cit.*, págs. 12-13.

88.- La disposición transitoria primera de la LRP afirmaba lo siguiente: “El Gobierno regulará las primeras elecciones a Cortes para constituir un Congreso de 350 diputados... Las elecciones al Congreso se inspirarán *en criterios de representación proporcional...*”.

que establecía un sistema de escrutinio mayoritario para el Senado (amén de los senadores regios), que fijaba un número de diputados reducido (350), que otorgaba una cuota fija de diputados a cada una de las cincuenta provincias al margen del criterio poblacional, y que —y es lo que ahora nos interesa a nosotros— introducía una barrera electoral, para dejar fuera del Parlamento a los partidos políticos con escasos apoyos. En concreto, sin esconder en absoluto la carga ideológica que la inspiraba, la disposición transitoria primera de la LRP afirmaba expresamente que se aplicarían “dispositivos correctores para evitar *fragmentaciones inconvenientes de la Cámara*, a cuyo efecto se fijarán porcentajes mínimos de sufragios para acceder al Congreso”. Este precepto —cuya primera parte era más propia de una exposición de motivos que de un texto articulado— se refería, de forma diáfana, a la necesidad de establecer una barrera electoral para impedir el paso al Congreso de los Diputados a aquellos partidos cuyos resultados estuvieran por debajo de la misma<sup>89</sup>.

Dando cumplimiento al mandato contenido en la LRP<sup>90</sup>, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, que concretaba bastante más los criterios para la elección del primer Congreso de los Diputados tras la dictadura. En concreto, por lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, hay que subrayar que su artículo 20.4.b establecía que no serían “tenidas en cuenta aquellas listas que no hubiesen obtenido, por lo menos, el tres por ciento de los votos válidos emitidos en el distrito”. El Preámbulo<sup>91</sup> de dicho Real Decreto-ley nos explicaba, reiterando la idea expresada en la LRP, la finalidad de dicha cláusula de exclusión, al afirmar que “supone un *poderoso corrector del excesivo fraccionamiento* de las representaciones parlamentarias”.

Como vemos, esta barrera electoral, que apenas podía tener eficacia real, fue presentada ante los procuradores en Cortes franquistas —cuyos conocimientos en materia electoral podemos presumir que eran, en la mayoría de ellos, más bien escasos— como una de las referidas técnicas para impedir la presencia de numerosos partidos en el futuro Congreso de los Diputados (“evitar fragmentaciones inconvenientes”). Con ello, el Gobierno de Adolfo Suárez trataba de persuadir a los procuradores franquistas de que

---

89.- El profesor Antonio TORRES DEL MORAL (“Prólogo” al libro colectivo *Análise..., op. cit.*, pág. 13) subraya que, “a la postre, las Cortes orgánicas quedaron doblegadas, como corresponde a una «Cámara de aplauso» propia de un régimen no democrático. Quien está acostumbrado a aplaudir a su jefe, quiere seguir haciéndolo con el nuevo para tenerlo contento y que este lo mantenga en su sinecura”.

90.- La disposición transitoria primera de la LRP establecía, en su inciso inicial, que el Gobierno regularía “las primeras elecciones a Cortes”.

91.- Preámbulo, apartado IV, párrafo quinto.

todo estaría controlado y de que no se repetiría la atomización partidista de la Segunda República. La existencia de una barrera electoral (como todo lo que podía cercenar la pluralidad partidista) “sonaba bien” a los oídos de unos procuradores en Cortes que, como sabemos, habían jurado lealtad al partido único. Estas razones psicológico-políticas explican, a nuestro juicio, la incorporación de aquella barrera electoral (inane, pero aparente) en la Ley para la Reforma Política.

Si la barrera del tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción consagrada en la LRP puede explicarse, al menos en parte, por las razones que acabamos de exponer, más difícil resulta comprender por qué motivos la mantuvo la LOREG en 1985 y por qué la mantiene aún en la actualidad (tras las numerosísimas reformas de que ha sido objeto dicha Ley). En sede parlamentaria<sup>92</sup>, se afirmó que “lo hemos hecho porque aumentar este tope supondría eliminar de la Cámara la posibilidad de la presencia de alguno de los grupos pequeños, sean de ámbito nacional o de ámbito de Comunidades Autónomas”. Sin desprestigiar esta argumentación (mantener la barrera en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción para no excluir a las minorías), creemos que la respuesta más concreta debe buscarse en una doble dirección:

a) Por una parte, en la creencia del legislador de que esta cláusula si bien no sirve prácticamente de nada, al ser fundamentalmente “ornamental”<sup>93</sup>, tampoco daña y, sin embargo, sigue siendo una especie de declaración de principios de que los partidos pequeños no son bienvenidos al Parlamento español, al tiempo que implícitamente se les impele a formar grupos políticos más amplios, mediante un procedimiento de agregación de voluntades<sup>94</sup>. Con criterio análogo, Martínez Vázquez<sup>95</sup>, después de afirmar que la barrera establecida para las elecciones al Congreso es “prácticamente estéril” en cuanto a efectos excluyentes reales, añade: “Otra cosa es el *efecto psicológico*

---

92.- Cfr. CORTES GENERALES: *LOREG. Trabajos Parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1985, pág. 8.064.

93.- El profesor Aureliano YANES HERREROS (“Los sistemas...”, *op. cit.*, págs. 53-54), en términos genéricos, se refiere a “la función ornamental de la cláusula de exclusión, cuya incorporación sería resultado más de una reproducción mimética o irreflexiva de una moda que una fundada preocupación para evitar la excesiva fragmentación parlamentaria”.

94.- En la misma línea de pensamiento, el profesor Francesc PALLARÉS PORTA (“Sistema electoral y sistema de partidos”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* —coordinador: Francesc Pau i Vall—, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 75) afirma que dicha barrera, aunque es prácticamente irrelevante, “es un mecanismo para limitar los incentivos a formar nuevos partidos”.

95.- Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco: “El sistema...”, *op. cit.*, pág. 244.

que la existencia de la citada barrera electoral puede llegar a tener en los electores, en la medida en que apunta claramente hacia la conveniencia del voto útil<sup>96</sup>. En el mismo sentido se expresa el profesor Fernández Segado<sup>96</sup>, al afirmar que una cláusula de esta naturaleza puede surtir efectos “de orden psicológico, retrayendo el voto de un elector proclive a opciones políticas muy minoritarias, y reconduciéndolo hacia otras alternativas. También puede constituir —sigue argumentando el catedrático de la Universidad Complutense— un freno relativo frente a la aparición de nuevas formaciones políticas, al exigir de ellas un mínimo respaldo electoral para poder tener alguna posibilidad<sup>97</sup> de obtener algún escaño.

b) Por otra parte, la inclusión de esta barrera prácticamente ineficaz se explicaría por la conocida tendencia inmovilista del legislador electoral en general y del legislador electoral español en particular (en los últimos cuatro decenios) que, como es sabido, se ha plasmado en que no se ha suprimido ningún elemento electoral de la LRP, salvo, lógicamente, los senadores de designación real. Así, con toda razón, el profesor Pérez Royo<sup>97</sup> ha subrayado “la continuidad, la casi identidad se podría decir, entre el «bloque normativo» preconstitucional respecto del ejercicio del derecho de sufragio y el «bloque de constitucionalidad» posterior a 1978... que es materialmente el mismo”. Ello no debe extrañarnos, ya que —como afirman los profesores Baras Gómez y Botella Corral<sup>98</sup>— “sería justo decir que el derecho electoral constituye, con mucho, uno de los sectores más conservadores del ordenamiento jurídico. Las leyes electorales se modifican, en lo sustancial, muy poco; y esas modificaciones acostumbran a darse solamente en momentos de graves convulsiones y de cambio de régimen político”. Los motivos para este conservadurismo son varios. “En primer lugar, los partidos políticos y los electores se habitúan a un cierto sistema electoral. El cambio requiere adaptarse (modificar estructuras, mecanismos de decisión, etc.), y tanto las organizaciones políticas como los ciudadanos sienten una cierta aversión a adaptarse a condiciones nuevas. En segundo lugar, y es una razón más de fondo, el sistema electoral se establece y se modifica por ley; las leyes las redacta la mayoría parlamentaria; y la mayoría parlamentaria lo ha llegado a ser en virtud de la anterior ley electoral. De tal manera que quienes pueden tener deseos de cambio no tienen los instrumentos políticos para llevarlo a cabo, y quienes tienen los instrumentos frecuentemente no tienen la voluntad<sup>97</sup>. Con su habitual

---

96.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El régimen jurídico electoral español”, *op. cit.*, pág. 159; IDEM: *Aproximación...*, *op. cit.*, págs. 87 y 89.

97.- Cfr. PÉREZ ROYO, Javier: *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid, 2015, págs. 58-59.

98.- Cfr. BARAS GÓMEZ, Montserrat y BOTELLA CORRAL, Juan: *El sistema...*, *op. cit.*, págs. 35 y, especialmente, 169-170.

perspicacia, el profesor Fernández-Miranda Campoamor<sup>99</sup> justifica el carácter conservador del ordenamiento electoral con una argumentación realista y cruda: “Las leyes electorales contribuyeron a hacer mayorías parlamentarias y las mayorías parlamentarias hacen las leyes electorales. Nadie tira piedras contra su propio tejado, contra el instrumento normativo que le ha facilitado, o no le ha impedido, ser mayoría. De aquí que las críticas al sistema electoral sean casi siempre patrimonio de la oposición”<sup>100</sup>.

## **4. LAS BARRERAS ELECTORALES UTILIZADAS EN LAS ELECCIONES DE LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS**

### **4.1. Caracterización general de las barreras electorales autonómicas**

Los diecisiete sistemas electorales autonómicos han establecido barreras electorales. Circunstancia que, en una primera aproximación al tema, nos conduce a formular las siguientes consideraciones de carácter general:

— *Primera.* La introducción de esta cláusula ha sido, en cada Comunidad Autónoma, una decisión de su Estatuto de Autonomía o, más frecuentemente, de la ley electoral propia<sup>101</sup>, ya que la Constitución no impone nada al respecto (del mismo modo que, como vimos, la barrera establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados es una exigencia de la LOREG y no de la Constitución).

— *Segunda.* Actualmente, de las diecisiete Comunidades Autónomas, catorce han establecido la cláusula barrera en su propia ley electoral (País Vasco, artículo 11.1 LEPV; Galicia, artículo 10.a LEG; Andalucía, artículo 18.1.a LEAN; Asturias, artículo 13.1.a LEAS; Cantabria, artículo 17.3 LECA; La Rioja, artículo 20.a LELR; Murcia, artículo 15.a LERM; Valencia, artículo 12.a LECV<sup>102</sup>; Aragón, artículo 14.a LEAR; Castilla-La Mancha,

---

99.- Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso: “Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado”, en el libro colectivo *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 524.

100.- La inercia electoral y la resistencia al cambio en esta materia ya fueron subrayadas por el profesor Óscar ALZAGA VILLAAMIL en los debates constituyentes (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 108, 12 de julio de 1978, pág. 4.183).

101.- Cfr. BARAS GÓMEZ, Montserrat y BOTELLA CORRAL, Juan: *El sistema...*, op. cit., pág. 137.

102.- Hasta la reforma estatutaria del año 2006, la Comunidad Valenciana tenía fijada la cláusula de exclusión de las elecciones autonómicas en el texto estatutario (antiguo artículo 12.2). Sin embargo, dicha cláusula fue suprimida por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.



artículo 17.a LECLM; Navarra, artículo 10.1 LENA; Extremadura, artículo 19.1 LEEEX; Islas Baleares, artículo 12.4 LEIB; y Castilla y León, artículo 20.a LECYL), una Comunidad la ha incorporado en el texto articulado del Estatuto de Autonomía (Madrid, artículo 10.6 EACM), y dos Comunidades aún la consagran —aunque sea con una provisionalidad muy dilatada en el tiempo— en las disposiciones transitorias de su Estatuto de Autonomía (Cataluña, disposición transitoria 4ª del Estatuto de 1979, declarada vigente por la disposición transitoria 2ª del EAC de 2006; y Canarias, disposición transitoria 1ª.2 del EACC).

— *Tercera.* Las barreras electorales de dieciséis de las diecisiete Comunidades Autónomas se calculan, como ya hemos indicado, sobre los “votos válidos emitidos”. En consecuencia, para su cómputo deben sumarse los sufragios otorgados a todos los partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores más los votos en blanco (es decir, los sobres que no contengan ninguna papeleta). En cambio, se desprecian los votos nulos. La única excepción a este criterio para fijar la barrera electoral la encontramos en la normativa que regula las elecciones a las Cortes Valencianas, pues establece una cláusula de exclusión sobre *todos* los “votos emitidos”, esto es, sobre la suma de los válidos y los nulos (artículo 12.a y preámbulo de la LECV, redactado en consonancia con el artículo 12.2 *in fine* del anterior Estatuto de 1982).

— *Cuarta.* Las Comunidades Autónomas que imponen como barrera electoral un determinado porcentaje de votos en el *conjunto* de la Comunidad (por ejemplo, el cinco por ciento) eliminan casi totalmente la posibilidad de acceso al Parlamento de las fuerzas políticas con implantación solo local, comarcal, insular o provincial (en este último supuesto, si se trata de una Comunidad pluriprovincial). Así pudo comprobarlo, con impotencia, el Partido Cantonal (PCAN) en las elecciones de 1983 y 1987, ya que a pesar de obtener votos suficientes en la circunscripción número Dos (Cartagena) para obtener representación parlamentaria, no pudo lograrla al no superar la barrera del cinco por ciento en el *conjunto* de la Región de Murcia (dividida, entonces, en cinco circunscripciones comarcales)<sup>103</sup>. Incluso es posible (y así ocurrió, efectivamente, en este supuesto) que se esté privando de representación parlamentaria a un partido político que, a nivel de circunscripción, ha obtenido más votos que otro que sí consigue

---

103.- Tras las últimas elecciones autonómicas, se modificó la LERM por la Ley 14/2015, de 28 de julio, de reforma de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, electoral de la Región de Murcia. Por lo que a nosotros nos interesa ahora, hay que destacar que la barrera electoral se redujo del cinco por ciento al tres por ciento de los votos válidos emitidos (además, la Comunidad Autónoma, antes dividida en cinco distritos electorales, ahora conforma una única circunscripción para todo el censo regional).

dicha representación en la misma<sup>104</sup>. Esta disfunción solo podría evitarse si dichos partidos de ámbito territorial limitado estuvieran implantados en la zona más poblada de la Comunidad y, además, tuvieran un alto porcentaje de votos que les permitiera compensar su no presentación en las otras circunscripciones<sup>105</sup>.

#### **4.2. Clasificación de las barreras electorales autonómicas atendiendo a su nivel de exigencia**

Hemos indicado que las legislaciones de todas las Comunidades Autónomas han incorporado una barrera electoral. Sin embargo, acto seguido, hemos de advertir que su *altura* varía muy sensiblemente de una Comunidad a otra. La combinación, no siempre transparente, de argumentos jurídicos (frecuentemente expuestos) y motivaciones políticas (siempre ocultas) es la que provoca esta gran variedad de barreras y el llamativo número de reformas que se han ido produciendo en este punto. *De menor a mayor dificultad*, podemos clasificar las diferentes barreras electorales autonómicas en los siguientes *seis niveles* (que analizaremos en los próximos epígrafes): 1º) las Comunidades Autónomas que fijan la barrera electoral en el tres por ciento en la respectiva circunscripción; 2º) el caso especial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que establece la barrera en el cinco por ciento en la respectiva circunscripción, pero con posibilidad de compensación de votos para poder entrar en el reparto de escaños; 3º) las Comunidades Autónomas que fijan la barrera en el cinco por ciento en la respectiva circunscripción; 4º) las Comunidades Autónomas que establecen la barrera en el cinco por ciento en el conjunto de la Comunidad; 5º) el caso específico de la Comunidad Valenciana, que fija la barrera en el cinco por ciento en el conjunto de la Comunidad computado sobre todos los votos emitidos (válidos y nulos); y 6º) el caso singular de la Comunidad Autónoma de Canarias, que prevé diversas posibilidades de *saltar* la barrera, pero todas de extraordinaria dureza (entre ellas, el seis por ciento en el conjunto de la Comunidad). En síntesis, las Comunidades que optan por el tres por ciento dan más importancia a la representatividad, aunque sea a costa de una mayor dificultad para gobernar; mientras que las que se deciden por el cinco o el seis por ciento invierten los términos anteriores, esto es, prefieren sacrificar la representatividad (concretada en la exclusión

---

104.- Cfr. CONSEJO DE ESTADO: *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general* (24 de febrero de 2009). <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>, pág. 200.

105.- Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: "Ciudadanía y derechos: el régimen de la participación política", en el libro colectivo *Derecho Autonómico de la Región de Murcia* (coordinadores: José Antonio López Pellicer y Luis A. Gálvez Muñoz), Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pág. 95.

del Parlamento de algunas formaciones políticas menores pero con cierto apoyo ciudadano)<sup>106</sup> en el altar de la gobernabilidad.

### **A) Las Comunidades Autónomas que fijan la barrera electoral en el tres por ciento en la respectiva circunscripción**

La barrera electoral autonómica más accesible está fijada en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la correspondiente circunscripción, que también es, como hemos visto, el porcentaje establecido por la LOREG para las elecciones al Congreso de los Diputados. Esta cláusula de exclusión es, en la actualidad, la mayoritaria en los sistemas electorales autonómicos, pues, en concreto, ha sido reproducida en las legislaciones de nueve Comunidades Autónomas: el País Vasco (artículo 11.1 LEPV), Cataluña (disposición transitoria cuarta del Estatuto de 1979, declarada vigente por la disposición transitoria segunda del EAC de 2006), Andalucía (artículo 18.1.a LEAN), Asturias (artículo 13.1.a LEAS), Murcia (artículo 15.a LERM)<sup>107</sup>, Aragón (artículo 14.a LEAR), Castilla-La Mancha (artículo 17.a LECLM), Navarra (artículo 10.1 LENA) y Castilla y León (artículo 20.a LECYL).

La barrera electoral fijada en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción, en la práctica, solo produce efectos en las de gran tamaño —las mayores, en las que se aplica esta cláusula, son Barcelona (85), Navarra (50), Murcia (45) Zaragoza (35) y Circunscripción Central de Asturias (34)—, pues en los distritos de tamaño pequeño o mediano las formaciones políticas que obtienen resultados por debajo de aquel porcentaje, aun sin existir la cláusula barrera, no lograrían representación<sup>108</sup>. Ciertamente, como hemos visto, la combinación de una barrera electoral baja con circunscripciones de magnitud media o pequeña convierte dicha cláusula de exclusión “en un instrumento inoperante”<sup>109</sup>. Así lo constata, refiriéndose al caso catalán, el profesor Sol Ordis, al comprobar que la barrera del tres por ciento a nivel

---

106.- Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El derecho de sufragio en los regímenes electorales autonómicos”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 199.

107.- Artículo redactado de acuerdo con la Ley 14/2015, de 28 de julio, de reforma de la LERM.

108.- En sentido análogo, cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco José: “Principios y criterios que informan los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas”, en el libro colectivo *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas*, Parlamento Vasco, Granada, 1984, vol I, pág. 272. En torno a la eficacia “real” y “legal” de la barrera electoral, cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; PUNSET BLANCO, Ramón; y DE OTTO PARDO, Ignacio: *Lecciones de Derecho Constitucional (órganos constitucionales, I)*, Guiastur, Oviedo, 1980, págs. 206-207.

109.- Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 195.

de distrito “solo es operativa en la circunscripción de Barcelona”, ya que en las otras tres se requiere un porcentaje de votos más elevado para lograr representación (en concreto, en las elecciones autonómicas del año 2006, el último escaño exigió el siguiente porcentaje de votos: el 7’22 en Gerona, el 6’59 en Lérida y el 6’51 en Tarragona)<sup>110</sup>. Con criterio análogo, en relación al caso andaluz, el profesor Ruiz Robledo<sup>111</sup> afirma que, al introducir la LEAN una barrera “tan baja”, se convierte, de hecho, “en una disposición completamente vacía e inoperante, pues para que tuviera algún efecto necesitaría circunscripciones muy grandes”. De hecho, en las circunscripciones de Andalucía, en las que ninguna tiene atribuidos más de dieciocho diputados, solo quien consigue doblar el porcentaje de la barrera actual (esto es, en torno al seis por ciento de los votos válidos emitidos) tiene alguna posibilidad de salir elegido, como ha demostrado la experiencia de ocho elecciones. En la misma línea, refiriéndose a la Comunidad Autónoma de Aragón, el profesor Chueca Rodríguez<sup>112</sup> subraya que “esta barrera solo actúa dadas determinadas condiciones matemáticas relacionadas con la magnitud de los distritos, por lo que solo podría llegar a aplicarse en Zaragoza, aunque nunca se ha dado el supuesto todavía”. También el profesor Vidal Marín, analizando el sistema de Castilla-La Mancha, afirma que, teniendo en cuenta que el tamaño de las circunscripciones en las elecciones autonómicas en esta Comunidad “no es, desde luego, elevado, habremos de concluir que difícilmente dicha barrera entrará en juego”. Y apostilla: la realidad viene a corroborar lo anterior, pues, “en todos los procesos electorales celebrados en Castilla-La Mancha, el umbral de representación del tres por ciento ha carecido de eficacia, siendo superior el porcentaje de votos requerido para conseguir un escaño”<sup>113</sup> (así, Izquierda Unida, en las elecciones del año 2007, superó aquel porcentaje en tres de las cinco provincias de dicha Comunidad Autónoma y, sin embargo, no logró representación en ninguna de ellas)<sup>114</sup>. En fin, el profesor Sánchez

---

110.- Cfr. SOL ORDIS, Pere (con la colaboración de Fernando Domínguez García): “Las instituciones de la Generalidad (I): El Parlamento de Cataluña”, en el libro colectivo *Derecho Público de Cataluña* (coordinadores: Mercè Barceló Serramallera y Joan Vinyó Castells), Atelier, Barcelona, 2008, pág. 282.

111.- Cfr. RUIZ ROBLEDO, Agustín: “El régimen electoral de Andalucía”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 355.

112.- Cfr. CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo: “El régimen electoral de Aragón”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 421.

113.- Cfr. VIDAL MARÍN, Tomás: *Sistemas electorales y Estado autonómico. Especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2006, págs. 135 y 141; IDEM: “El régimen electoral de Castilla-La Mancha”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 434.

114.- Cfr. PADILLA RUIZ, Pedro: “Sistema electoral de Castilla-La Mancha. Una reforma necesaria”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2010, pág. 103.

Muñoz, tras recordar que todas las circunscripciones castellano-leonesas son de magnitud pequeña o mediana, afirma que, en las mismas, la efectividad de la barrera electoral “es prácticamente nula”, pues el porcentaje mínimo de votos necesario para lograr el primer escaño es muy superior al tres por ciento<sup>115</sup>.

### **B) El caso especial de la Comunidad Autónoma de Extremadura: barrera electoral en el cinco por ciento en la respectiva circunscripción con posibilidad de compensación de votos**

Para la celebración de las primeras elecciones a la Asamblea de Extremadura se utilizaron, de forma supletoria, las normas establecidas para las elecciones al Congreso de los Diputados (originaria disposición transitoria primera del EAEX); por tanto, la barrera electoral quedó fijada en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Sin embargo, la Ley electoral extremeña de 1987, sin ningún tipo de explicación que diera razón o motivo del cambio, la modificó muy sensiblemente, con la finalidad de hacer más costoso en votos el acceso a la Cámara Legislativa regional.

A raíz de la reforma citada, Extremadura constituye en el tema de la barrera electoral un caso especial. En efecto, aunque en principio exige —como las Comunidades Autónomas que analizaremos en el siguiente nivel de dureza— el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción, añade —y es aquí donde reside su originalidad— una cláusula atenuante, con la finalidad de poder incluir en el reparto de escaños a algunas candidaturas que hayan quedado *descolgadas* por la aplicación de aquel porcentaje. En efecto, intentando suavizar la rigidez del cinco por ciento en la circunscripción<sup>116</sup>, el artículo 19.1.a de la LEEEX añade que, si una candidatura no logra dicho porcentaje de votos, también podrá ser tenida en cuenta para el reparto de escaños siempre que cumpla las siguientes condiciones: 1<sup>a</sup>) que el partido, coalición, federación o agrupación de electores al que representa haya presentado candidatura en las dos circunscripciones (Cáceres y Badajoz); y 2<sup>a</sup>) que el total de los votos válidos conseguidos por ambas candidaturas sea igual o superior al cinco por ciento de la suma de los votos válidos emitidos en las dos circunscripciones. Como vemos, se establece, en esta Comunidad

---

115.- Cfr. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar: “El régimen electoral de Castilla y León”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 495.

116.- Cfr. GONZÁLEZ AYALA, María Dolores: *El Estatuto: Norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1988, pág. 189.

Autónoma, una dualidad de barreras, de carácter subsidiario<sup>117</sup>. Esta nueva fórmula, que atemperaba el endurecimiento que se producía en la cláusula de exclusión, fue el “argumento negociador decisivo” para que la Ley electoral de Extremadura lograra el apoyo del Partido Comunista de España y de Extremadura Unida<sup>118</sup>.

### **C) Las Comunidades Autónomas que fijan la barrera electoral en el cinco por ciento en la respectiva circunscripción**

A continuación, en un escalón más elevado de dificultad, situamos aquellas Comunidades Autónomas cuyas normas establecen la barrera electoral en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la respectiva circunscripción (sin ningún tipo de atenuante). Este porcentaje, que es también el que se utiliza en las elecciones locales<sup>119</sup>, está fijado, en la actualidad, solo en Galicia y Baleares. Además, como veremos a continuación, en ambas Comunidades se ha introducido tras una reforma legislativa para endurecer la barrera originaria, fijada en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

— Por lo que se refiere a *Galicia*, la elevación de la barrera electoral del tres al cinco por ciento, debido a la reforma introducida en la LEG por la Ley 15/1992, contribuyó “a dificultar la presencia de fuerzas minoritarias en el Parlamento de Galicia, en el que habían obtenido representación en 1981, 1985 y 1989, bien que muy reducida, fuerzas como Esquerda Galega, el Partido Comunista de Galicia y Coalición Galega”. En efecto, desde las elecciones de 1993 (las primeras en las que se aplicó la nueva cláusula de exclusión) hasta las de 2009 (inclusive) solo lograron representación las tres fuerzas políticas mayoritarias en aquella Comunidad Autónoma: el Partido Popular, el Partido Socialista Obrero Español y el Bloque Nacionalista Galego<sup>120</sup>. Sin embargo, el objetivo principal de esta reforma no era eliminar del Parlamento a los grupúsculos de izquierdas (lo que incluso, por el tema de la división del voto, podía convenir electoralmente al Partido Popular). Lo que pretendía este partido con dicha reforma era, fundamentalmente, evitar

---

117.- Cfr. YANES HERRERO, Aureliano: “Los sistemas...”, *op. cit.*, pág. 543.

118.- Cfr. GONZÁLEZ AYALA, María Dolores: “El régimen electoral de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 468.

119.- Cfr. *infra*: “5. La barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales”.

120.- Cfr. PORTERO MOLINA, José Antonio: “El régimen electoral del Parlamento de Galicia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 340.

que surgieran y se desarrollaran grupos galleguistas con ideología de centro-derecha, que pudieran restarle votos y hacerle perder la mayoría absoluta de la que disfrutaba en aquella legislatura<sup>121</sup>.

— Las *Islas Baleares* también endurecieron su barrera electoral (del tres al cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la respectiva circunscripción —artículo 12.4 LEIB—) con la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Con esta reforma, la mayoría parlamentaria quiso encubrir una maniobra dirigida directamente a eliminar a Unió Mallorquina, antigua socia de Gobierno del Partido Popular y en aquellos momentos duramente enfrentada al mismo. Sin embargo, en las elecciones de mayo de 1995, la formación regionalista, a pesar del endurecimiento de la barrera electoral, consiguió —por escasas décimas— superarla, logrando dos escaños decisivos para formar un Gobierno de centro-izquierda en el Consejo Insular de Mallorca<sup>122</sup>. De este modo, la única candidatura finalmente afectada por la nueva cláusula de exclusión fue la de “Los Verdes de Mallorca”, cuyo porcentaje de apoyo popular se situó precisamente en el 3’1 por ciento de los votos válidos emitidos en esta isla.

#### **D) Las Comunidades Autónomas que fijan la barrera electoral en el cinco por ciento en el conjunto de la Comunidad**

En el cuarto nivel de dureza hemos de situar aquellas legislaciones que establecen la barrera electoral en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en el conjunto de la Comunidad Autónoma. Este es el caso de Cantabria (artículo 17.3 LECA), La Rioja (artículo 20.a LELR) y Madrid

---

121.- Cfr. PALLARÉS PORTA, Francesc: “Los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas: aspectos institucionales”, en el libro colectivo *El sistema electoral a debate. Veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)* (editor: Juan Montabes Pereira), Centro de Investigaciones Sociológicas-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1998, pág. 239. En parecidos términos, aunque formulados de forma menos concreta, se expresa el profesor Alan BRONFMAN VARGAS (“La representatividad del sistema parlamentario gallego. Consideraciones en torno al régimen electoral”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (coordinador: Francesc Pau i Vall), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 301), quien aboga por una vuelta a la barrera del tres por ciento (págs. 301-302).

122.- En aquellos momentos, de conformidad con el Estatuto de Autonomía de 1983, los parlamentarios autonómicos eran, simultáneamente, consejeros insulares de su respectiva isla.

(artículos 10.6 EACM<sup>123</sup> y 18.2 LECM). Merece destacarse —pues no es, en absoluto, la regla general— que estas tres Comunidades Autónomas, desde su creación hasta el día de hoy, han mantenido inalterada la barrera electoral. Ello se debe, sin duda, más que a la bondad o justicia de la misma (que, desde la teoría y los intereses, siempre es un tema discutible), al deseo de las fuerzas políticas mayoritarias (que son las que tienen la fuerza parlamentaria necesaria para cambiar la normativa) de mantener el *statu quo*, que evidentemente les beneficia. La eficacia de esta cláusula barrera para eliminar, de raíz, competidores molestos se ha mostrado regularmente en las elecciones al Parlamento de Cantabria, con exclusiones que en las de 1991 llegaron al porcentaje del 4,87 por ciento<sup>124</sup>. Asimismo, en las elecciones a la Asamblea de Madrid, con una intensa proporcionalidad debido a la extraordinaria magnitud de la única circunscripción, la barrera del cinco por ciento ha dejado fuera a algunas formaciones políticas que, con una cláusula del tres por ciento, habrían podido lograr hasta tres diputados<sup>125</sup>. En fin, también en la Comunidad Autónoma de La Rioja está cláusula de exclusión ha contribuido a la “estabilidad parlamentaria”<sup>126</sup>. Así, pues, en todas estas elecciones autonómicas, la cláusula de exclusión del cinco por ciento global ha cerrado la puerta del Parlamento a candidaturas que, habiendo logrado mayor número de votos “que el coste de la adjudicación del último escaño” asignado, no han logrado, en cambio, superar aquella barrera electoral<sup>127</sup>.

---

123.- La fijación de este porcentaje en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid suscitó una viva discusión durante la tramitación parlamentaria del mismo. En concreto, el diputado Santiago Carrillo, del Partido Comunista de España, abogaba para que aquella cláusula del cinco se rebajara al tres por ciento, ya fijada para la elección del Congreso de los Diputados en la LOREG. A su juicio, con la barrea electoral en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en toda la Comunidad se iban a dejar fuera de la Asamblea a “grupos sociales activos”, que podrían enriquecer “el pluralismo político existente en la Región de Madrid”. Estos debates parlamentarios pueden verse en CORTES GENERALES: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Comisiones, núm. 1, de 18 de enero de 1983, pág. 7; y CORTES GENERALES: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Pleno, núm. 8, de 25 de enero de 1983, pág. 196. Para un resumen de los mismos, cfr. PAJARES MONTOLÍO, Emilio: “El sistema electoral de la Comunidad de Madrid”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (coordinador: Francesc Pau i Vall), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 267.

124.- Cfr. CORONA FERRERO, Jesús María: “El régimen electoral de la Comunidad Autónoma de Cantabria”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, págs. 377-378.

125.- En concreto, nos referimos al Centro Democrático y Social en las elecciones de 1983 y 1991. De hecho, el cociente al que se adjudica el último escaño se sitúa, dependiendo de la abstención, en torno a los 20.000-25.000 votos, lo que supone menos de un 1% del total. Cfr. PAJARES MONTOLÍO, Emilio: “El sistema...”, *op. cit.*, págs. 274-275; IDEM: “El régimen electoral de la Comunidad de Madrid”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 488.

126.- Cfr. MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés: “El régimen electoral de La Rioja”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 388.

127.- Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 250; RÍOS RULL, Fernando: “Barreras...”, *op. cit.*, págs. 729-730.



Hay que precisar, sin embargo, que en estas tres Comunidades Autónomas coincide todo su territorio con la única circunscripción establecida, motivo por el cual su tope electoral tanto puede situarse en este escalón de dificultad como en el inmediatamente inferior (que exige, como hemos visto, el cinco por ciento de los votos válidos emitidos a nivel de circunscripción)<sup>128</sup>. Muy distinta fue, sin embargo, la situación de la Región de Murcia durante treinta y dos años (1983-2015), esto es, hasta las últimas elecciones autonómicas inclusive. En efecto, hasta la entrada en vigor de la ya citada Ley 14/2015, de 28 de julio, la LERM establecía una pluralidad de circunscripciones comarcales (cinco, en concreto) e imponía como barrera electoral el cinco por ciento de los votos válidamente emitidos en el *conjunto* de todas ellas (“a nivel regional”, como decía la disposición transitoria 1<sup>a</sup>.2.d del EARM, primero; y “en la Región”, como fijaba la redacción originaria del artículo 15.a de la LERM, después). El profesor Gálvez Muñoz<sup>129</sup>, tras poner de relieve que la barrera murciana era una de las “elevadas del Derecho electoral español”, añadía que no es “lo usual” que, en una Comunidad Autónoma con una pluralidad de circunscripciones, se calcule la cláusula de exclusión sobre la totalidad de los votos válidos emitidos en la Región”. Además, con una barrera tan elevada y la división de la Comunidad Autónoma uniprovincial en cinco circunscripciones, sorprendía la argumentación que esgrimía la Exposición de Motivos de la LERM para defender la bondad del sistema electoral murciano: “Evita —decía— que ninguna fuerza política significativa quede excluida de la posibilidad de acceder a la Asamblea Regional”. Parecía que la motivación que subyacía tras esta normativa electoral era más bien la contraria, esto es, el deseo de las dos fuerzas mayoritarias (PP y PSOE) de monopolizar el juego político en la Comunidad, dificultando en extremo el acceso al Parlamento de pequeños partidos o partidos comarcales (en concreto, el cartagenero Partido Cantonal)<sup>130</sup>, que —a corto o medio plazo— pudieran poner en peligro su hegemonía.

---

128.- En el mismo sentido, cfr. CORONA FERRERO, Jesús María: “El régimen...”, *op. cit.*, pág. 377.

129.- Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “Ciudadanía...”, *op. cit.*, pág. 94; IDEM: “El régimen electoral de Murcia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 401.

130.- El hecho de computar el porcentaje de votos sobre el conjunto de la Comunidad Autónoma —y no sobre cada circunscripción— provocó que, en las elecciones a la Asamblea Regional de Murcia celebradas el día 10 de junio de 1987, el Partido Cantonal, que logró un 15,03 por ciento de los votos en la circunscripción de Cartagena (la número Dos), se quedara sin representación al no lograr el cinco por ciento a nivel regional. Por contra, el Centro Democrático y Social, pese a obtener menos votos que aquel en dicha circunscripción, consiguió un diputado en la misma, pues superó dicha barrera. Esta posibilidad, planteada en términos genéricos, ya fue apuntada, a principios de los años ochenta, por el profesor Francisco José BASTIDA FREIJEDO (“Principios...”, *op. cit.*, pág. 272). A su juicio, las Comunidades Autónomas que, teniendo el territorio dividido en una pluralidad de circunscripciones, fijan la barrera electoral en el cinco por ciento de los votos válidos en el conjunto de la Región buscan, sin duda, “privar de relevancia parlamentaria a agrupaciones de escasa implantación regional, aunque hayan obtenido” muchos votos en una de las circunscripciones.

## E) El caso específico de la Comunidad Valenciana: barrera electoral en el cinco por ciento en el conjunto de la Comunidad computado sobre *todos* los votos emitidos (válidos y nulos)

Hasta la reforma estatutaria del año 2006, la Comunidad Valenciana tenía fijada la cláusula de exclusión de las elecciones autonómicas en el propio Estatuto de Autonomía. Dicha barrera fue suprimida en la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. En concreto, el artículo 12.2 *in fine* del Estatuto de 1982 afirmaba que, para poder entrar en el reparto de escaños, era preciso obtener “un número de votos superior al cinco por cien de los emitidos en la Comunidad Autónoma Valenciana”. Por su parte, el nuevo artículo 23.2 *in fine* del EACV de 2006 se limita a indicar que, para poder participar en la distribución de escaños, los candidatos deberán ser presentados por formaciones políticas que “obtenzan el número de votos exigido por la Ley electoral valenciana”<sup>131</sup>. Como vemos, en la última reforma estatutaria, se ha *sacado* del Estatuto la cláusula barrera, pues era un tema que dividía a las fuerza políticas valencianas hasta tal punto que, posiblemente, hubiera impedido su aprobación. A pesar de ello, ante el silencio del nuevo Estatuto, se sigue aplicando la misma cláusula que antes, al venir también recogida en el artículo 12.a de la LECV (“No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el cinco por cien de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana”)<sup>132</sup>. Por tanto, ahora, al dejarse fuera del Estatuto de Autonomía, la barrera electoral podrá modificarse (previsiblemente a la baja) de forma más fácil que antes. Sin embargo, no puede olvidarse que la nueva ley electoral deberá contar necesariamente con un amplio apoyo parlamentario, pues —de conformidad con artículo 24 EACV— es preciso que la reforma sea “aprobada en votación de conjunto por las dos terceras partes” de las Cortes Valencianas.

---

131.- La redacción del nuevo Estatuto de Autonomía dice literalmente que la ley electoral fijará el “número”, no el *porcentaje*, de votos que habrá de obtener una candidatura para entrar en el reparto de escaños. Ello ha llevado al profesor Josep Maria FELIP I SARDÀ (“El sistema electoral valenciano en la Ley Orgánica 1/2006, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”, en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 49/50, 2005, pág. 128) a afirmar que, el método que debe utilizar la futura ley electoral valenciana para concretar la cláusula de exclusión, tiene que consistir en un “número de votos, no un porcentaje”. Criterio que nos parece discutible, por excesivamente literal. De hecho, no creemos que haya ningún impedimento estatutario para que dicha ley fije la barrera electoral en un *porcentaje* de votos que, *a posteriori*, se concretará en un *número* de votos.

132.- Una valoración extremadamente crítica de la barrera electoral que ha incorporado la legislación autonómica valenciana, puede verse en los trabajos del profesor Vicent FRANCH I FERRER: “Las elecciones autonómicas valencianas en perspectiva (1983-1991): los efectos de la cláusula de barrera del 5% en el sistema de partidos valenciano”, en *Cuadernos Constitucionales de la Càtedra Fadrique Furio Ceriol*, núm. 9-10, 1995, págs. 87-113; y “Las cláusulas...”, *op. cit.*, págs. 881-898. En este último trabajo, afirma literalmente que, “de todas las Comunidades afectadas, la valenciana constituye el paradigma del despropósito” (pág. 898).

Como ha subrayado el profesor Aguiló Lúcia, la barrera que establece la legislación valenciana es una de las más exigentes (la segunda, precisamos nosotros) de todos los sistemas electorales de los Parlamentos autonómicos<sup>133</sup>. Y ello por tres motivos: en primer lugar, porque el porcentaje del cinco por ciento es el más elevado (a excepción del canario); en segundo lugar, porque el cómputo es sobre toda la Comunidad Valenciana (no sobre cada una de las tres circunscripciones)<sup>134</sup>; y, en tercer lugar, porque la barrera electoral se fija sobre *todos* los votos emitidos (válidos y nulos). Es, precisamente, esta última exigencia la que, en cuanto al grado de dificultad, nos hace situar la barrera valenciana por encima de la del nivel anterior. Recordemos que, como hemos indicado, las barreras electorales de todas las Comunidades Autónomas menos la valenciana se calculan sobre los “votos válidos emitidos” (es decir, sin computar los votos nulos). En efecto, la única excepción a esta regla, casi general, es la Ley que regula las elecciones a las Cortes Valencianas, pues establece que la barrera electoral se fije sobre los “votos emitidos”, esto es, sobre la suma de los válidos y los nulos (artículo 12.a y Preámbulo de la LECV).

La diferencia entre fijar la barrera en relación con *todos* los “votos emitidos” o solo con los “votos válidos emitidos”, evidentemente, no es grande, pues los votos nulos son un número muy pequeño de los que se depositan en las urnas (normalmente, entre el uno y el dos por ciento). No obstante, en todo caso, sí que supone poner un poco más alto el listón que hay que *saltar* para poder acceder al reparto de escaños. Veamos un caso concreto. En las elecciones al Parlamento valenciano de 27 de mayo de 2007, sobre un censo de 3.436.601 electores, votaron un total de 2.436.759 ciudadanos (70’90%). El número de votos válidos fue de 2.403.027 y el de votos nulos, el resto, esto es, 33.732 (lo que supone un 0,98% sobre el censo electoral y un 1,40% sobre los votantes). El cinco por ciento de los “votos válidos emitidos” son 120.152 sufragios;

---

133.- Cfr. AGUILÓ LÚCIA, Lluís: *Les Corts Valencianes. Introducció al Dret Parlamentari Valencià*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 31.

134.- El profesor Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA (“El régimen electoral valenciano”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 412) afirma que “tal regulación produce una incongruencia organizativa: mientras que los electores votan en el distrito para elegir a los diputados presentados en el distrito en el número que corresponde al distrito, solo son «tenidos en cuenta» en el distrito aquellos votos que reciban las candidaturas presentadas en el distrito que hayan superado una determinada votación en el conjunto de la Comunidad”.

El hecho de que el porcentaje se aplique sobre todos los votos emitidos en la Comunidad Autónoma, y no solo sobre los computados en la circunscripción, puede producir algunos supuestos chocantes, al menos, para el ciudadano medio. Así, el profesor Vicent FRANCH I FERRER (“Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 392) analiza el caso que se dio en *Castellón* en las elecciones autonómicas de 1991. En dicha provincia, Unitat del Poble Valencià obtuvo más votos (12.267, el 4’92%) que Izquierda Unida (11.964, el 4’30%), pero esta última obtuvo un diputado por la circunscripción castellanense al superar el cinco por ciento en el conjunto de la Comunidad Autónoma; en tanto que aquella, al no cumplir este requisito a pesar de haber obtenido más votos en dicha provincia, se quedó sin representación en la misma. No ha sido, ni mucho menos, un caso aislado.

por su parte, el cinco por ciento de los “votos emitidos” (válidos y nulos) son 121.838 sufragios. Por tanto, en el supuesto concreto analizado, son 1.686 votos la diferencia entre una y otra barrera electoral.

Con respeto a esta singular regulación —esto es, que la barrera electoral debe calcularse sobre todos los votos emitidos y no solo sobre los votos válidos—, llama la atención que numerosos trabajos doctrinales la han pasado por alto, equiparando, en este punto, la Comunidad Autónoma valenciana a las del grupo anterior. Algunos autores, claro está, la han subrayado<sup>135</sup>, pero han sido minoría. Sin embargo, tanto la redacción del Estatuto de Autonomía de 1982 (derogado) como la de la Ley electoral valenciana, que básicamente la reproduce, no ofrecen dudas al respecto. Y así lo reconocía de forma expresa el profesor Bastida Freijedo, en un trabajo publicado a principios de los años ochenta<sup>136</sup>, al afirmar lo siguiente: “Quizá sea un lapsus, pero lo cierto es que el Estatuto de Valencia no manda computar el cinco por cien de la barrera legal sobre los votos *válidamente* emitidos, sino sobre los *votos emitidos*, incluidos, por tanto, los nulos”.

**F) El caso singular de la Comunidad Autónoma de Canarias (tres barreras electorales alternativas): el seis por ciento en el conjunto de la Comunidad, haber sido la lista más votada en la respectiva circunscripción, o haber obtenido al menos el treinta por ciento de los votos en la respectiva circunscripción**

En el sexto (y máximo) grado del ranking de dureza de las barreras electorales autonómicas hemos de situar la singularísima legislación canaria, que establece distintas cláusulas de exclusión, que operan una a nivel de la Comunidad Autónoma y dos a nivel de cada una de las siete circunscripciones insulares. En efecto, de acuerdo con la disposición transitoria primera, punto dos, del EACC (introducida por la reforma estatutaria aprobada mediante la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre), “en tanto no se disponga otra cosa por una ley del Parlamento canario aprobada por mayoría de dos terceras partes de sus miembros”, solo serán tenidas en cuenta aquellas listas de partido o coalición que hayan obtenido el mayor número de votos válidos de su respectiva circunscripción electoral y las siguientes que hayan logrado, al menos, el treinta por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción insular o, sumando los de todas las circunscripciones en

---

135.- Cfr. GARCÍA SORIANO, María Vicenta: *Elementos de Derecho Electoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 132-133; GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *La homogeneidad...*, *op. cit.*, pág. 249-251; MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Participación política, autonomía y ley electoral. La ley electoral valenciana”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 2, 1996, pág. 37.

136.- Cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco José: “Principios...”, *op. cit.*, pág. 271.

donde haya presentado candidatura, al menos, el seis por ciento de los votos válidos emitidos en el conjunto de la Comunidad Autónoma<sup>137</sup>. Por tanto, el Estatuto de Autonomía canario establece, si bien de forma transitoria, tres vías alternativas para saltar la barrera electoral<sup>138</sup>: 1ª) ser la lista más votada en una isla (con independencia del porcentaje de votos obtenidos); 2ª) obtener el treinta por ciento de los votos válidos emitidos en una isla (aunque no sea la lista más votada); y 3ª) lograr el seis por ciento de los votos válidos emitidos en el conjunto de la Comunidad Canaria<sup>139</sup>.

Como subrayó el profesor López Aguilar<sup>140</sup>, se trata de los “porcentajes más altos de todo el Derecho electoral autonómico”, añadiendo que, con dicho endurecimiento, se daba una nueva “vuelta de tuerca” a la dudosa constitucionalidad del mal denominado “sistema electoral canario”<sup>141</sup>. El profesor Ríos Rull<sup>142</sup> pone de relieve que las barreras electorales del sistema canario están “dirigidas directamente a excluir a determinadas formaciones”; en concreto, el seis por ciento en el conjunto de la Comunidad va contra aquellas formaciones políticas que son minoritarias en el conjunto de la Región pero que, al estar radicadas en las islas más pobladas, obtienen un considerable número de votos; por su parte, el tope del treinta por ciento insular va dirigido “contra partidos insularistas no integrados en estructuras de mayor ámbito territorial”. De forma más explícita, y poniendo nombre a

---

137.- Por lo que se refiere a la constitucionalidad de esta regulación en una disposición transitoria y de la posibilidad de su reforma por ley autonómica de mayoría reforzada, la STC 225/1998, de 25 de noviembre (Ponente: Álvaro RODRÍGUEZ BERELJO), *BOE* de 30 de diciembre de 1998, fund. juríd. 2ª-B, afirmó que, al no existir en la Constitución una reserva estatutaria expresa sobre la regulación del sistema electoral de los Parlamentos autonómicos, es posible que el propio Estatuto remita la fijación definitiva de su contenido al legislador autonómico.

138.- Barrera electoral que Fernando RÍOS RULL (“El régimen electoral de Canarias”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 444) califica de “desmesurada”. También se muestra muy crítico con la misma Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR: “Derecho electoral autonómico y potestad autoorganizatoria de las Comunidades Autónomas”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, 1999, págs. 258 y sig.

139.- Cfr. PÉREZ ALBERDI, Reyes: “Efectos de las barreras electorales: estudio del sistema electoral canario a raíz de la STC 225/1998”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 52, 2001, págs. 357-402.

140.- Cfr. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “La forma de gobierno canaria”, en el libro colectivo *Formas de gobierno y sistemas electorales* (coordinadores: Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y Silvio Gambino), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 581; IDEM: “Derecho...”, *op. cit.*, pág. 267.

141.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1998, *cit.*, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, no apreció, sin embargo, inconstitucionalidad en ninguna de las reformas introducidas en el Estatuto de Autonomía de Canarias por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.

142.- Cfr. RÍOS RULL, Fernando: “El régimen...”, *op. cit.*, págs. 446.

las víctimas de dicha legislación, el profesor Torres del Moral<sup>143</sup> afirmó que, “a poco realista que se sea en el análisis político, se intuye derechamente que el establecimiento de tan altos porcentajes no responde tanto al deseo de favorecer una sólida representación insular, cuanto al intento escasamente ético de laminar a algún adversario político. Efectivamente, la inusitada elevación de ese ya muy alto hándicap” (6% y 30%) logró eliminar, *a pesar de obtener en su isla-circunscripción más del 28% de los votos*, al Partido Independiente de Lanzarote (PIL)<sup>144</sup>, que se mostraba reacio a coaligarse con Coalición Canaria. En efecto, en las elecciones autonómicas de 13 de junio de 1999, de los 36.732 votos válidos emitidos en la isla de Lanzarote, 10.320 fueron para el PIL, que no obtuvo, sin embargo, ningún diputado. Por el contrario, el PSOE, con 8.878 votos, logró tres escaños por esta circunscripción y el Partido Popular, con 4.869 votos, obtuvo uno. El recurso de amparo presentado por el Defensor del Pueblo “tampoco tuvo éxito. Medida tan desmedida —afirma el eminente catedrático de la UNED— ha propiciado la reducción del pluralismo interno del Parlamento canario” y, a su juicio, “podría ser estimada, por tanto, contraria al principio-valor del pluralismo político”<sup>145</sup>, aunque no fue este el criterio del Tribunal Constitucional.

#### **4.3. La modificación de la barrera electoral en numerosas Comunidades Autónomas: argumentos jurídicos invocados y objetivos políticos silenciados**

Las normas electorales, como es sabido, nunca son inocentes. En efecto, un pequeño cambio en un precepto, apenas perceptible para el ciudadano medio, puede provocar, con los mismos resultados electorales, la victoria o la derrota de un partido político. Es, por tanto, muy frecuente que “concretas reformas electorales obedezcan a la conveniencia política de las mayorías coyunturales..., en una suerte de *gerrymandering* que intenta esconder sus miserias bajo armazones teórico-prácticos que al rascarse mínimamente muestran endebles justificaciones. La procura del bien común suele ser fácil

---

143.- Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: “Sistemas electorales y sistemas de partidos en las Comunidades Autónomas”, en el libro colectivo *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora* (director: Luis A. Gálvez Muñoz), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 232-233.

144.- Se presentó, en estos comicios, dentro de la coalición electoral “Federación Nacionalista Canaria (FNC)”.

145.- Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: “Sistemas...”, *op. cit.*, págs. 232-233. En otro trabajo (“Prólogo” al libro colectivo *Análise...*, *op. cit.*, pág. 10), este autor se refiere a la “descomunal barrera electoral” del sistema canario, incorporada precisamente para que el mismo “no funcione proporcionalmente y así poder eliminar a algún contendiente incómodo”.

recurso para maquillar oscuros intereses partidistas<sup>7146</sup>. Por este motivo, los estudiosos de estas materias, cuando analizamos una reforma legal (casi siempre presentada bajo argumentos de mejora técnica y profundización democrática), debemos preguntarnos a quién beneficia y a quién perjudica. La razonable desconfianza es, sin duda, un buen criterio hermenéutico para abordar el análisis de las reformas electorales.

Lo que acabamos de afirmar como teoría general tiene un ejemplo paradigmático en la regulación de las barreras electorales, que —como hemos reiterado— abren o cierran el paso al Parlamento a las formaciones políticas menores y pueden llegar a condicionar, si estas son necesarias para construir mayorías, el color político del Gobierno. Por ello, ahora vamos a reflexionar sobre los argumentos jurídicos invocados y los objetivos políticos silenciados en *las modificaciones legislativas de las barreras electorales autonómicas*. El dato más relevante podemos formularlo diciendo que, a la hora de fijar la cláusula de exclusión, se ha producido un auténtico baile entre el tres y el cinco por ciento de los votos válidos emitidos<sup>147</sup>. Así, encontramos algunas Comunidades Autónomas que han endurecido su barrera, pasando del tres al cinco por ciento (este es el caso de Galicia, Extremadura<sup>148</sup> y Baleares); otras han bajado el listón del cinco al tres por ciento (como ha sucedido en Asturias<sup>149</sup>, Navarra y Murcia<sup>150</sup>); otras se han mantenido siempre en el tres por ciento (Cataluña, Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha y Castilla y León) o siempre en el cinco por ciento (Cantabria, La Rioja, Madrid y Valencia<sup>151</sup>). El País Vasco, primero, subió la barrera del tres al cinco por

---

146.- Cfr. REVIRIEGO PICÓN, Fernando: “Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones”, en *Estudios de Deusto*, vol. 63/2, 2015, pág. 199.

147.- Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: “Circunscripción electoral y elecciones autonómicas”, en el libro colectivo *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (coordinador: Francesc Pau i Vall), Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 233-240.

148.- En la Comunidad Autónoma de Extremadura, como hemos visto, la barrera electoral del cinco por ciento a nivel de circunscripción está algo atenuada, pues la LEEX posibilita de compensación de votos entre las dos provincias.

149.- La rebaja introducida por la legislación asturiana fue doblemente significativa: por una parte, se redujo la barrera electoral del cinco al tres por ciento de los votos válidos emitidos; y, por otra, se limitó a la circunscripción (antes era el conjunto de la Región, dividida en tres distritos) el ámbito territorial sobre cuyos votos se aplica este porcentaje.

150.- Como hemos estudiado, la cláusula de exclusión establecida para las elecciones a la Asamblea Regional de Murcia se modificó a la baja (del tres al cinco por ciento, en una única circunscripción) a través de la Ley 14/2015, de 28 de julio. Normativa que, previsiblemente se aplicará, por vez primera, en las elecciones autonómicas de mayo de 2019.

151.- En la Comunidad Valenciana, como hemos estudiado, su porcentaje del cinco por ciento es sobre *todos* los votos (válidos y nulos) emitidos en la Comunidad.

ciento y, luego, la bajó para volver al tres por ciento inicial. Canarias, en fin, también ha experimentado cambios en lo que se refiere a la cláusula de exclusión, pues ha pasado del tres por ciento (en el conjunto de la Comunidad Autónoma) o el veinte por ciento (a nivel de circunscripción) al seis por ciento (en toda la Comunidad) o a ser la lista más votada u obtener, al menos, el treinta por ciento (a nivel de circunscripción).

La alteración de la barrera electoral (tanto para subirla como para bajarla) siempre se ha acompañado de respetables *argumentos jurídicos*. Para aumentarla, se invoca la *governabilidad*, es decir, la necesidad de conseguir Ejecutivos estables, para que puedan llevar a cabo, sin grandes dificultades parlamentarias, su programa político. Para rebajarla, se esgrime la búsqueda de la *representatividad*, esto es, el derecho de todas las fuerzas políticas con un mínimo apoyo social a acceder al Parlamento. Sin embargo, los *verdaderos motivos* —siempre de naturaleza política y, a veces, espurios— nunca han aparecido plasmados en las exposiciones de motivos de las normas, aunque eran perfectamente conocidos por todos los actores políticos, así como por los ciudadanos medianamente informados. Veamos un caso en cada sentido:

— *Endurecimiento de la barrera electoral en el Parlamento de las Islas Baleares* (reforma operada en la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, por la Ley 4/1995, de 21 de marzo). La LEIB, en su redacción originaria, establecía la barrera electoral en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en el ámbito de la circunscripción<sup>152</sup>, y la reforma de 1995 la elevó al cinco por ciento. En principio, nada cabe objetar a la legitimidad de este cambio, que, como es sabido, también se ha producido en otras Comunidades Autónomas (Galicia y Extremadura). Lo que sí hay que cuestionar, empero, es el modo de llevar a cabo esa reforma y el momento en que se hizo. En efecto, la modificación de la Ley electoral —en un punto, además, de indudable trascendencia para la obtención de representación parlamentaria— se hizo cuando faltaban escasamente dos meses para las elecciones al Parlamento de la Comunidad Autónoma, a la vista de las encuestas electorales (que daban a Unió Mallorca en torno al cuatro por ciento de la intención del voto) y con el decisivo voto de un tráfuga (del PSOE al PP). De esta manera, se obviaba por entero un principio básico de todo sistema electoral, cual es la interdicción de reformas sorpresivas del mismo, cuyo auténtico objetivo sea la eliminación de adversarios mediante la agravación de las condiciones para participar u obtener representación. Como se encargó de subrayar la prensa de aquellos días, la razón que subyacía a la citada modificación era espuria: se trataba de evitar que Unió Mallorca, anteriormente coaligada

---

152.- Cfr. RIBAS MAURA, Andrés: *El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1988, pág. 132.



con el Partido Popular y en aquellos momentos enfrentada a él, obtuviera representación en el Parlamento de las Islas Baleares<sup>153</sup>.

— *Debilitamiento de la barrera electoral en el Parlamento de País Vasco* (reforma producida en la Ley 5/1990, de 15 de junio, por la Ley 6/2000, de 4 de octubre). La última Ley electoral vasca, en su primera redacción, fijaba la barrera electoral en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción, y la reforma del año 2000 la rebajó al tres por ciento. En principio, tampoco hay nada que objetar a la constitucionalidad de este cambio, que —como hemos visto— también se ha producido en otras Comunidades Autónomas (Asturias, Navarra y Murcia). Lo que sí que resulta, al menos, curioso es la distancia que puede percibirse entre la argumentación jurídica esgrimida y la motivación política subyacente. Así, por lo que se refiere a aquella, la Exposición de Motivos de la Ley 6/2000, en tono solemne, afirmaba: “El objetivo de esta Ley no es otro que defender la necesaria pluralidad política y la representación legítima de los partidos minoritarios, en muchas ocasiones penalizados por la excesiva rigidez de los sistemas electorales”. Estas fueron, en síntesis, las razones formal y públicamente esgrimidas. Sin embargo, a nadie se le escapaba que la motivación de fondo era exclusivamente partidista: asegurar a Ezker Batua-Berdeak<sup>154</sup> su presencia en el próximo Parlamento Vasco, cuyas elecciones se iban a celebrar pocos meses después de dicha reforma<sup>155</sup> (pues, también en este caso, las encuestas electorales daban a esta formación política una intención de voto por debajo del cinco por ciento). De esta manera, el Partido Nacionalista Vasco garantizaba a Ezker Batua-Berdeak —que había sido la única formación política no nacionalista que, en 1998, había firmado el “Pacto de Estella”, para buscar la soberanía de Euskadi— la presencia parlamentaria en la siguiente legislatura.

---

153.- Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d'Estudis Autònomic (Generalitat de Catalunya), Barcelona, 2011, págs. 394-395; IDEM: “El régimen electoral de las Islas Baleares”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 478; OLIVER ARAUJO, Joan y CALAFELL FERRÁ, Vicente J.: “Islas Baleares. Comunidad Autónoma de las Illes Balears”, en la obra colectiva *La Constitución de 1978 y las Comunidades Autónomas* (coordinador: Eduardo Espín Templado), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 375-376; IDEM: “Las Islas Baleares: Una Comunidad Autónoma *in fieri*”, en el libro colectivo *El Estado Autonomico in fieri. La reforma de los Estatutos de Autonomía* (coordinador: Manuel José Terol Becerra), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, págs. 232-233; IDEM: “El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares: Gestación y balance”, en el libro colectivo *La España de las autonomías. Reflexiones 25 años después* (director: Manuel Balado Ruiz-Gallegos), Bosch, Barcelona, 2005, págs. 1.152-1.153; PALLARÉS PORTA, Francesc: “Los sistemas...”, *op. cit.*, págs. 239.

154.- Constituía el referente político de Izquierda Unida, con quien estaba confederada, en el País Vasco.

155.- En concreto, estas elecciones se convocaron a través del Decreto 2/2001, de 19 de marzo, y se celebraron el día 13 de mayo de 2001.

Como vemos, la situación fáctica era similar en ambos supuestos, pero los objetivos políticos que se pretendían lograr con la reforma de la barrera electoral eran antagónicos. En el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la finalidad perseguida con la modificación normativa llevada a cabo era expulsar de la vida política a un partido (Unió Mallorquina), que el Gobierno del Partido Popular estimaba que había sido, con ellos, un socio desleal. En el supuesto del País Vasco, por el contrario, lo que se pretendía con la modificación de la barrera electoral era *salvar* de la posible desaparición parlamentaria a un partido (Ezker Batua-Berdeak), que el Gobierno del PNV consideraba cercano a sus planteamientos nacionalistas/independentistas y con el que, tal vez, tendría que contar en el futuro para mantener la mayoría parlamentaria<sup>156</sup>. Como afirmó con rotundidad el profesor García Herrera<sup>157</sup>, las “bellas palabras e intenciones” del Preámbulo de la Ley vasca que rebajó la barrera electoral “solo camuflaban la operación política de favorecer la representación parlamentaria de Izquierda Unida”, para que, tras las inminentes elecciones, “reforzara la mayoría parlamentaria nacionalista” que iba a apoyar al Gobierno del Presidente Ibarretxe<sup>158</sup>. En síntesis, pues, podemos afirmar que, en el caso de las Islas Baleares, el Gobierno autonómico buscaba perjudicar a un enemigo político; en tanto que, en el caso del País Vasco, el Ejecutivo de Vitoria pretendía ayudar a un posible socio.

El Tribunal Constitucional ha establecido que tanto el tres como el cinco por ciento (sea a nivel de circunscripción o de Comunidad Autónoma) son porcentajes admisibles sin que el sistema deje de ser proporcional; por lo tanto, las reformas electorales que se mueven en esta horquilla no ofrecen dudas de constitucionalidad. Ello no obstante, las reglas implícitas de toda democracia de calidad exigen que la modificación de la cláusula de exclusión, como la de cualquier otro elemento del régimen electoral que pueda afectar a los resultados de los comicios, se haga a suficiente distancia de los mismos y con un amplísimo consenso entre las fuerzas políticas. No se olvide que en la

---

156.- El profesor Miguel Ángel PRESNO LINERA (“Nuevos Estatutos de Autonomía con viejos sistemas electorales”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5, 2007, pág. 114), comentando la bajada de la barrera electoral vasca, ha escrito: “Tenemos algún ejemplo de que, cuando ha sido necesario para mantener una mayoría de gobierno, se han realizado los cambios oportunos en una ley electoral autonómica”. Con criterio análogo, cfr. LÓPEZ NIETO, Lourdes: “Elecciones autonómicas”, en el libro colectivo *Comportamiento político y sociología electoral*, UNED, Madrid, 2009, págs. 436 y 475.

157.- Cfr. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: “El régimen electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 322.

158.- También sin eufemismos, el profesor Juan Carlos GAVARA DE CARA (*La homogeneidad...*, *op. cit.*, pág. 250) afirma que se trató de “una modificación basada en criterios políticos... como pacto de legislatura para favorecer los intereses de IU-EB”.

respetabilidad del sistema electoral se encuentra la respetabilidad del sistema democrático en su conjunto.

#### **4.4. Alcance y efectividad real de las barreras establecidas para las elecciones de los Parlamentos autonómicos**

A diferencia de lo que, como hemos visto, sucede con la cláusula de exclusión establecida en las elecciones al Congreso de los Diputados, que apenas tiene eficacia real, las barreras electorales fijadas en los ordenamientos jurídicos autonómicos producen, en numerosas circunscripciones, sus efectos característicos, esto es, dejar fuera del reparto de escaños a partidos cuyos resultados les permitirían, de conformidad con la fórmula proporcional utilizada, obtener uno o varios diputados. Ello se debe, en algunas Comunidades Autónomas, a que el porcentaje mínimo de apoyo ciudadano que se exige para entrar en la Cámara autonómica es más elevado que el que se demanda en las elecciones generales (v.g., Canarias, Valencia y Cantabria); en otras Comunidades, a que la magnitud de las circunscripciones (esto es, el número de diputados que se eligen) es muy superior en las elecciones autonómicas que en las elecciones generales (v.g., Cataluña, Extremadura y el País Vasco)<sup>159</sup>; y, finalmente, en otras Comunidades, a las dos causas anteriores —es decir, al establecimiento de elevadas barreras electorales y grandes circunscripciones— actuando conjuntamente (v.g., Madrid, Galicia y La Rioja). Para demostrar lo anterior y únicamente a modo de ejemplos, podemos recordar que:

— En las elecciones autonómicas de 26 de mayo de 1991 se produjeron, entre otras, las siguientes exclusiones. En Cantabria, cuya barrera electoral se fijó en 15.152 votos, quedó sin representación Izquierda Unida (IU) y el Centro Democrático y Social (CDS), con 13.023 votos (4,29 por 100) y 7.926 (2,61 por 100), respectivamente, cuando la adjudicación del último escaño se hizo con 6.434 votos (PSOE). En Madrid, con la barrera en 112.068 votos, no se tuvo en cuenta a las Candidaturas del CDS y de Los Verdes con 74.531 (3,32 por 100) y 35.559 votos (1,59 por 100), respectivamente, mientras que el último electo lo fue con 20.340 votos<sup>160</sup>. Finalmente, en La Rioja, cuya cláusula de exclusión quedó establecida en 7.293 votos, se dejó sin acceso a escaño a IU y al CDS, con 6.499 (4,45 por 100) y 6.271 votos (4,29 por 100), respectivamente, cuando el último diputado regional se logró con 3.802 votos<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup>- En el mismo sentido, cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 1.927.

<sup>160</sup>- Cfr. RÍOS RULL, Fernando: “Barreras...”, *op. cit.*, págs. 729-730.

— En las elecciones autonómicas en la Región de Murcia, el cartagenero Partido Cantonal experimentó, repetidas veces, los efectos excluyentes de una barrera electoral diseñada al gusto de los dos grandes partidos políticos del momento. Así, en las elecciones de día 8 de mayo de 1983, se dieron los siguientes resultados en la circunscripción número 2 (comarca de Campo de Cartagena y Mar Menor) que elegía diez diputados: 48.349 votos para el PSOE; 30.434, para el PP; y 11.914, para el Partido Cantonal (tercera fuerza política en dicha circunscripción). Pues bien, aunque a este último partido le hubiera correspondido un escaño aplicando la regla D'Hondt (el último se repartió con un cociente de solo 8.058 votos), dicho escaño fue para el PSOE, pues el PCAN no superaba la barrera *regional* del cinco por ciento que le hubiera dado derecho a participar en el reparto de diputados. Todavía más doloroso para el PCAN fue lo que sucedió en las elecciones autonómicas de 10 de junio de 1987. En ellas, los resultados fueron los siguientes: 41.377 votos para el PSOE; 30.408, para Alianza Popular; 16.428, para el Partido Cantonal; y 13.610, para el CDS. Nuevamente, el PCAN fue excluido del reparto de escaños al no superar la barrera del cinco por ciento *regional* (logró aproximadamente el 3,4%), de manera que se quedó sin representación en la Asamblea, cuando la última asignación de escaño fue para Alianza Popular con un cociente de 7.602 votos. Además, para mayor frustración, el PCAN vio como el CDS, con bastantes menos votos en la circunscripción de Cartagena, lograba un escaño por esta circunscripción, al superar el cinco por ciento en el conjunto de la Región<sup>161</sup>.

— Siguiendo con las elecciones autonómicas de la Región de Murcia, pero ahora analizando las que tuvieron lugar el 22 de mayo de 2011 en la circunscripción número tres (comarca de la Vega del Segura), que elegía 21 escaños, podemos ver cómo la barrera electoral excluyó del reparto de escaños a Unión Progreso y Democracia (UPyD) cuando, de no existir dicha barrera, la regla D'Hondt hubiera recompensado sus votos con un diputado. Analicémoslo con más detalle. En dicha circunscripción, se dieron los siguientes resultados: el PP obtuvo 200.593 votos; el PSOE, 73.808; IU, 25.076; y UPyD, 17.680. Esta última formación política, pese a obtener el 5,4% de los votos del distrito electoral, no pudo acceder al reparto de escaños porque, a nivel regional, solo consiguió el 4,6% de los sufragios válidamente emitidos. Todo ello a pesar de que el último escaño se otorgó al PP con un cociente de 13.373 votos<sup>162</sup>.

---

161.- Cfr. SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: *El sistema...*, *op. cit.*, págs. 124-125.

162.- *Ibidem*, págs. 128-129.

— El último ejemplo también lo vamos a extraer de las elecciones autonómicas murcianas, pero ahora con referencia a las que se celebraron el día 24 de mayo de 2015 en la aludida circunscripción número tres. En esta ocasión, quien sufrió las consecuencias de la elevada barrera regional fue la candidatura de la coalición “Ganar La Región de Murcia” (que integraba a Izquierda Unida), ya que con 14.113 votos en la circunscripción hubiera podido obtener un escaño, pues el último asignado (al PP) lo fue con un cociente de 12.302 votos. Sin embargo, dicha coalición —al quedarse a dos décimas del cinco por ciento regional— fue excluida de la fase del reparto de escaños<sup>163</sup>.

## 5. LA BARRERA ELECTORAL FIJADA PARA LAS ELECCIONES DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS ENTES LOCALES

Todos los órganos de gobierno de las Administraciones locales que son elegidos (por los ciudadanos empadronados en su ámbito territorial) mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto utilizan, de acuerdo con la legislación orgánica y ordinaria que les es aplicable, el sistema proporcional en su fórmula D’Hondt, con una barrera electoral fijada en el *cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción*. En concreto, como es obvio, nos referimos a las elecciones municipales, a las elecciones de los Cabildos Insulares canarios y a las elecciones de los Consejos Insulares de Baleares<sup>164</sup>.

### 5.1. La barrera electoral en las elecciones municipales

Por lo que se refiere a las elecciones municipales, el artículo 180 de la LOREG (situado dentro del título III)<sup>165</sup> está redactado con el siguiente tenor literal: “La atribución de puestos de concejales en cada Ayuntamiento se realiza siguiendo el mismo procedimiento previsto en el artículo 163.1 de esta Ley, con la única salvedad de que no son tenidas en cuenta aquellas candidaturas que no obtengan, por lo menos, *el cinco por cien* de los votos válidos emitidos en la circunscripción” (esto es, el término municipal). Este precepto establece la fórmula de reparto de escaños del sistema electoral municipal reenviando a lo que establece la misma Ley para las elecciones al

---

163.- *Ibidem*, págs. 129.

164.- Con carácter general, cfr. BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: *Los representantes locales en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

165.- Bajo el rótulo: “Disposiciones especiales para las elecciones municipales” (arts. 176-200).

Congreso de los Diputados (es decir, la regla D'Hondt), con la única diferencia de fijar la cláusula de exclusión en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción<sup>166</sup>. Dicho con otras palabras, la regulación de las elecciones de los Ayuntamientos solo se diferencia de las elecciones de la Cámara Baja en la barrera electoral: en tanto que en aquellas está fijada en el cinco por ciento, en estas se establece en el tres por ciento, en ambos casos de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Se trata, como ya dijimos, de una opción libre del legislador<sup>167</sup>, pues nada establece la Constitución al respecto.

A la pregunta sobre el porqué de dicha elevación de la barrera de exclusión en las elecciones municipales, se ha afirmado<sup>168</sup> que la respuesta hay que buscarla, en parte, en nuestro proceso de Transición Política. En concreto, el profesor Bassols Coma<sup>169</sup> considera que dicha medida fue concebida como un modo de garantizar “la implantación de los partidos frente a las posibles agrupaciones locales de electores”. Con idéntico criterio, el profesor Fernández Segado<sup>170</sup> estima que esta cláusula del cinco por ciento (en vez del tres por ciento de las elecciones al Congreso de los Diputados) actuará preferentemente “frente a las agrupaciones de electores, que en este tipo de elecciones, a diferencia de lo que suele acontecer en las generales, son bastante frecuentes”. En la misma línea de pensamiento, aunque expresado en términos más genéricos, los profesores Baras Gómez y Botella Corral<sup>171</sup> entienden que, con la elevación de la cláusula de exclusión en las elecciones municipales (unida a otras técnicas), el legislador pretendía “favorecer la formación de partidos políticos sólidos y disciplinados”, que asumieran el protagonismo en los procesos electorales. No debe olvidarse que, “a la salida de la dictadura franquista, los partidos políticos democráticos eran organizaciones extremadamente débiles, integradas por pocos miembros, con

---

166.- Cfr. PENDÁS GARCÍA, Benigno: “El sistema electoral en las elecciones locales”, en el libro colectivo *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 570-571.

167.- Cfr. RIBAS MAURA, Andreu: “Las elecciones locales”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1992, pág. 142.

168.- Cfr. MORET MILLÁS, Vicente: “Artículo 180 LOREG”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum* (coordinador: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero), La Ley, Madrid, 2014, pág. 1.504.

169.- Cfr. BASSOLS COMA, Martín: “Evolución legislativa de las elecciones locales”, en *Elecciones locales*, INAP, Madrid, 1998, pág. 44.

170.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Aproximación...*, op. cit., pág. 136.

171.- Cfr. BARAS GÓMEZ, Montserrat y BOTELLA CORRAL, Juan: *El sistema...*, op. cit., pág. 175.

bases sociales muy tenues y con pocos medios de acción política propia. El temor a que se produjese un reciclaje de anteriores dirigentes del régimen franquista, especialmente (dado el tipo de transición democrática que tuvo lugar en España) gracias a su control de ciertas palancas del aparato del Estado, gobiernos municipales y provinciales, Administración, etc., condujo a una voluntad deliberada de reforzamiento de los partidos políticos”<sup>172</sup>.

## **5.2. La barrera electoral en las elecciones de los Cabildos Insulares canarios**

En cuanto a las elecciones de los Cabildos Insulares canarios, elegidos desde la puesta en planta de la Constitución de 1978 por sufragio universal directo de los ciudadanos de cada isla, la cláusula de exclusión también está fijada en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en el distrito. Tal conclusión resulta indubitada de la lectura del artículo 201.3 LOREG (dentro del título IV)<sup>173</sup>, que establece que “la elección de los consejeros insulares se realiza mediante el procedimiento previsto para la elección de los concejales, pero cada isla constituye una circunscripción electoral”<sup>174</sup>. Así lo reconoció de forma expresa la Sentencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 1987, al indicar que debía aplicarse la barrera del cinco por ciento establecida en el artículo 180 de la LOREG (para las elecciones municipales) y no la barrera del tres por ciento establecida por el artículo 163.1 de la misma Ley (para las elecciones de diputados al Congreso)<sup>175</sup>. Justificó la Audiencia Territorial dicha diferencia en la cláusula de exclusión afirmando que, “si bien resultan igualmente constitucionales ambas barreras electorales, son porcentualmente distintas, sin duda en función de la mayor representatividad exigible en los órganos legislativos (tres por ciento), que en los puramente administrativos y ejecutivos (cinco por ciento), en los que —en atención a sus funciones— hay que incluir a los Cabildos Insulares”.

---

172.- *Ibidem*, págs. 175-176. Un excelente estudio de los partidos políticos durante la Transición Política es el de los profesores Jorge DE ESTEBAN ALONSO y Luis LÓPEZ GUERRA: *Los partidos políticos en la España actual*, Planeta, Barcelona, 1982.

173.- Bajo el rótulo: “Disposiciones especiales para la elección de Cabildos Insulares canarios” (art. 201).

174.- Sobre el régimen electoral de los Cabildos canarios, cfr. SUAY RINCÓN, José: “Especificidades de las Diputaciones Provinciales y Cabildos Insulares”, en *Elecciones locales*, INAP, Madrid, 1998, esp. págs. 201-206 y 209-213.

175.- Cfr. AIZPURU SEGURA, Ana: “Artículo 201 LOREG”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum* (coordinador: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero), La Ley, Madrid, 2014, pág. 1.637.

### 5.3. La barrera electoral en las elecciones de los Consejos Insulares de Baleares

A diferencia de lo que sucede con los Cabildos canarios (que acabamos de analizar), la LOREG nada dispone en relación a los Consejos Insulares del Archipiélago Balear. Son, pues, únicamente el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y las leyes que se han dictado en su desarrollo las que, en la actualidad, regulan el sistema electoral de los Consejos Insulares. A estas normas, pues, debemos acudir.

Los miembros de los Consejos Insulares de Baleares, desde el nuevo Estatuto de Autonomía de 2007, también han pasado a ser elegidos directamente por los ciudadanos. En dichos comicios se utiliza, para limitar la proporcionalidad que ofrece la regla D'Hondt, una barrera electoral del *cinco por ciento* de los votos válidos emitidos en la circunscripción (esto es, en la isla respectiva). Veámoslo. Ante el referido silencio de la LOREG, el nuevo EAIB ha establecido que tres de los cuatro Consejos Insulares (los de Mallorca, Menorca e Ibiza) estarán integrados “por los consejeros elegidos en las respectivas circunscripciones, por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto mediante un sistema de representación proporcional respetando el régimen electoral general” (art. 64.1). En desarrollo de este precepto, el Parlamento de las Islas Baleares aprobó la Ley 7/2009, de 11 de diciembre, electoral de los Consejos Insulares, cuyo artículo 7.3 establece que, a efectos de la atribución de las plazas de consejeros electos, “no se tendrán en cuenta las candidaturas que no hayan obtenido, al menos, el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción electoral correspondiente”. Porcentaje que ya fijaba la disposición transitoria séptima, punto 2-j, del nuevo EAIB de 2007, en tanto no estuviera aprobada la ley del Parlamento que, en aplicación del Estatuto, regulase la elección de los miembros de los Consejos Insulares.

Reconociendo la coherencia del legislador autonómico balear al establecer la misma cláusula de exclusión en las elecciones de los Consejos Insulares de Baleares que la que prevé la LOREG para las elecciones de los Cabildos canarios y para las demás elecciones locales, parte de la doctrina<sup>176</sup> —con toda lógica— ha mostrado su extrañeza por el hecho de que las elecciones de los Cabildos canarios (incluyendo la cláusula de exclusión del cinco por

---

176.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Aproximación...*, *op. cit.*, pág. 141; BARAS GÓMEZ, Montserrat y BOTELLA CORRAL, Juan: *El sistema...*, *op. cit.*, pág. 154; SESEÑA SANTOS, Laura: “Sistemas electorales locales”, en el libro colectivo *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho electoral* (director: Fabio Pascua Mateo), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 291.



ciento de los votos válidos emitidos) estén reguladas en la LOREG (título IV) y, en cambio, las elecciones a los Consejos Insulares de Baleares (incluyendo la referida barrera del cinco por ciento) no esté fijada en la Ley electoral del Estado, sino en una ley autonómica.

Esta disparidad de fuentes reguladoras de las elecciones de los gobiernos de las islas de las Comunidades Autónomas de Canarias y de Baleares (ley del Estado en la primera y ley autonómica en la segunda) puede explicarse, tal vez, en el hecho de que —en el momento en que se aprobó la LOREG— los Cabildos canarios ya se nutrían de consejeros elegidos por los ciudadanos, en tanto que los Consejos Insulares de Baleares estaban integrados por los parlamentarios autonómicos elegidos en cada isla. La explicación, como es lógico, no es justificación. Por ello, a nuestro juicio, la referida divergencia —entre la fuente normativa que regula las elecciones a los Cabildos canarios y la que hace lo propio con los Consejos Insulares de Baleares— debería corregirse, incorporando en la LOREG un título IV bis (con su solo artículo: el 201 bis) con el siguiente rótulo: “Disposiciones especiales para la elección de los Consejos Insulares de Baleares”. En dicho título debería incluirse, *mutatis mutandis*, un contenido similar al del título que se refiere a los Cabildos canarios. El no hacerlo así permitiría —sin perjuicio de lo que, en última instancia, pudiera decidir, en su caso, el Tribunal Constitucional— modificar aquella barrera del cinco por ciento, provocando en este punto una disonancia no justificada con las otras elecciones locales. Ninguna luz podemos obtener en este punto de la Exposición de Motivos de la citada Ley autonómica 7/2009, pues al referirse al artículo 7 —tras indicar que regula el aspecto clave de “la composición cuantitativa o numérica de cada uno de los tres Consejos Insulares mencionados”— afirma, con evidente pereza descriptiva, que regula “también otros aspectos complementarios en cuanto a la atribución de las plazas de consejeros electos a las diferentes candidaturas, de manera similar a lo previsto en el apartado 2.j de la disposición transitoria séptima del Estatuto”.

#### **5.4. Alcance y efectividad real de la barrera establecida para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales**

A diferencia de lo que sucede con la barrera electoral establecida para las elecciones del Congreso de los Diputados, que —como hemos visto— solo puede tener eficacia real en las circunscripciones de Madrid y Barcelona (a causa de la pequeña magnitud de la inmensa mayoría de las circunscripciones y de la liviandad de la cláusula de exclusión —fijada en el tres por ciento—), la barrera fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales cumple, en numerosos casos, su función específica. En efecto, en este

ámbito, actúa realmente de cláusula de exclusión de los partidos pequeños a los que, sin embargo, la fórmula proporcional aplicada les otorgaba uno o varios escaños en base a los votos logrados.

La notable *eficacia* de la barrera electoral en las elecciones locales tiene una doble motivación. *En primer lugar*, porque el número de concejales que elige cada municipio o de consejeros insulares que elige cada Cabildo canario o Consejo Insular balear es, en la mayoría de los casos, muy superior al número de diputados al Congreso que corresponde a cada provincia (como es obvio, el efecto de exclusión de candidatos será mayor cuantos más concejales o consejeros integren el órgano de gobierno local). *En segundo lugar*, porque la barrera electoral en las elecciones locales es dos puntos más elevada que en las elecciones generales, subiendo del tres al cinco por ciento<sup>177</sup>. Las razones de esta mayor eficacia, de la barrera electoral en las elecciones locales que en las generales, han sido sintetizada por el profesor Fernández Segado<sup>178</sup> con estas palabras: “Si a este incremento porcentual de la «cláusula de exclusión» se une el hecho de que la misma operará, en un buen número de supuestos, sobre circunscripciones de tamaño elevado, puede llegarse a la conclusión de que la operatividad de esta variable del sistema electoral puede ser mucho mayor que la que ella misma nos ofrece en las elecciones” a la Cámara Baja. Las consecuencias de esta eficacia excluyente serán —a juicio de este autor— que, “aparte de actuar ya como potencial disuasor psicológico frente a las minúsculas formaciones, actuará efectivamente” respeto de algunos partidos políticos o coaliciones electorales<sup>179</sup>.

En consecuencia, aplicando la fórmula de Arend Lijphart, que ya hemos estudiado en un epígrafe anterior<sup>180</sup>, podemos afirmar que una barrera electoral del cinco por ciento ya es efectiva en una circunscripción que tiene

---

177.- Con criterio análogo, el profesor Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA (“Las cláusulas...”, *op. cit.*, pág. 1.923) afirma que, “en razón de dos factores, el mayor tamaño del distrito y la mayor dimensión de la barrera, sí tendrá efecto de exclusión [*la barrera electoral en las elecciones locales*] del que carece en el caso de las [*elecciones*] legislativas”.

178.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, pág. 175. En el mismo sentido se expresa en su obra (*Aproximación...*, *op. cit.*, págs. 135-136), cuando afirma que, en las elecciones municipales, la LOREG “eleva en dos puntos porcentuales la entidad cuantitativa de la «cláusula de exclusión». Tal circunstancia, unida al hecho de que ahora, en buen número de supuestos, la citada «barrera» va a operar sobre circunscripciones de tamaño elevado, va a convertir a esta variable en un elemento bastante eficaz”.

179.- Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Aproximación...*, *op. cit.*, pág. 136.

180.- Cfr. *supra*: “3.1. Alcance y efectividad real de la barrera establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados”.

asignados más de catorce escaños. Por el contrario, con este número de escaños o por debajo de él, a ningún partido con menos del cinco por ciento de los votos le correspondería un puesto en el reparto. Recordemos que la cifra de la barrera *implícita* se calcularía con la siguiente fórmula: setenta y cinco dividido por “n” más uno debe ser igual a la barrera establecida, en este caso, a cinco ( $75/n + 1 = 5$ ), siendo “n” el número de escaños. Ello significa que, en teoría, *una circunscripción de catorce escaños es equivalente a poner una barrera legal del cinco por ciento*. Si, por el contrario, tenemos una circunscripción que elige quince representantes, la barrera implícita que comporta el número de escaños ya es inferior al cinco por ciento ( $75/15 + 1 = 75/16 = 4'68\%$ ). Por lo tanto, en este último caso la barrera legal sí que tiene un efecto real, pudiendo impedir que un partido político obtenga los escaños que le corresponderían por aplicación de la fórmula proporcional. Por el contrario, si la barrera implícita es igual o mayor que la barrera legal (5%), esta última carece de efecto real, pues ningún partido político con un apoyo popular por debajo de la misma sería llamado a ocupar un escaño. Ello ocurriría, pasando de las musas al teatro, en los municipios e islas cuyos órganos de gobierno tienen asignados menos de quince escaños. Por tanto, *a contrario sensu*, la barrera legal en las elecciones locales solo tiene eficacia real de exclusión en aquellos municipios o islas que eligen un número de representantes igual o superior a esta cifra.

## **APÉNDICE: ABREVIATURAS UTILIZADAS**

### **A) Normas generales para todo el Estado**

- Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (LRP).
- Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales (RDLNE).
- Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales (LEL).
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (CE).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

## **B) Estatutos de Autonomía**

Los Estatutos de Autonomía actualmente en vigor, ordenados de forma cronológica por la fecha de creación de la respectiva Comunidad Autónoma, han sido aprobados por las siguientes leyes orgánicas:

- 1) *País Vasco*: Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV).
- 2) *Cataluña*: Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC).
- 3) *Galicia*: Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG).
- 4) *Andalucía*: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAAN).
- 5) *Principado de Asturias*: Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias (EAAS).
- 6) *Cantabria*: Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (EACA).
- 7) *La Rioja*: Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (EALR).
- 8) *Región de Murcia*: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM).
- 9) *Comunidad Valenciana*: Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV).
- 10) *Aragón*: Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAR).
- 11) *Castilla-La Mancha*: Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (EACLM).
- 12) *Canarias*: Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (EACC).

- 13) *Navarra*: Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (EANA).
- 14) *Extremadura*: Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (EAEX).
- 15) *Islas Baleares*: Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (EAIB).
- 16) *Comunidad de Madrid*: Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (EACM).
- 17) *Castilla y León*: Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (EACYL).

### **C) Leyes electorales autonómicas**

En la actualidad, las leyes electorales autonómicas —que han sido objeto de numerosas reformas— son las siguientes<sup>181</sup>:

- 1) *País Vasco*: Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco (LEPV).
- 2) *Galicia*: Ley 8/1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia (LEG).
- 3) *Andalucía*: Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía (LEAN).
- 4) *Principado de Asturias*: Ley 14/1986, de 26 de diciembre, sobre régimen de elecciones a la Junta General del Principado de Asturias (LEAS).

---

181.- *Cataluña*, aunque resulte sorprendente, hoy todavía carece de ley electoral propia. Precisamente por ello, sigue siendo de aplicación la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de 1979 (declarada expresamente vigente por la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía de 2006), que establece unas normas provisionales “en tanto una ley de Cataluña no regule el procedimiento para las elecciones al Parlamento”. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el punto cinco de la indicada disposición transitoria cuarta del Estatuto de 1979, “en todo aquello que no esté previsto” en la misma, son “de aplicación las normas vigentes para las elecciones legislativas al Congreso de los Diputados” (actualmente las de la LOREG).

- 5) *Cantabria*: Ley 5/1987, de 27 de marzo, de elecciones al Parlamento de Cantabria (LECA).
- 6) *La Rioja*: Ley 3/1991, de 21 de marzo, de elecciones al Parlamento de La Rioja (LELR).
- 7) *Región de Murcia*: Ley 2/1987, de 24 de febrero, electoral de la Región de Murcia (LERM).
- 8) *Comunidad Valenciana*: Ley 1/1987, de 31 de marzo, electoral valenciana (LECV), en lo que no esté derogada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
- 9) *Aragón*: Ley 2/1987, de 16 de febrero, electoral de la Comunidad Autónoma de Aragón (LEAR).
- 10) *Castilla-La Mancha*: Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha (LECLM).
- 11) *Canarias*: Ley 7/2003, de 20 de marzo, de elecciones al Parlamento de Canarias (LECC).
- 12) *Navarra*: Ley Foral 16/1986, de 17 de noviembre, reguladora de las elecciones al Parlamento de Navarra (LENA).
- 13) *Extremadura*: Ley 2/1987, de 16 de marzo, de elecciones a la Asamblea de Extremadura (LEEX).
- 14) *Islas Baleares*: Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (LEIB).
- 15) *Comunidad de Madrid*: Ley 11/1986, de 16 de diciembre, electoral de la Comunidad de Madrid (LECM).
- 16) *Castilla y León*: Ley 3/1987, de 30 de marzo, electoral de Castilla y León (LECYL).

## V. 2. DISCURS DE RESPOSTA AL D'INGRÉS DE L'IL·LUSTRÍSSIM SR. JOAN OLIVER ARAUJO A LA REIAL ACADÈMIA DE LEGISLACIÓ I JURISPRUDÈNCIA DE LES ILLES BALEARS

**Josep M. Quintana Petrus**

El poeta Soló (638 - 558 aC), és qui, per primer cop, introdueix una nova matèria a la poètica: davant l'esforç èpic dels herois antics, ell exalta l'esforç quotidià dels homes per tractar de viure en harmonia; davant les alegries i les penes íntimes, ell enalteix l'intens desig d'igualtat i de prosperitat comunes. De fet, el tema de la seva poesia va ser decididament la salvació de la ciutat. Però el vertader descobriment del poeta va ser d'entreveure una nova via per tractar d'evitar la guerra civil: fer créixer la participació de tots en la gestió comuna.

Soló, en definitiva, endegà un sistema perquè els rics no poguessin abusar dels pobres, féu desvincular el poder de la riquesa i vinculà la sobirania a l'individu; féu corregir la desigualtat econòmica avançant vers la igualtat política; i intentà, sobre tot, que la llibertat deixés d'estar supeditada a la possessió de recursos econòmics.

La història de la democràcia atenenca no és sinó la història del pas progressiu del poder a mans dels ciutadans. Soló, doncs, més tard Clístenes (566 - 493 aC ) i Efiltes (mort el 456 aC ), i finalment Pèricles (495 - 429 aC ) ja al segle V aC, foren les baules més brillants de la llarga cadena per la qual el poder va anar descendant no sense dificultats des dels "elegits pels déus" fins als ciutadans, tot configurant el que entenem per democràcia. No deixa de ser, doncs, curiós que avui, 26 segles més tard, a les nostres democràcies tan avançades com deficientes, moltes de les decisions reals es prenguin cada cop més i més lluny de la ciutadania.

Si hi ha un punt que pot expressar gràficament la divergència entre l'antiga democràcia atenenca i l'actual, és la percepció que tenim d'una certa oposició entre Ells (els que governen) i Noltros (els qui els elegim). Els ciutadà antic -parlam d'Atenes- mai no entendria aquesta dicotomia. Fins i tot sentint-se defraudat per la política de la ciutat, se'n sentiria part. Només

entendria un Noltros. No un Ells. Avui, en canvi, els ciutadans ens veiem sovint enfrontats a Ells, a la política d'Ells. I a la vista del que està passant, podríem potser afirmar que, més d'un cop, la democràcia actual utilitza el sistema del vot i el prestigiós nom de l'antiga per legitimar els interessos d'una oligarquia encoberta. I davant d'aquesta gran impostura, la manca de participació ciutadana, el cultiu silenciós de la desafecció política, les intricades estructures de representació, la mecànica dels partits, els interessos que es defensen, el poder dels grups de pressió, les flagrants desigualtats de fet i, sobre tot, la creixent rasa que hem obert entre Ells i Noltros, basten per afirmar que les nostres modernes democràcies no són, com es diu, una versió realista i adaptada a les necessitats del present de l'antiga democràcia atenenca. No, en molts casos, són mes aviat la seva negació.

La democràcia imaginada i defensada per una llarga sèrie d'individus virtuoses en els temps que anaren de Soló a Pèricles era un projecte antropocèntric basat en la capacitat de raciocini i de justícia dels homes. Però les monarquies que van seguir al temps d'Alexandre feren oblidar aquest projecte i obriren pas novament al vell poder absolut sancionat per la divinitat, que des d'aleshores trobarà llarga expressió en els reis hel·lenístics, en els emperadors romans, en el cesaropapisme cristià, en les monarquies medievals i no serà definitivament qüestionat fins als temps moderns.

Arribats aquests, la lluita declarada contra l'absolutisme i la pretensió de reemplaçar-lo per un sistema de govern representatiu va ser la raó de ser d'un corrent filosòfic que, a finals del segle XVIII, intentà rescatar de l'oblit les antigues idees gregues sobre l'essència política de l'home i sobre la sobirania que emana de la societat en el seu conjunt. I va ser aquesta actitud defensora de les llibertats individuals davant els abusos d'un poder emparat en el seu suposat origen diví, que va rebre el nom de liberalisme, nom sonor sota el qual, amb el temps, val a dir que s'han acollit idees poc afins i de vegades contràries als seus principis.

Tanmateix seria absurd negar que hem superat molts d'aquests estadis amb les constitucions vigents, com l'espanyola de 1978, però tot i això, hem d'observar pens que amb preocupació com, en aquests darrers anys, el desplaçament progressiu de la sobirania que s'ha produït vers els òrgans de decisió de la Unió Europea, no sempre s'ha confiat ni dipositat en institucions que responen als paràmetres democràtics. Perquè ni el Consell Europeu format pels caps d'Estat o de Govern, ni la Comissió europea responen a un principi democràtic ni estan subjectes a un control democràtic pels ciutadans. I tampoc ho està el Banc Central Europeu, a pesar de la incidència que tots aquest organismes tenen sobre les nostre vides.



Pens, doncs, que si volem aconseguir una democràcia que mereixi el seu nom, els ciutadans haurem de concebre i reivindicar més vies d'expressió que el vot i que un sistema electoral just. I és, precisament, del sistema electoral –i més concretament, d'un dels elements que el configuren– que ens acaba de parlar el professor Oliver Araujo al seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia– nom aquest amb clares reminiscències gregues per referència a la institució científica i pedagògica que fundà Plató cap a l'any 387 aC als afores d'Atenes-.

Joan Oliver no podia triar una matèria més adient amb la seva trajectòria professional i universitària. Catedràtic de Dret Constitucional des de 1992, ha estat diversos cops membre del Consell Consultiu de les Illes Balears –del qual en va ser president–, mereixedor de nombrosos reconeixements per universitats espanyoles i europees i autor d'una trentena de llibres, així com d'incomptables articles.

El vaig conèixer quan es va constituir el Consell Consultiu, l'any 1993, i vaig treballar al seu costat durant vuit anys, també com a conseller, sota la direcció i el mestratge de Miquel Coll Carreras, un dels cervells jurídics més notables que han conegut les Balears, membre que fou fundador –i president– d'aquesta acadèmia. Jurista inquiet, investigador sagaç i professor brillant, Joan Oliver s'ha fixat en el sistema electoral, entès com un mecanisme clau i indispensable per a l'exercici de la democràcia, i partint –com ha partit– del principi que no hi ha sinó diversos sistemes electorals, que el legislador ha de triar i configurar, ja que cada país pot i ha de cercar el que millor s'adapta a la seva realitat, haurem de concloure que l'anàlisi que acaba de fer és molt aclaridora a l'hora de fixar quin és el grau de salut de la nostra democràcia.

El discurs que acabem d'escoltar –i el treball força més extens que hi ha al seu darrere– és sens dubte un element d'anàlisi jurídica de gran interès, ja que s'emmarca en l'estudi dels aspectes teòrics més importants dels sistemes electorals, contemplats no sols de manera general, sinó concretats també als que s'han establert a ca nostra, la qual cosa ens permet arribar a una sèrie de conclusions que ens poden servir, sens dubte, per fer, com acab d'esmentar, un diagnòstic precís de la democràcia en què ens movem.

De fet, Oliver no s'ha limitat a elaborar un estudi fred, descriptiu i distant dels sistemes electorals en vigor i, més especialment, d'un dels seus aspectes clau: el que determinen les barreres, acceptades en més o menys extensió i amplitud per tots els sistemes, sinó que ha destacat amb una gran nitidesa que aquestes fixen i condicionen –juntament amb molts altres aspectes– el grau de participació dels ciutadans en la vida política, i obren o tanquen les possibilitats d'aquests a l'hora d'incidir en els resultats electorals i, en

definitiva, en el grau de representativitat dels parlaments i dels governs que emanen de les eleccions.

Després de dir que el sistema electoral és l'element nuclear i bàsic de la democràcia representativa, Oliver s'ha referit als factors clau d'aquest sistema. Ens ha parlat del cos d'electors amb dret a vot i de l'opció generalitzada a les democràcies pel sufragi universal (sense el qual cap democràcia avui no seria acceptable); de la circumscripció, com d'aquella zona en la qual els vots emesos constitueixen la base per al repartiment d'escons; de la fórmula electoral, parant esment en les dues més conegudes: la majoritària i la proporcional, així com de les conseqüències que l'una i l'altra tenen en la governabilitat i la representativitat; i de la barrera electoral, que ha definit com *“aquella clàusula establerta per la llei, que fixa el percentatge mínim de vots que ha d'assolir una candidatura per poder participar en el repartiment dels escons en joc en una determinada circumscripció”*.

No és, doncs, un element sense importància, la barrera electoral, ja que marca un tall en el recompte de vots que esdevé determinant perquè la candidatura en qüestió sigui tinguda en compte o, ben al contrari, perquè els vots que aquesta ha obtingut siguin menyspreats. Poca broma, per tant, en això de la barrera, perquè, com ha escrit citant al professor Martínez Sospedra, si s'apliqués als partits polítics la legislació sobre la competència que s'aplica a les societats mercantils és molt probable que la qualificació d'un institut com la barrera electoral oscil·lés entre l'abús de posició dominant i les pràctiques restrictives de la competència. I a ningú no se li escapa que, si bé l'institut s'explica i justifica com una manera de racionalitzar el nombre de partits amb accés al Parlament i d'evitar la fragmentació que podria fer-lo ingovernable, no hi ha dubte que les majories amb capacitat per fixar aquesta barrera a les lleis electorals, poden també utilitzar-la –encara que mai no ho confessaran obertament– per deixar fora de l'assemblea partits minoritaris que els són incòmodes.

Oliver s'ha referit a la doctrina del Tribunal Constitucional espanyol que s'ha anat pronunciant sobre els límits de les barreres electorals, i les ha justificat mentre no sobrepassin aquests límits. Encara que, de fet, si més no en el cas espanyol, no coneixem cap sentència que hagi declarat inconstitucionals aquestes limitacions per més que, en algun dels supòsits vigents, són francament discutibles i poden esdevenir –són paraules del professor Oliver– *“la guillotina dels petits”*.

En un estudi descriptiu i complet, Oliver ha estudiat, doncs, aquestes barreres, la qual cosa l'ha dut a analitzar els diferents tipus d'eleccions

implantades a tot l'Estat, que venen regulades per normes emanades tant del parlament estatal, com dels parlaments autonòmics, tot assenyalant –i no em sembla un fet menor– que cap d'aquestes clàusules limitatives –és a dir que cap barrera– ve fixada per la Constitució espanyola. Totes es deuen, per tant, a les legislacions electorals.

Al seu estudi, Oliver ha parat esment en altres elements tècnics que la llei ha de resoldre, com el d'establir com es computen els vots vàlids i els vots en blanc. S'ha referit també a les conseqüències de la regla D'Hondt que el legislador adoptà a la Llei Orgànica del Règim Electoral General de 19 de juny de 1985 –una llei que ha esdevingut pràcticament inamovible al llarg del temps–, i ha fet després una dissecció de com s'utilitzen aquestes barreres a les eleccions per al Congrés dels Diputats, a les eleccions dels parlaments autonòmics (que presenten, per cert, una diversitat ben curiosa), i a les fixades per a les eleccions del òrgans de govern dels Ens locals.

En aquesta acurada anàlisi, Oliver ha revelat aspectes probablement poc coneguts, com, per exemple, aquell que demostra que una barrera del tres per cent dels sufragis –la més baixa de totes les establertes a Espanya i que s'aplica a les eleccions generals de diputats a Corts– només és efectiva en una circumscripció que tingui assignats més de vint-i-quatre escons (per tant, només produeix efectes limitatius a províncies com Madrid o Barcelona, que elegeixen més de 30 diputats), però alhora ha deixat també molt clar que la barrera pot arribar a ser un element clau de la llei electoral per afavorir determinades minories, tot esmentant la Llei 6/2000, del Parlament Basc, que modificava la llei 5/1990, de 15 de juny, i reduïa al tres per cent l'antiga barrera que fixava el cinc per cent “para defender –segons deia l'Exposició de Motius– la necesaria pluralidad política y la representación legítima de los partidos minoritarios”. Però Oliver no dubta que aquesta va ser la manera com el Partit Nacionalista Basc garantí a Ezker Batua-Berdeak –que havia estat l'única formació política no nacionalista que, el 1998, havia signat el Pacte d'Estella on es pugnava per la sobirania d'Euskadi– la seva presència parlamentària a la legislatura següent. Però ha deixat molt clar que, ordinàriament, les barreres s'empren, sobretot, per limitar l'accés a les assemblees corresponents de partits o coalicions incòmodes per al poder.

Sigui com vulgui, el fet és que, no sols l'Estat, sinó també les Comunitats autònomes han establert –més o menys intensament i qualsevulla que hagin estat els partits majoritaris responsables de la decisió– barreres electorals als seus respectius estatuts d'autonomia. I com molt agudament ha explicat el professor Oliver, totes ho han argumentat jurídicament, per bé que s'han guardat les motivacions polítiques, que -no ens enganyem- són, tanmateix,

les que ha provocat aquesta gran varietat de barreres, fins al punt que podem establir sis graus de limitació, que van des del més permissiu (el que fixa el límit del tres per cent a la respectiva circumscripció), al més restrictiu, aquest grau sisè que hem de situar la Comunitat autònoma de Canàries.

És clar que si acudim a les Exposicions de Motius de les lleis electorals, sempre trobarem la corresponent justificació de les barreres mínimes en benefici d'una major participació i representació ciutadanes per afavorir la governabilitat. Totes les lleis diuen, amb aquestes o d'altres paraules, que, amb la barrera establerta, s'obté una major vinculació de la ciutadania amb les decisions polítiques. I fins i tot a la llei electoral canària trobem justificacions d'aquesta mena, encara que Oliver no es deixi enganyar fàcilment i afirmi –citant Ríos Rull– que el sistema electoral canari posa de relleu que les barreres electorals d'aquelles illes persegueixen directament excloure determinades formacions que, si bé en el conjunt de l'arxipèlag són minoritàries, tenen, en canvi, molta força en una illa determinada, però que, a causa de la limitació, no poden accedir al parlament. I sense anar tan lluny, pens que també noltros som conscients que la Llei 4/1995, de 21 de març, de modificació de la Llei 8/1986, de 26 de novembre, electoral de la nostra Comunitat Autònoma, per més que a l'Exposició de Motius s'afirmi que persegueix “la màxima eficàcia en l'actuació del Parlament”, el que cercava en realitat era, com molt bé denuncia Oliver, barrar el pas al Parlament d'un partit amb nom i llinatge, encara que no ho va aconseguir.

Si bé, doncs, en aquest cas la barrera no assolir els propòsits ocults que perseguia, sí que ho ha aconseguit a d'altres comunitats, barrant –mai més ben dit– el pas a formacions incòmodes per al poder, la qual cosa em sembla, com a mínim, criticable.

Molt interessant és també l'anàlisi que Oliver ha fet de les sentències del Tribunal Constitucional que, davant el silenci de la Constitució en relació a les barreres, ha tingut sempre un posicionament favorable en defensa d'aquests límits. I ja sigui mirant de reüll la història democràtica espanyola més propera –la de la Segona República– o experiències de sistemes proporcionals que han produït greus problemes –i aquest seria el cas de la República de Weimar, a Alemanya– ha conclòs que les barreres eren lícites davant “*el riesgo que en relación a tales objetivos institucionales supone la atomización de la representación política*”. Per això no ha dubtat a l'hora de decretar constitucional, en la sentència que resolva el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Defensor del Poble contra la disposició transitòria, primera, punt 2, de la Llei Orgànica 10/1982, d'agost, de l'Estatut d'Autonomia de Canàries, a pesar que, aquesta barrera deixava

fora del Parlament un partit que, en una illa determinada, va assolir el 29 per cent dels vots.

De fet, com remarca molt bé Oliver, el T.C. no ens ha dit mai quina barreja seria inconstitucional. Simplement s'ha limitat a declarar constitucionals les que avui s'estableixen a aquesta diversa legalitat electoral espanyola, alhora que elaborava una doctrina que, molt diplomàticament, Oliver ha conceptuat d'ambigua i que jo m'atreveria a qualificar de molt conservadora i més aviat covarda.

He de confessar que cada vegada que escolt els arguments que s'exposen per justificar les limitacions de la participació ciutadana, cosa que es fa sempre amb bells eufemismes dient que així s'assegura la governabilitat, em fa l'efecte que m'estan aixecant la camisa. Sí, tenc la impressió que m'enganyen quan escolt que és perillós –i, per tant, inconvenient– acudir a la consulta directa als ciutadans, per importants que siguin les qüestions a resoldre, afirmant que els referèndums, com les escopetes, els carrega el diable; o quan veig que es dissuadeix la ciutadania de participar i d'intervenir directament afirmant que el poble no té prou coneixements tècnics per a la presa de decisions i es propaga una mena de temor afirmant que, de tenir el poble autoria en les decisions polítiques, seria fàcilment presa de la demagògia.

Accept, perquè no sóc innocent, que en totes aquestes situacions de consulta popular hi pot haver intents de manipular la ciutadania (basta veure molts dels arguments falsos que, sense rubor, van utilitzar els defensors del Brexit), però pens que els perills són sempre menors que les bondats que tindria una democràcia més directa i participativa que la nostra, de la qual el ciutadà fàcilment abdica en observar que sovint l'impedeix de ser precisament això: ciutadà, convençut que, en el fons, no té res a dir, perquè té la percepció que ningú no li farà cas, ja que les decisions importants per al país les prenen les cúpules d'uns partits que, emparats en un sistema electoral que els dona tot el poder, amb prou feines pot fer res més que dipositar el vot dins l'urna. I dic això conscientment perquè al ciutadà se li ha tret qualsevol facultat per alterar aspectes clau del sistema, i s'ha d'empassar, tan sí com no, les llistes barrades i tancades que han aprovat els dirigents nacionals dels partits, que li impedeixen de votar per candidats que els siguin més propers, o d'escollir entre candidats que es presenten per llistes diferents, o d'optar per candidatures minoritàries, perquè saben que mai aquestes candidatures no accediran als parlaments, ja que les barreres electorals els ho impedeixen. En definitiva, per influir en la presa de decisions, la qual cosa empeny els ciutadans a abdicar dels seus compromisos i els decanta vers aquest reconegut desencantament de la política que tots constatam i lamentam, a pesar que la política és l'activitat cívica més important a què estan cridats.

I si alguna cosa ens ha ensenyat la crisi que hem viscut aquests darrers anys és, precisament, que els ciutadans estem cridats a reconquerir la Política. Aquest, i cap altre, és el vertader repte del nostre temps. Perquè les nostres democràcies necessiten urgentment canvis estructurals profunds, perquè els problemes que ens afecten demanen solucions polítiques –no només tècniques–, i perquè aquestes solucions i aquests canvis –que més d’un cop demanen canvis legislatius– mai no vindran propiciats des del vèrtex, perquè són contraris als interessos dels poderosos. I una cosa més: si volem lluitar seriosament contra els populismes demagògics que han sortit darrerament arreu del món occidental (tant en el camp de les dretes com de les esquerres), no ho hem de fer restringint el paper dels ciutadans en l’exercici de la democràcia, sinó *cercant respostes polítiques als problemes reals*. Aquest és el repte a què ens enfrontem.

I d’aquest repte només ens separa una voluntat decidida de dur-lo a terme: la nostra implicació. Convençuts que no es pot construir un món diferent sobre una societat indiferent. Aquí, doncs, hi ha molt per fer. Gairebé tot està per fer. Des d’arbitrar mecanismes per a la participació ciutadana en la presa de decisions polítiques fins redactar noves lleis electorals que ens empenyin a votar i no siguin cotilles per a la democràcia. Des d’obrir noves vies per introduir regularment iniciatives legislatives, fins convertir els referèndums en un exercici, no diré freqüent de sobirania, però que no sigui, com és, de fet, un dret que esdevé teòric però impracticable. Pensa que només així, reconquerint la política, podem esperar canvis profunds i retornar a la democràcia el sentit etimològic i primigeni que li donaren els grecs.

Enhorabona, per tant, doctor Oliver pel seu magnífic discurs, i benvingut al sí d’aquesta Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, una corporació que té per objecte d’aprofundir en l’estudi del dret, en l’anàlisi crítica de les nostres institucions i –no podria ser d’altra manera– en la idea de fer més palesa al ciutadà la necessitat de participació en la vida democràtica.

# **VI.- XIV PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ**

## **VI. 1. EL TRABAJO PREMIADO:**

### **EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN BALEAR EN MATERIA DE SUCESIONES. ESPECIAL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA.**

**Eugenia Garcías de España**

## **ÍNDICE**

**I.-** Introducción

**II.-** El Proyecto de ley de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (PLMDCIB), de 17 de junio de 2016

**III.-** Aspectos generales de la posición actual del cónyuge viudo en Baleares. Análisis de los principales problemas que se plantean con la regulación actual

**IV.-** Posición del cónyuge viudo en el Proyecto de ley. Planteamiento de nuevos interrogantes

**V.-** Conclusiones

## I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el reciente proyecto de Proyecto de Ley por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, publicado en el BOIB nº 84 de 2 de julio de 2016.

Son muchas las voces, procedentes de la doctrina jurídica balear más autorizada, que desde hace ya tiempo solicitan un cambio profundo de nuestra Compilación.

Los motivos son, fundamentalmente, los grandes, y desgraciadamente tan comunes, problemas que provocan la remisión estática y la aplicación supletoria del C.c.; y, por otra parte, la trasnochada redacción de algunos artículos, precisamente en cuestiones que preocupan o pueden ser habituales en la vida cotidiana del ciudadano de a pie.

En relación al primero, ya sabemos que la remisión es un mal necesario, pues de otra manera se abandonaría la regulación en favor de un Parlamento distinto al balear, cosa del todo inadmisibles; pero también es cierto que la remisión no es la única salida y la doctrina aboga por una labor legislativa más intensa, más regulación propia. Conectando directamente con este tema, la aplicación supletoria del C.c. tampoco supone la solución a todos los problemas, pues como paso previo hay que saber si es o no contrario a los “principios de derecho balear”. Labor ésta realmente difícil. Recordemos, por ejemplo, la famosísima sentencia de nuestro TSJ sobre la aplicación del art. 1320 C.c. Si a ello le unimos además la escasa jurisprudencia que existe sobre muchos de los preceptos de nuestra Compilación, resulta que al profesional del derecho no le resulta nada fácil asesorar en su día a día, adivinando si deberá ser o no de aplicación este precepto en derecho balear y, en su caso, si debe ser de aplicación en una u otra isla. Y es que tenemos ya nuestras dudas de que se pueda seguir hablando de un “derecho balear”, sino que resulta ya clarísimo, y más ahora con el proyecto de reforma del que trataremos, que Mallorca y Menorca van por un lado; e Ibiza y Formentera, por otro.

El segundo de los problemas lo encontramos en la anticuada redacción de algunos artículos que afectan directamente al ciudadano, porque se trata de situaciones cotidianas. Quizás la muestra más llamativa sea la del mantenimiento del concepto de la “culpa” en sede de legítimas, una vez que han desaparecido las causas de separación y divorcio, pero hay muchas otras.



Parece que el legislador, consciente de lo anterior, ha intensificado en los últimos tiempos su labor legislativa, con el proyecto de modificación del régimen económico matrimonial y el de sucesiones, que trataremos aquí.

Como comentario introductorio, únicamente queremos apuntar que el proyecto ha sido acertado en algunas de sus decisiones: llamamiento de la CCAA como heredera *ab intestato*, protección del discapacitado, eliminación del concepto de “culpa” al que nos referíamos anteriormente... Pero dista mucho de ser esa “reforma profunda” a la que nos referíamos al principio.

Dicho lo anterior, a continuación analizaremos las principales reformas del proyecto en materia de sucesiones, centrándonos en la posición del cónyuge viudo, y comparando su situación actual con la resultante tras la reforma. ¿Se mantendrá la misma problemática o surgirán cuestiones nuevas?

## **II.- EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES (PLMDCIB) DE 17 DE JUNIO DE 2016**

Recientemente se ha publicado<sup>1</sup> por fin el tan anunciado Proyecto de ley de Modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

Su contenido esencial había sido ya desvelado en el anteproyecto de septiembre de 2015: modificaciones en materia de sucesión intestada y supuestos relacionados con la sucesión de los cónyuges y de las personas discapacitadas.

No obstante, por sorpresa, el Proyecto ha incluido además reformas de importante calado que ni siquiera se intuían en el anteproyecto y que tampoco se justifican en la exposición de motivos del proyecto de ley. Nos estamos refiriendo a la modificación del art. 65 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, en adelante CB, que elimina las excepciones de aplicación del Derecho de Mallorca para Menorca, manteniendo sólo la del título III<sup>2</sup>, y que veremos en este capítulo.

---

1.- Aprobado por Consejo de Gobierno de 17 de junio de 2016

2.- Relativo a los derechos reales

A continuación, nos centraremos en las principales reformas del proyecto, excepto en aquellas que afectan a los derechos del cónyuge viudo, que serán analizadas de manera más amplia en el capítulo III, tras un estudio general de su situación actual, que se realizará en el capítulo II.

### 1.- La CCAA Balear como heredera *ab intestato*

En primer lugar, se modifican los artículos 53 y 84 CB relativos a la sucesión intestada (y que remiten al código civil) introduciendo, a falta de parientes de cuarto grado colateral<sup>3</sup>, el llamamiento a nuestra CCAA. Esta idea no resulta especialmente novedosa, pues ya había sido adoptada por otras Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, ex art. 149.8 CE.

Esta reforma había sido ya reclamada por la doctrina, entre la que destaca Mir de la Fuente<sup>4</sup> y Aguiló Monjo<sup>5</sup>.

La nueva regulación tiene en cuenta no sólo el domicilio del finado, como hacen otras legislaciones forales<sup>6</sup>, sino que incorpora también el fenómeno propio de la insularidad, como hace por ejemplo la Ley Vasca, en atención a las tres provincias que componen el País Vasco.<sup>7</sup>

El texto previsto para Mallorca y Menorca (art. 53.2 CB) y para Ibiza y Formentera (art. 84.3 CB) no es exactamente el mismo; y si bien existen pequeñas diferencias que pueden pasar en un principio inadvertidas, lo cierto es que en la práctica, pueden plantearse interrogantes. Veamos.

Art. 53.2 CB: 2. *A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código Civil, heredará la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que destinará los bienes heredados o su producto o su valor a instituciones o establecimientos de asistencia y beneficencia social, de educación o culturales*

---

3.- Límite de llamamiento, ex art. 954 C.c.

4.- MIR DE LA FUENTE, Tomás: “Notas para una reforma de la *Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*, “realizable en el acto”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° XIV. Pág. 387 y ss.

5.- AGUILÓ MONJO, Pedro A.: “*Las Comunidades Autónomas como herederos ab intestato. Primera aproximación*” Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° XIV. Pág. 419 y ss.

6.- La Compilación Navarra de 1973 o La Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006.

7.- Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

*ubicados en el territorio de la comunidad autónoma. De estos bienes o de su producto o de su valor, corresponde una tercera parte a los que desarrollen su actividad en el municipio de última residencia habitual del causante, otra tercera parte a los de la isla respectiva y la tercera parte restante a los de la comunidad autónoma.* “

Art. 84.3 CB: “ *A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código Civil, heredará la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que destinará los bienes heredados o su producto o su valor a instituciones o establecimientos de asistencia y beneficencia social, de educación o culturales ubicados en el territorio de la comunidad autónoma. De estos bienes o de su producto o de su valor, corresponde una tercera parte a los que desarrollen su actividad en el municipio de última residencia habitual del causante si está en la isla de Ibiza, otra tercera parte a los de la isla y la tercera parte restante a los de la comunidad autónoma. En el supuesto de que la última residencia habitual del causante esté en la isla de Formentera, corresponden dos terceras partes a los de la isla y la tercera parte restante a los de la comunidad autónoma.*”

A.- La diferencia fundamental radica en el tercio destinado al municipio. En la isla de Mallorca y Menorca, dicho tercio se destinará para fines sociales o socioculturales que se lleven a cabo en *la última residencia habitual del causante*. Por tanto, ¿qué ocurre cuando el causante, de vecindad civil mallorquina o menorquina, tiene su residencia fuera de Mallorca o Menorca? ¿Deberá la Comunidad Autónoma destinar 1/3 de los bienes a entidades socioculturales que desarrollen su actividad fuera de las Islas de Mallorca o Menorca? Parece que no, puesto que al principio del apartado se afirma que se trata de instituciones o establecimientos ubicados “*en el territorio de la comunidad autónoma*”, para luego proseguir con la distribución de los bienes por tercios. No obstante, esta idea debe matizarse, en el sentido de que, a la luz del propio texto, si un mallorquín o menorquín tuvieran su residencia habitual en otra isla balear, sí podría surgir la obligación de destinar un tercio de los bienes a instituciones de un municipio sito en la Comunidad Autónoma, pero diferente al de la vecindad civil (mallorquina o menorquina) del fallecido.

Por el contrario, para Ibiza y Formentera sí se contiene la previsión de que se deberá destinar un tercio para los ya mencionados fines, a entidades que los desarrollen en el lugar de última residencia del finado, pero siempre que éste se encuentra en Ibiza (y la misma previsión para la isla de Formentera, ex art 84.3 in fine). No cabría por tanto plantearse que se tuviera que destinar un tercio de los bienes al último domicilio del ibicenco fallecido, si no estuviera

en la isla de Ibiza, aunque ese último domicilio estuviera en la Comunidad Autónoma Balear.

Adolecen además ambos artículos de no contener la previsión de qué ocurre si el domicilio del fallecido está fuera de la Comunidad Balear <sup>8</sup>. Quizás lo más coherente con el espíritu de la norma sea repartir ese tercio que le corresponde al municipio entre Isla correspondiente a la vecindad civil del fallecido y la CCAA, a razón de 1/6 cada uno.

B.-En relación al tercio destinado a la “isla”, para Mallorca y Menorca se contiene la expresión “isla respectiva”. ¿Qué debe entenderse? ¿La *isla respectiva* al lugar donde el fallecido tenía su último domicilio o la respectiva al propio difunto, conectando directamente con el concepto de vecindad civil? Es decir, si un fallecido de vecindad civil mallorquina tenía su residencia habitual en Menorca, ¿a qué isla debe destinarse el segundo tercio? No está claro. Tal vez, desde un punto de vista equitativo, podría concluirse que la expresión “respectiva” conecta directamente con el concepto de “propia”, “personal del difunto”, de manera que se le diera cabida y pudiera por tanto verse beneficiada la isla cuya vecindad civil ostenta el difunto, aunque no coincida con la del último domicilio.

Por lo que se refiere a la isla de Ibiza, la propia dicción del artículo tampoco resulta lo suficientemente clara : “*una tercera parte a los que desarrollen su actividad en el municipio de última residencia habitual del causante si está en la isla de Ibiza, otra tercera parte a los de la isla...*” De nuevo nos preguntamos, ¿qué isla? ¿la del domicilio habitual o la correspondiente a la vecindad civil del difunto? Parece que en este caso, se refiere a la propia isla de Ibiza, por el tenor literal del artículo, la precisión que realiza en relación al municipio y, a mayor abundamiento, el último inciso referido a la isla de Formentera, y que parece despejar cualquier duda: “*En el supuesto de que la última residencia habitual del causante esté en la isla de Formentera, corresponden dos terceras partes a los de la isla...*”

C.- Al margen de estas consideraciones, creemos que efectivamente es una reforma acertada y coherente. Y, si bien es cierto que no son muchos los casos en los que acaba heredando el Estado (ahora, la CCAA), también lo es que con motivo de la crisis económica que hemos vivido, o seguimos viviendo, han tenido lugar situaciones de lo más inaudito, como la renuncia a una herencia compuesta por un único inmueble con motivo de no poder hacer frente a la importante derrama aprobada por la comunidad de propietarios; o bien

---

8.- O para Ibiza y Formentera, fuera de Ibiza o Formentera, como veíamos.

la renuncia también a sustanciosas herencias compuestas por importante patrimonio pero con ausencia total de liquidez, unida al parón del mercado inmobiliario<sup>9</sup>.

Para terminar, debemos decir que el Instituto de Estudios Ibicencos y el Consell Insular de Formentera han formulado alegaciones al Proyecto, según consta en su página web, así como también en la propia página del Parlamento Balear. Los dos motivos fundamentales son, por una parte, que el Proyecto no ha sido informado por la Comisión Asesora de Derecho Pitiuso; y por otro, y en lo que aquí nos interesa, que quienes deben tener plena competencia para determinar el destino de la herencia son los Consells Insulars, por lo que se solicita que en el territorio Pitiuso, sea el órgano mencionado el llamado a suceder. Veremos cómo termina.

## 2.- Aplicación íntegra del Derecho de Mallorca en Menorca, salvo el título III

Como ya anunciábamos más arriba, se establece en el proyecto la aplicación de todo el Derecho de Mallorca en la Isla de Menorca, a excepción del título III, relativo a los derechos reales. Es decir, se introduce la posibilidad de extender a Menorca la institución de la “definición”, así como la donación universal de bienes presentes y futuros, pues hasta ahora los pactos sucesorios eran coto exclusivo de Mallorca y las Pitiuses. Recordemos que actualmente, no son de aplicación, ex art. 65, ni *los art. 6 y 7, en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III*.

Como también decíamos, tal modificación ha resultado toda una sorpresa, y a nuestro juicio, resulta confuso. En la Exposición de Motivos del Proyecto se hace referencia únicamente a la definición<sup>10</sup>, no obstante, la modificación que presenta después el articulado, no es predicable únicamente respecto de esta institución, sino también respecto de la donación universal de bienes presentes y futuros, contenida en el capítulo II del título II del Libro de Mallorca.

Si los pactos sucesorios no han sido de aplicación en la isla de Menorca, la razón debemos buscarla en causas únicamente históricas. En el momento en

---

9.- Según el Consejo General del Notariado, las renunciaciones a herencias se incrementaron un 110% entre 2007 y 2012.

10.- “La modificación del art. 65 establece la vigencia de la definición en la Isla de Menorca, con la misma regulación prevista en el régimen sucesorio de la Isla de Mallorca, puesto que se elimina la excepción aplicada hasta ahora para Menorca”.

que se inició el proceso codificador debía elaborarse el apéndice que tenía que acompañar al Código Civil, sobre las instituciones que debían conservarse en territorio con derecho propio. Como señala la profesora Francisca Llodrá<sup>11</sup>, *el éxito del proceso codificador iniciado en el siglo XIX, pasa por integrar en la Comisión General de Codificación a representantes de los territorios con derecho civil propio, para que redacten la memoria de las instituciones de derecho foral que deben conservarse en cada territorio e incorporarse al Código Civil mediante un apéndice*”.

Desde la propuesta de apéndice referente al Derecho Balear (1903) hasta el proyecto de apéndice de 1949, juristas menorquines destacados (Ballester, Rivera Simón) publicaron diferentes estudios en los que se contenían sus reflexiones y fundamentos para excluir los pactos sucesorios de la isla de Menorca, pues si bien no desconocían que la definición a favor de las hijas sí había tenido lugar en Menorca con motivo de la “Carta Pobra”, también reconocían que los pactos sucesorios, tanto de *succedendo* como de *non succedendo*, habían caído en completo desuso.

Parece evidente que dichas reflexiones hicieron mella, debiendo concluir que este es el motivo por el que finalmente se excluyó la aplicación de los pactos sucesorios en la isla de Menorca.

No obstante, tampoco podemos decir que la institución fuera del todo desconocida en la isla de Menorca ya que, a nuestro juicio, y según la redacción actual del art. 50<sup>12</sup> CB, actualmente un menorquín (en el sentido de vecindad civil menorquina) hijo de un mallorquín, ibicenco o formenterense (en el mismo sentido anterior de vecindad civil) podría, sin inconveniente alguno, otorgar pacto de definición. Lo que prima o lo que establece la pauta de si se puede o no otorgar pacto de definición es la vecindad civil del ascendiente. De hecho, tiene lógica que así sea, puesto que es la ley del ascendiente (su vecindad civil) la que va a regir la sucesión ex art. 9.8 C.c.<sup>13</sup> Es más, conforme a este precepto, sería válida la definición referida a los derechos en la herencia futura de un mallorquín, menorquín o formenterense, a pesar de que el donante/ causante falleciera después con otra vecindad civil, pues deben respetarse esos pactos, sin perjuicio de la legítima.

---

11.- Revista Narria, núm. 113-114-115-116. 2006, p. 36.

12.- Art. 50 CB: “...pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina...”

13.- Al que se remite el art. 2.2 CB.

Tal cuestión podemos decir que es prácticamente admitida de manera unánime por la doctrina<sup>14</sup>, pues si bien en un principio pudieron plantearse dudas sobre la necesidad de que tanto ascendiente como descendiente tuvieran que ostentar vecindad civil mallorquina, ibicenca o formenterense<sup>15</sup>, lo cierto es que la reforma del Título Preliminar del Código Civil y la actual redacción del art. 50 de la Compilación Balear, no admite interrogantes.<sup>16</sup>

Retomando por tanto la cuestión histórica, la pregunta resulta obligada: ¿por qué se introducen ahora los pactos sucesorios? Desde luego, la causa por la cual no se incluyeron en su momento en la Compilación de 1961, no ha decaído, sino todo lo contrario, se ha acentuado, pues desde la citada Compilación ya no hablamos de *desuso*, sino de imposibilidad legal.

Esta cuestión fue ya abordada por Quintana Petrus<sup>17</sup>, quien ante una posible modificación de nuestra compilación, abogaba ya, *lege ferenda*, por la inclusión de los pactos sucesorios mencionados en los mismos términos de la isla de Mallorca. Su razón apela al sentido común y pone de manifiesto algo tan simple como que la citada reforma no supondría en absoluto ningún perjuicio, y sí considerables ventajas para aquellos que, por cualesquiera razones, quisieran hacer uso de estas instituciones.

Compartimos plenamente su argumento y entendemos que, siempre respetando ciertos límites, el derecho debe ser flexible y facilitar la vida de los ciudadanos, evitando caer en rígidos motivos históricos que impidan el más mínimo movimiento. Este, de hecho, es también el objetivo de la Comisión de Expertos de Derecho Civil Balear, que fue plasmado en el *Informe sobre la Reforma de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears*, como toda una manifestación de intenciones: “*la necesidad de superar el enfoque exclusivo del Derecho Civil propio como un patrimonio histórico y hacer hincapié en su carácter de instrumento de regulación social que, como tal, debería encauzar las nuevas realidades familiares y socioeconómicas, dando*

---

14.- Jaime Ferrer Pons o Tomás Mir de la Fuente, entre otros, según cita de Carbonell Crespí “*La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*”, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° VIII 2006 pág. 74 y 75.

15.- Tesis defendida por D. Luis Pascual González, a la vista de los Privilegios de Jaime I de 12 de marzo de 1274 y de el Rey Sancho, de 8 de noviembre de 1319; así como de la costumbre y la redacción del C.c. anterior a la reforma del Título Preliminar de 31 de mayo de 1974.

16.- CARBONELL CRESPI, José Antonio. “La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares”, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° VIII 2006 pág. 74 y 75.

17.- QUINTANA PETRUS, Josep M. “*El Dret Viscut*”, Ed. Lleonard Muntaner, 2011. Pág. 167-168.

*solución a los problemas que plantea la sociedad de las islas, dotada de un enorme dinamismo en los últimos tiempos”.*

Decir también, y volveremos sobre esta cuestión, que a nuestro juicio, y salvo un criterio mejor fundamentado, la institución se incorpora a la isla de Menorca en su nueva extensión prevista en el proyecto, incluyendo por tanto a la persona del cónyuge.

Para concluir esta cuestión, debemos mencionar que a fecha de redacción del presente trabajo, no se han presentado enmiendas a la inclusión de pactos sucesorios (de *succedendo* y de *non succedendo*) en la Isla de Menorca.

### 3.- Protección de personas con discapacidad

Dentro del Proyecto de Ley objeto de estudio, como consecuencia lógica de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de protección patrimonial de personas con discapacidad, y de los derechos a éstos reconocidos por la Convención de Naciones Unidas de 13 de Diciembre de 2006, se introducen modificaciones puntuales que recogen el espíritu de tales normas, dando respuesta a la necesidad de arbitrar un marco jurídico favorable que asegure la protección de los discapacitados especialmente en el ámbito sucesorio. Tal protección es, a su vez, mandato constitucional dada la previsión del artículo 49<sup>18</sup> de la Constitución Española.

Desde el 2003, y como ya manifestó la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares en 2009<sup>19</sup>, en texto remitido a la Comissió Assessoria de Dret Civil del Govern Balear surgía la cuestión de la aplicabilidad de la Ley 41/2003 a la realidad jurídica balear, particularmente en lo tocante al Capítulo II de la ley estatal modificativo del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hoy, por fin, se acogen unas medidas que habían sido exigidas, de una u otra forma, por la doctrina jurídica balear de manera prácticamente unánime.

Las modificaciones llevadas a cabo en este sentido las encontramos en el art. 7bis, 49 y 69bis CB.

---

18.- Art. 49 CE: “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*”

19.- Boletín de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de las Islas Baleares. N° X Año 2009, Pág. 111 y ss.



Art. 7 bis CB, se añade una causa más de desheredación, en idénticos términos al art. 69.bis para Ibiza y Formentera: *h) En la sucesión de las personas con discapacidad, los que no hayan prestado las atenciones debidas en concepto de alimentos.*

Art. 49 CB: *No podrán establecerse sobre la legítima limitaciones, condiciones, cargas o gravámenes de ningún tipo, con las dos únicas excepciones que se indican a continuación:*

*1. La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará aquel para aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación.*

*2. Cuando alguno de los hijos o descendientes con derecho a legítima sea una persona con capacidad modificada judicialmente, el testador puede establecer una sustitución fideicomisaria sobre la íntegra cuota legitimaria que corresponda de acuerdo con el artículo 42; son fiduciarios los hijos o descendientes con derecho a legítima con capacidad modificada judicialmente y fideicomisarios los restantes legitimarios por partes iguales, sin perjuicio del derecho de representación.*

*En este supuesto, los legitimarios no pueden ejercer la facultad prevista en el apartado 1 de este precepto aunque el testador lo haya establecido.*

La primera precisión a realizar, comparando los artículos modificados, ha de ser terminológica. Así, los artículos 7 bis y 69 bis utilizan la expresión “personas con discapacidad”, que es precisamente la misma expresión que utiliza el artículo 2.2<sup>20</sup> de la Ley 41/2003. Sin embargo, en el nuevo artículo 49 CB restringe el concepto general, aludiendo únicamente a “(...) hijos o descendientes (...) con capacidad modificada judicialmente”<sup>21</sup>. La distinción terminológica atiende al igualmente distinto cariz de las figuras jurídicas en que se incardina. Mientras que la indignidad/desheredación sanciona la actitud del llamado a la herencia; en sede legítimas nos encontramos con que el principio de intangibilidad, por lo que el legislador ha tenido la cautela de añadir al concepto físico/psíquico del artículo 2 de

---

20.- Art. 2.2 Ley 41/2003: “A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”

21.- “judicialmente incapacitados (...)” en el precepto del Código Civil.

la Ley 41/2003, el elemento de “ausencia de propio gobierno” en el sujeto, ponderada judicialmente.

Esta circunstancia, la desatención reprochable del sucesor respecto del discapacitado causante, es la que justifica la nueva regulación de los artículos 7 bis y 69 bis, remitiendo de facto al concepto básico de “alimentos” del artículo 142 del Código Civil. Respecto de este artículo 7 bis, nótese que bien pudiera haber sido no ya un apartado nuevo, sino una “addenda” al ya existente artículo 7 bis apartado c<sup>22</sup> (y 69 bis c) pues a la sazón, la prestación de alimentos corresponderá en muchos casos a quien ostenten la patria potestad, guarda, acogida o tutela del discapacitado.

En relación al artículo 49 CB, se introduce ahora una excepción al principio de intangibilidad de la legítima (“el fin justifica los medios”). Estas excepciones no son desconocidas al derecho balear, que en el art. 49 CB prevé expresamente la *cautela socini*. Esa nueva quiebra del principio de intangibilidad se materializa en una sustitución fideicomisaria, justificando la prevalencia de la incapacidad frente a intangibilidad, tal y como expone la lacónica manifestación de su Exposición de Motivos. Esto es, en atención a la realidad social, el legislador jerarquiza los intereses a proteger y faculta al testador para disciplinar potestativamente el destino de los bienes sujetos a la limitación del sistema de legítimas.

La primera particularidad que se aprecia en la nueva redacción es la limitación de la sustitución fideicomisaria a los hijos o descendientes legitimarios, llamativa, pues si la finalidad era la protección del incapacitado judicialmente carece de sentido obviar todos los sujetos relacionados en el artículo 41 y en el artículo 79 de la Compilación, como padres y cónyuge, según el territorio insular al que nos refiramos. Sólo se explica tal limitación como efecto espejo de la regulación del artículo 782 del Código Civil tras la Ley 41/2003.

Tampoco resulta aparentemente muy afortunado el empleo del término “alguno”, ya que cabe la existencia de pluralidad de fiduciarios en situación de incapacitación y entendemos que el testador puede prever el instituto en favor de todos ellos, a modo de cofiduciarios<sup>23</sup>.

---

22.- Art. 7.bis c: “*Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor, o discapacitado causante de la sucesión*”.

23.- A este respecto, GÓMEZ CÁLLIGO, Francisco Javier. “*La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado*”. Revista crítica de derecho inmobiliario. Año LXXXI. Número 687.2005, páginas 11 a 30, comentando el artículo 782 del Código Civil. Señala la posibilidad de que se nombre tales fiduciarios de modo sucesivo, de forma que el segundo fiduciario incapacitado sería primer fideicomisario o nombrarlos de modo condicional para el caso de incapacitación en cualquier momento

La nueva redacción del artículo 49.2 CB plantea importantes cuestiones. Una lectura rápida podría generar una idea equivocada, entendiendo que se grava la legítima del fiduciario incapacitado, de manera que, al fallecer éste, su legítima pasaría a los fideicomisarios (los otros legitimarios). No obstante, si se lee con atención, el sentido del texto es muy diferente. Lo que en realidad se grava es la legítima de los fideicomisarios, de manera que éstos no recibirán su legítima hasta el fallecimiento del fiduciario, o del recobro de la capacidad<sup>24</sup>, en su caso.

Refuerza esta interpretación, por una parte, que el art. 49.2 CB habla de que la sustitución recae sobre la “íntegra cuota legitimaria” que corresponda conforme al art. 42 CB; y por otra, el último párrafo del art. 49.2 CB, en el que se establece que, en tales casos, los fideicomisarios no podrán ejercitar la facultad prevista en el párrafo primero. Es decir, que ni siquiera podrán los fideicomisarios reclamar su legítima estricta, libre de gravamen (*cautela socini*).

Asimismo, nos genera profundas dudas la expresión *sin perjuicio del derecho de representación*, que encontramos al final del art. 49.2 CB. ¿Derecho de representación, de quién? ¿De los hijos de los fideicomisarios o de los del fiduciario? En el primer caso, resulta obvio y quizás no hubiera sido siquiera necesaria su mención. Creemos que, en realidad, se refiere al derecho de representación de los hijos del fiduciario. Es decir, que los hijos del fiduciario no pueden ser privados de la legítima estricta que le hubiera correspondido a su padre incapaz en la herencia de su abuelo. A pesar de que es por todos conocido el funcionamiento del fideicomiso, parece que éste no incluiría la legítima estricta del propio fiduciario, en caso de que éste tuviera hijos o descendientes. Si bien podemos estar de acuerdo con tal decisión, lo cierto es que los fideicomisarios no van a obtener recompensa alguna, o exceso alguno, en el caso de que existan hijos o descendientes del fiduciario. No funciona entonces como una *cautela socini* donde se acepta el gravamen a cambio de recibir una cuota mayor. La ubicación del precepto puede despistar. Podrá recibirse o no.

En relación a las Pitiuses, el problema fundamental lo encontramos en el art. 70 del libro III de la CB, que se remite enteramente a lo dispuesto en el Código civil en sede de sucesión testada. No obstante, por el juego de la remisión estática, deberá ser de aplicación la redacción anterior a la ley de reforma 41/2003. A nuestro juicio, creemos que existen argumentos para

---

posterior a la muerte del causante, resolviéndose este supuesto a través de la administración de la herencia hasta verificar el cumplimiento o no cumplimiento de la condición. (En tesis de principio la capacidad modificada judicialmente –véase artículo 200 y 201 Código Civil y artículo 757 Ley Enjuiciamiento Civil habría de existir al tiempo de apertura de la sucesión).

24.- Incluso podría plantearse una sustitución fideicomisaria a término, con un plazo concreto.

defender la aplicación de estas medidas en las Islas de Ibiza y Formentera, entendiendo que estamos ante “valores superiores”, “principios generales de protección”. Si bien creemos que esta proclamación de principios no sería suficiente para superar los demoledores efectos de la DF segunda.

Para terminar, sin ánimo de profundizar más en el análisis de esta figura, simplemente queremos apuntar que a buen seguro, provocará enormes interrogantes alrededor de otras instituciones, tales como la operativa de la sustitución vulgar en fideicomiso (art. 26 CB) o la “cuarta trebeliánica” (art. 29 CB), entre otras.

De todo ello lo anterior, como reflexión final, habremos de concluir que la nueva regulación propuesta fija una extraordinaria protección del incapacitado judicialmente, que obtiene no sólo su correspondiente legítima, sino que también se beneficia a través del artículo 49.2 CB del uso de los bienes fideicomitidos (ex artículo 30 Compilación), e incluso –y de forma quizá injusta como ya apuntó la Academia-, puede detraer la cuarta trebeliánica (ex artículo 29 CB), toda vez que no ha sufrido modificación alguna tal precepto.

#### 4.- Modificación de la Disposición Final segunda

Simplemente una pequeña mención en relación a la reforma de la DF segunda. El legislador intenta paliar los criticadísimos efectos de la remisión estática con una modificación que tenemos que poner “en cuarentena”:

*“Las remisiones que esta compilación hace a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor del Texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, excepto las modificaciones posteriores, respecto de las cuales las remisiones que estas hagan al Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor de cada ley de modificación.”*

Debemos alabar el intento, por supuesto, ya que por fin se aborda una cuestión sobre la que tanto se ha escrito y cuyos problemas en la práctica diaria se muestran de manera ostensible. Suponemos que el legislador de esta manera, ve preservada la competencia del Parlamento Balear, que de antemano conoce el texto del C.c. al que se remitirá la Compilación y decide hacerlo o no, con el poder que inviste.

No obstante, queremos poner de manifiesto que la solución propuesta nos genera profundas dudas y no sabemos hasta qué punto va a suponer más un

problema que otra cosa. A nuestro juicio, no se va a solucionar así el difícil “encaje” entre el Código Civil y la Compilación, y quizás sea ésta la puerta de entrada para reformas demasiado ambiciosas que requerirían una reforma previa de la Compilación para evitar textos inconexos, descordinados o contradictorios.

Desde luego, al profesional del Derecho se le complica la tarea. No será fácil combinar textos, años y entradas en vigor.

### **III.- POSICIÓN ACTUAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA COMPILACIÓN BALEAR Y A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TSJIB. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN**

Para comenzar este análisis, y al objeto de una mayor claridad expositiva, distinguiremos la posición actual del cónyuge en Mallorca-Menorca e Ibiza-Formentera, tanto en la sucesión testada como en la intestada, y el criterio del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (en adelante, TSJ) respecto de las cuestiones sobre las que ha tenido ocasión de pronunciarse.

Como ya hemos dicho más arriba, con motivo del comentario referente a la definición en la isla de Menorca, la ley que rige la sucesión es la de la vecindad civil del causante (ex art. 9.8 C.c.) A la vista de las diferencias entre islas, habrá que estar muy atento, para determinar qué vecindad civil tenía el fallecido, entrando en juego las reglas del art. 14C.c.<sup>25</sup>, por remisión del art. 2 CB.

Antes de comenzar, queremos indicar que, si bien no podemos entrar en el análisis de la figura de la pareja de hecho y de los problemas que plantea, lo aquí se expondrá será también de aplicación al conviviente que sobreviviera a su pareja, como consecuencia de la remisión del art. 13<sup>26</sup> de la Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, siempre que por supuesto se trate de parejas debidamente inscritas.

---

25.- Art. 2 pár. 2º CB: “La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general”.

26.- Art. 13 CB: “Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismo derechos que la Compilación de derecho Civil Balear prevé al cónyuge viudo”.

## 1.- Mallorca y Menorca (Libro I y Libro II)

La posición del cónyuge viudo en Mallorca y Menorca resulta idéntica, por remisión del art. 65 de nuestra Compilación Balear, con independencia por supuesto de las diferencias obvias relacionadas con otras instituciones. En este sentido, huelga decir que a día de hoy, en la Isla de Menorca, el marido no podría nombrar a su esposa donataria universal de bienes presentes y futuros, y viceversa, y por tanto otorgarle la condición de heredera, pues dicho pacto sucesorio no resulta de aplicación, a salvo lo previsto en el proyecto de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares y que ha sido analizado más arriba.

Centrándonos, no obstante, en la redacción actual, debemos distinguir:

### A.- Sucesión testada

#### a.- Nombramiento del cónyuge como heredero

Por supuesto, existe la posibilidad de que el cónyuge sea nombrado heredero universal, en cuyo caso nos encontraremos con los problemas habituales. Por ejemplo, de determinación de las legítimas de los hijos, lo cual puede resultar enormemente complejo cuando concurren hijos de un primer matrimonio con el/la consorte en segundas nupcias nombrado heredero/a.<sup>27</sup>

Al igual que ocurre con cualquier otra persona, puede ser nombrado heredero distribuidor, puede ser legatario... Si bien no pretendemos entrar a analizar todas las posibilidades, que son de sobra conocidas, y no presentan en general especial complejidad por tratarse del cónyuge.

El testamento típico en Mallorca es aquél en el que se nombra herederos universales a los hijos y usufructuario universal al cónyuge sobreviviente. Como es sabido, nuestra Compilación salva el tema de la intangibilidad de la legítima por la vía del art. 49, a través de la “cautela socini”.<sup>28</sup>

Asimismo, y como curiosidad, recordemos que, en virtud del principio *semel heres semper heres*, que rige en Mallorca y Menorca, la institución de

---

27.- El PLMDCIB pretende introducir una posible solución para esta cuestión.

28.- Art. 49CB: “La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación.”

heredero no puede estar sometida a condición<sup>29</sup>, por lo que la condición típica impuesta al cónyuge viudo, instituido heredero, sobre no contraer ulterior matrimonio, no tendría aquí ninguna eficacia, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones forales.<sup>30</sup>

Para terminar, a diferencia también de algunas legislaciones forales<sup>31</sup>, no se permiten los testamentos mancomunados, si bien algunos autores como Carbonell Crespi<sup>32</sup> afirman que no son del todo desconocidos históricamente en nuestro Derecho, y la práctica notarial muestra como es bastante habitual que los matrimonios acudan juntos a testar, procediendo al reparto de sus bienes entre sus hijos como si de un sólo patrimonio se tratara, e instituyéndose usufructuarios universales de manera recíproca, aunque en testamentos separados, por supuesto.

Quizás debería abrirse el debate sobre la posibilidad de introducir en nuestro Derecho Balear los testamentos mancomunados, habida cuenta de la práctica tan común, entendiendo que no van a suponer un perjuicio ni un quebranto para tercero, y como instrumento para ordenar la sucesión de una manera homogénea.

#### b.- Legítima del cónyuge viudo

Como decíamos también anteriormente, no se trata de exponer todos los aspectos o puntos fundamentales de la legítima, sino de tener una visión global de esta institución en lo referente a la figura del cónyuge viudo.

Históricamente, la figura nace ya en el Derecho Romano, como medio para proteger a la viuda de un posible desamparo económico. No es de

---

29.- Art. 16 CB: *“El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio”*.

30.- Quizás la más significativa la encontramos en el Código Foral de Derecho Aragonés 1/2011, de 22 de marzo, art. 476: *“Son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres. En particular, es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona”*.

31.- En Galicia, art. 187 y ss de la Ley 2/2006 de 14 de junio; en Navarra, el testamento de Hermandad, incluido en la Ley 199 de la Compilación de 1 de marzo de 1973, entre otros.

32.- CARBONELL CRESPI, José Antonio. *“La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.”*. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia año 2006. Pág. 69 y ss.

extrañar, a la vista de las profundas raíces romanas del Derecho Mallorquín y Menorquín, que esta institución haya llegado hasta nuestros días.

#### b 1.- Extensión de la legítima del cónyuge viudo

El cónyuge viudo es legitimario, ex art. 41, 3º C.B<sup>33</sup>. De manera más extensa, el art. 45 establece:

*El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto, será legitimario en la sucesión de éste.*

*Interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el artículo 835 del Código civil.*

*Concurriendo con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los demás supuestos, el usufructo universal.*

#### b. 1.1.- Análisis del art. 45.1 CB

El primer párrafo del art. 45 se asemeja al art. 834 C.c. en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 15/2005<sup>34</sup>, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La diferencia fundamental es que el artículo 45.1 CB recogía ya la separación de hecho, incluso de carácter unilateral, introducida con motivo de la reforma de 28 de junio de 1990, como causa de privación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo. Por esta razón, Mallorca y Menorca quedaron al margen de la discusión, hoy ya superada, por la contradicción entre los artículos 834 y 945 C.c., a la que después nos referiremos.

Si queremos ir más allá de los evidentes motivos históricos y buscar cuál es el sentido o justificación de la legítima actualmente, nos será de gran ayuda la sentencia de nuestro TSJ, de 27 de julio de 2009:

---

33.- Artículo 41CB: “*Son legitimarios, en los términos que resultan de los artículos siguientes:*  
1.º *Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos.*  
2.º *Los padres, por naturaleza o adopción.*  
3.º *El cónyuge viudo.*”

34.- Art. 834 C.c.: “*El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.*”



*“El reconocimiento de legítima viudal -en el inicio histórico sólo a favor de la viuda- busca el objetivo de proporcionar al supérstite recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación.”*

En definitiva, la convivencia es la base y fundamento de la legítima.

El mantenimiento de esta figura, a diferencia de lo que ocurre con otros legitimarios, parece no generar grandes discusiones, y está jurídica y socialmente aceptada su existencia.

De hecho, la Comisión Académica de Derecho Privado elaboró un informe en el año 2010<sup>35</sup> sobre el sistema de legítimas, concluyendo que existe un sentir entre los académicos, prácticamente unánime, de mantener esta figura en su regulación actual; e incluso existe un sector que considera que debería aumentarse, bien aumentando la cuota de usufructo, bien incluso con atribuciones en propiedad.

Nos parece ésta una decisión acertada. No ya la del mantenimiento, que damos por supuesto, sino la del aumento de la legítima del cónyuge viudo. Este aumento responde a una realidad social, a una nueva estructura y concepción familiar. Se justifica en sí misma. Esta reflexión, que puede parecer baladí, no lo es en absoluto, pues tratándose de limitaciones a la libertad de testar, creemos fundamental que éstas respondan a una justificación, a una función, que el causante sea también capaz de compartir y comprender.

Visto lo anterior, lo que sigue llamando enormemente la atención es que siga sobrevolando sobre nuestra Compilación la antigua concepción de la “separación sanción”<sup>36</sup> (“*salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto*”), frente al concepto, ya plenamente impuesto en derecho común, de “separación remedio”.

Actualmente, con la ley en la mano, el cónyuge que estuviera separado, legalmente o de hecho, por culpa del fallecido, mantendría sus derechos legitimarios sobre la herencia del difunto, en la extensión que le correspondiera, según su situación familiar, ex art. 45. 3º CB.

---

35.- Publicado en el Boletín N° XI de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares del año 2010, pág. 307y ss.

36.- “*por culpa del difunto*”.

En este sentido, debemos citar la STSJIB de 5 de junio de 2014, en la que se establece lo siguiente:

*“En definitiva, en nuestro Derecho Civil Propio lo esencial y relevante, a los meritados efectos de determinación de si hay o no derecho a la legítima **vidual** es:*

- 1.- Que haya separación, de hecho o judicial firme, la modalidad no importa.*
- 2.- Que haya o no causa de separación imputable al **cónyuge** difunto.*
- 3.- Esta última averiguación puede hacerse por cualquier medio de prueba, sin tener que constreñirse a si el Fallo separatorio (de haberlo) incluía o no tal causa, por la sencilla razón ya expuesta de que en la separación fáctica no hay sentencia alguna que interpretar.”*

Y en esta línea también, la menos reciente STSJIB de 9 de diciembre de 1998, que considera que la separación de hecho se debió a culpa exclusiva del difunto, en el sentido de decisión propia “sin causa achacable a la esposa”, y fallando por tanto que los derechos legitimarios de ésta permanecían intactos:

*“Ciertamente, el art. 45 Compilación Balear, tras la reforma introducida por la L 8/1990 de 28 Jul. -que dio lugar al TR 6 Sep. 1990- introdujo la «separación de hecho» como causa de pérdida del derecho a la legítima, reformando así el tenor literal del primitivo art. 45 de la Compilación de 1961, que sólo estimaba como causa de privación de derechos legitimarios la separación legal; si bien con la salvedad, en ambos casos, de que si la separación (tanto la legal como la de hecho) fueran imputables al **cónyuge** difunto no enervarán el derecho del sobreviviente a la legítima.*

*En el presente caso, a la luz de tal doctrina, se trata de dilucidar si, a los efectos que nos ocupan, concurrió o no concurrió una separación de hecho entre los esposos, subsumible en la hipótesis prevista en el referido art. 45, y, además, si tal separación, en el caso de existir, fue o no imputable al **cónyuge** difunto, es decir, al marido, ya que en caso afirmativo tal separación no privaría a la esposa de sus derechos legitimarios.*

*Abordando la cuestión, y empezando (por razones de economía dialéctica) por la segunda de las hipótesis planteadas, hay que*

*resaltar que es patente -por los razonamientos que quedan ya expresados en el fundamento de derecho anterior- que la ruptura de la convivencia conyugal entre los consortes D. Pedro T. C. y D.<sup>a</sup> Rosa P. B. fue ocasionada por voluntad y decisión del marido, quien, sin causa alguna achabable a la esposa, tras su último ingreso hospitalario, no se reintegró al hogar conyugal, sino que pasó a residir con sus padres en el domicilio de éstos en Lluchmayor.”*

No obstante, parte de la doctrina considera que hoy en día debe entenderse superada esa lectura, sobre todo tras la reforma del Código Civil 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Algunos como Miguel Masot<sup>37</sup> consideran que nuestra regulación actual no se corresponde con la moderna consideración del matrimonio<sup>38</sup>, y que en ningún caso puede mantenerse la legítima sin convivencia. Por su parte, Llodrá Grimalt<sup>39</sup> realiza una interesante reflexión en relación con esta cuestión, planteando la problemática de que, en realidad, la regulación de la separación y el divorcio es competencia exclusiva del estado, y si el legislador llevó a cabo la reforma 15/2005, eliminando las causas de separación y divorcio, y planteando ambas instituciones desde una perspectiva adulta y sin culpables, ¿por qué se siguen teniendo efecto en nuestro ordenamiento mallorquín y menorquín, si no tiene competencia para regular sobre esta materia, reservada exclusivamente al Estado?

Además de lo anterior, nos encontramos con un problema de carácter práctico y es que, como consecuencia de la reforma, la sentencia de separación no determinará ya las culpas, lo que podría entenderse como una inaplicación *de facto*, por imposibilidad sobrevenida, de dicho artículo 45.1 CB en relación a la culpa.

No obstante, como hemos visto, nuestro TSJ en la reciente sentencia de 2014, contempla la posibilidad de que pueda determinarse la culpa en un proceso posterior, y no necesariamente en el de separación (...”*Esta última averiguación puede hacerse por cualquier medio de prueba, sin tener que constreñirse a si el Fallo separatorio (de haberlo) incluía o no tal causa, por la sencilla razón ya expuesta de que en la separación fáctica no hay sentencia alguna que interpretar*”), lo que significará que, el viudo separado de hecho

---

37.- MASOT MIQUEL, Miguel. “*Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares*”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares nº XIV. Pág.427 y ss.

38.- Art. 3 C.c., en tanto a la realidad social y del tiempo.

39.- LLODRÁ GRIMALT, Francisca. “*L'actualització del Dret Civil Balear*”. RJIB nº 13. Pág. 133 y ss.

o separado judicialmente sin pronunciamiento sobre la culpabilidad, una vez ejercitada la acción del art. 815 C.c., deberá acreditar en el seno del proceso la culpabilidad del fallecido.

Por nuestra parte, compartimos plenamente las opiniones de Miguel Masot y Francisca Llodrá, y creemos que debe superarse de una vez por todas la idea de “culpables” y de “sanciones” en materia de separación y divorcio. El que se quiere separar no tiene que justificar su decisión, basta con que quiera hacerlo; y no debería tener tal decisión consecuencias en su patrimonio *post mortem*, con independencia de las circunstancias y motivos de la separación. La doctrina balear, prácticamente de manera unánime, aboga por la supresión de un artículo trasnochado, que nos recuerda a épocas históricas ya superadas.

Para terminar con esta cuestión resta decir que no parece que nuestro TSJ esté por modificar su criterio. La sentencia de 2014 citada juzga, es cierto, unos hechos acaecidos con anterioridad a la reforma 15/2005, lo que podría conducir a pensar que esa es la razón del fallo. No obstante, en la misma se realiza una reflexión que justifica la legítima y que se apoya fundamentalmente en criterios de justicia material, especialmente dignos de protección:

“... no cabe imputar a descuido o ignorancia el mantenimiento del sistema de separación causal que rige en nuestro Derecho Civil Propio. Así lo atestigua el hecho indudable de que, como reconoce ingenuamente el propio recurso, en las repetidas modificaciones de la inicial redacción compilatoria de 1961, no se haya procedido a eliminar el referido carácter causal. Ni en la repetida Ley 8/1990, ni en el *Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre (LA LEY 4004/1000)*; ni la *Ley 3/1985, de 11 de abril (LA LEY 906/1985)*; como tampoco las *Leyes 7/1993, de 20 de octubre (LA LEY 1684/1994)* o la 3/2009, de 27 de abril, que afectaron directamente a preceptos de la *Compilación, se aprovechó la ocasión para imponer una distinta redacción al precepto que nos ocupa, como tampoco lo hicieron las leyes especiales regulatorias de las parejas estables (Ley 18/2001, de 19 de diciembre (LA LEY 74/2002))*; de *constatación de censos y alodios y de extinción de los inactivos (Ley 3/2010, de 7 de junio)*, de *voluntades anticipadas (Ley 1/2006, de 3 de marzo (LA LEY 557/2006))*; o de *mediación familiar (Ley 14/2010, de 9 de diciembre)*.

*Independientemente de los planteamientos de tipo ideológico que puedan sustentar ambas posiciones, hay razones de justicia que pueden explicar la redacción del artículo 45 de nuestra Compilación, porque, a modo de simple*

*ejemplo, en el supuesto hipotético de un matrimonio de larga duración, en el que un cónyuge con importantes bienes en su patrimonio -potencial caudal hereditario-, tras muchos años de convivencia, decidiera separarse de hecho -para verlo más claro- al morir dicho cónyuge en situación de separación fáctica, el cónyuge viudo, de no ser causal la separación, quedaría sin legítima. De otra parte no se atisba obstáculo alguno a la decisión del legislador balear en este punto desde la perspectiva constitucional.”*

La cuestión ciertamente no es sencilla pues vemos que existen supuestos, como los de la violencia de género, desgraciadamente tan de actualidad, que nos impulsan a proteger la legítima del viudo que tuvo que huir a consecuencia de una conducta penalmente sancionable, tras años de sufrimiento. Pero creemos que una casuística particular y afortunadamente minoritaria, no puede marcar la regla general.

Tal vez, como solución, podría establecerse la regla general de no culpabilidad, exceptuando los supuestos de violencia de género (por ser estos los casos más flagrantes) con sentencia condenatoria, aunque desgraciadamente, no ayudaría a todas aquellas/os que no denuncian. Y son muchos.

#### b. 1.2 Análisis del art. 45.2 CB

En relación al fallecimiento de uno de los cónyuges tras la interposición de la demanda de separación y en relación también a la reconciliación entre los separados, nuestra Compilación Balear se remite a lo dispuesto en el art. 835 C.c.

No obstante, por el juego de la remisión estática<sup>40</sup> no podemos estar a la redacción actual<sup>41</sup>, sino a la que estaba en vigor en 1990:

*“Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.*

*Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.”*

---

40.- Dº Final segunda de nuestra Compilación.

41.- Fruto de la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio: “Artículo 835: Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.”

El párrafo primero resulta plenamente coherente con el también párrafo primero del art. 45 CB, ya que, si la demanda de separación apreciaba la culpa del fallecido, el viudo conservaba sus derechos<sup>42</sup>. No obstante, por los motivos expuestos en el apartado anterior, este juego queda “cojo”, ya que las sentencias resultantes de procesos de separación y divorcio no aprecian ya la culpabilidad, sin perjuicio de que, como hemos visto, pueda apreciarse en un momento posterior.

El párrafo segundo no resulta tan claro, ya que el art. 45.2 CB afirma: “...aprobada la reconciliación se estará a lo prevenido en el art.835 C.c.” ¿A qué se refiere la expresión “aprobada”? ¿Aprobada por quién? El código civil no hace referencia alguna a la “aprobación”, ni siquiera en sus redacciones posteriores, imponiendo únicamente que deba comunicarse al juez que conoció de la separación y ahora también, y en su caso, al notario.

El hecho de “comunicar” introducido en el Código civil por reformas posteriores obedece a la dificultad que entraña acreditar que efectivamente ha existido reconciliación, pues no es fácil determinar cuándo estamos ante un cordial trato, ante un intento de retomar la relación o ante una verdadera y definitiva reconciliación. Nuestro TSJ, en la ya citada sentencia de 27 de julio de 2009, ha determinado que:

*“La separación genuina supone una ruptura de la vida de pareja, firme y con propósito de definitiva. No se da en el caso de meros distanciamientos transitorios e intermitentes que no revelan la voluntad decidida de poner fin a la unión y, a la par, la segura desaparición de la affectio. El párrafo segundo del hoy derogado art. 87 del Código Civil cuidaba de advertir en este sentido que la interrupción de la convivencia que obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga no implica cese efectivo de la convivencia conyugal. El problema que suscita en este aspecto la aplicación del art. 45 no reside en el alcance de la norma sino en caracterizar las relaciones entre los consortes como constitutivas de una auténtica separación de hecho.”*

Como veremos a lo largo de este trabajo, uno de los problemas fundamentales que se da entre los cónyuges en relación a los derechos sucesorios es precisamente cómo acreditar el estado de la pareja, las razones de su ruptura, si era temporal, si era definitiva...Pues tales circunstancias serán determinantes para establecer la existencia o no de los derechos del cónyuge superviviente. Todas ellas son, no obstante, propias de la intimidad de un matrimonio y de la propia

---

<sup>42</sup>- Si bien ya hemos visto que la sentencia no es la única manera de acreditarlo, pensemos por ejemplo en las separaciones de hecho STSJIB 5 de junio de 2014.

persona, individualmente considerada, y a la vista de terceros pueden ser enormemente difíciles de juzgar, pues se escapan muchos matices. No obstante, eso es precisamente la separación “de hecho”, lo que, unido a la ausencia de prueba documental fehaciente (sentencia, acuerdo ante notario..) obliga a tener que llevar a cabo esa complicada labor interpretativa de la intimidad ajena.

### b.1.3.- Análisis del art. 45.3 CB

En relación a la extensión, la Compilación no admite duda:

*“Concurriendo con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los demás supuestos, el usufructo universal.”*

A pesar de que no se tenga ninguna previsión en este precepto, entendemos que lo adquiere libre de fianza, ex art. 492<sup>43</sup> C.c., en sede de usufructo.<sup>44</sup>

Observamos por tanto que la legítima del cónyuge viudo es mayor que la que se prevé en Derecho Común. De hecho, se amplió con la reforma de 1990. Todo ello es una clara manifestación de lo expuesto anteriormente sobre la justificación social y jurídica de la legítima viudal.

Llama la atención también que, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho Común, en Mallorca y Menorca los ascendientes no son legitimarios y por tanto, en concurrencia sólo con ellos, el viudo adquiere el usufructo universal, si bien volveremos a tratar esta cuestión al analizar este mismo tema en sede de sucesión intestada, donde la problemática se ve agravada.

A pesar de que este artículo puede resultar en su redacción enormemente simple, lo cierto es que su aplicación práctica no es sencilla, principalmente cuando no hay una buena relación hijos-viudo o, lo que puede ser más habitual, suegros-viudo. Cuestiones como *¿Qué valor tienen los bienes?, ¿qué son exactamente 2/3?* y otras consideraciones sentimentales, pueden bloquear absolutamente una partición hereditaria. No es por tanto de extrañar que se introduzcan los mecanismos a los que nos referimos a continuación.

---

43.- Art. 492 C.c.: *La disposición contenida en el número segundo del precedente artículo no es aplicable al vendedor o donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, ni a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeren los padres o el cónyuge ulterior matrimonio.*

44.- También podríamos encontrar apoyo en el art. 84.2 CB, con la precaución de que no se trata de “legítima”.

## b. 2.- Posibilidad de conmutación de la legítima del viudo

El art. 48 *in fine* CB: *“Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código civil y el cónyuge viudo en la del artículo 840<sup>45</sup> del mismo cuerpo legal.”*

Es decir, que los herederos están facultados para conmutar el usufructo del cónyuge a cambio de renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, ex art. 839; mientras que, conforme al art. 840, el cónyuge que concurra sólo con hijos del cónyuge fallecido, podrá exigir la conmutación en bienes o en dinero. Esa posibilidad de “exigir” se justifica por la problemática que podría surgir, y de hecho es bastante común, entre los hijos del finado y el cónyuge viudo no progenitor de aquéllos. Esta institución se erige por tanto como solución plausible para poner fin a los conflictos de cotitularidad sobre un patrimonio entre personas mal avenidas, y eliminar así el bloqueo al que hacíamos referencia anteriormente. Y desde luego es de elogiar que el legislador de una salida a situaciones de tan difícil solución.

En ocasiones, se ha planteado el problema del alcance de la facultad de los herederos cuando el cónyuge es usufructuario universal, lo cual suele ser común en Mallorca, como ya hemos visto. Hay quien ha defendido que el hecho de que sea usufructuario universal priva a los herederos de la facultad de conmutación y otros que, en tales casos, la facultad de conmutación se extiende sobre la totalidad del usufructo. No obstante, nuestro TSJ ha considerado que la facultad de conmutar se refiere únicamente a lo recibido por legítima; y si bien entiende que tal vez no sea ésta la solución más deseada, ya que no se elimina el problema que justifica esa facultad, lo cierto es que esa parece ser la voluntad del legislador. Así se recoge en la STSJIB de 6 de mayo de 2013:

*“Es importante destacar que el artículo 48 CDCB se encuentra, precisamente, dentro de su Sección 4ª, que trata de las legítimas, del Capítulo III, “De la sucesión testada”, de su Título II, “De las sucesiones”, lo que determina que su último párrafo se refiera, únicamente, a la legítima, no al resto de lo recibido del causante.*

*El artículo 839 del CC (LA LEY 1/1889), al que aquél se remite, se refiere exclusivamente a la parte de usufructo que corresponde*

---

45.- Artículo 840 C.c.: *“Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.”*



al cónyuge viudo en calidad de legítima y está situado en su Sección Séptima, que se refiere a los «Derechos del cónyuge viudo», del Capítulo II, «De la herencia», del Título III, «de las sucesiones».

*Estas colocaciones sistemáticas son signo de la necesidad de un equilibrio entre las facultades de los herederos y los derechos del cónyuge viudo y para conseguirlo el Legislador ha utilizado la técnica analizada que, según los textos legales vistos, autoriza a los herederos a conmutar el usufructo viudal y obliga al viudo a pasar por la decisión, si es unánime, pero siempre con respeto a sus “derechos”, que configuran su estatuto jurídico, de modo que no hay base legal para extender aquellas facultades a costa de estos derechos ni para entender que el ordenamiento jurídico permite a aquellos imponer la conmutación sobre lo recibido por éste por título distinto al de legitimario pues en esta parte prevalece la voluntad del causante, ley de la sucesión.*

*Es cierto que la mejor doctrina destaca que la finalidad de la facultad de conmutación es “evitar la división del dominio pleno en nuda propiedad y usufructo” y ello para conseguir “la más fácil circulación de la riqueza, a la vez que la sumisión a fórmulas de concordia de los antagonismos y conflictos posibles y aún probables entre los herederos y el cónyuge viudo”; que se concede para evitar los perjuicios que causa a los herederos la “desmembración dominical” y que se debe “a razones predominantemente objetivas”, pero también lo es que el Legislador partiendo del conocimiento y ponderación de todo ello ha llegado sólo hasta donde hemos visto.”*

Entendemos perfectamente la interpretación que realiza nuestro TSJ y, con la ley en la mano, no pude ser de otra manera. No obstante, y así se desprende también de la propia sentencia, creemos que ésta no era la solución querida por el legislador y que, como ya hemos dicho, la finalidad de la facultad es poner fin a situaciones conflictivas y evitar que tengan que compartir patrimonio los que se encuentran mal avenidos. ¿Qué sentido tiene conmutar para seguir compartiendo derechos sobre una misma masa?

A nuestro juicio, la cuestión resulta enormemente dudosa. Uno de los argumentos que se puso sobre la mesa por parte de la viuda recurrente en el supuesto de la sentencia citada, es que no podía conmutarse el usufructo universal, porque con dicha institución se muestra la voluntad del testador de mejorar, de proteger a la viuda, de que efectivamente tenga el usufructo universal. El art. 839 C.c. afirma, en sede de legítima del cónyuge viudo, que los herederos “podrán satisfacer al cónyuge *su parte* de usufructo”.

¿Y si esa parte es mayor que la legítima? Desde otra perspectiva, la de los herederos, podría también considerarse y defenderse que precisamente debería ser el usufructo más conmutable, por ser el que más grava el derecho de propiedad, y en definitiva, la finalidad de la norma, como veíamos, es evitar tanto cotitularidades poco deseadas, como situaciones que puedan resultar “antieconómicas”

Como decimos, el tema nos genera profundas dudas. Lo que parece claro es que no puede mantenerse la solución salomónica de nuestro TSJ, que no contenta a buen seguro a ninguno de los interesados y resulta absolutamente contraria al espíritu de la norma.

Asimismo, en relación a la conmutación, la sentencia mencionada aborda el papel que juega el viudo en la conmutación del art. 839 C.c. Un papel más bien discreto, ya que su voluntad sólo entra en juego para acordar con los herederos cómo se llevará a la práctica su decisión de conmutar y el modo elegido por ellos:

*“Al cónyuge viudo se le impone esta decisión de los herederos precisamente por ser unánime y sólo si lo es.*

*3º El “acuerdo” entre los herederos y el viudo únicamente ha de recaer sobre la forma de ejecutarse la elección de los herederos con el fin de que exista equivalencia entre lo conmutable, el usufructo y su valor, y lo conmutado, de manera que no se perjudique su legítima.*

*4º En defecto de este “acuerdo” es el mandato judicial el que determina la forma de la conmutación...”*

#### b. 3.- Privación de la legítima: desheredación e indignidad

Desheredación e indignidad son dos instituciones íntimamente relacionadas y que precisamente fueron objeto de la última reforma importante en la Compilación Balear, a través de la ley 3/2009 de 27 de abril.

Coloquialmente, se entiende por desheredación el no ser nombrado heredero en el testamento de un progenitor, pero como es sabido, desheredación es exclusivamente la privación de la legítima, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, que tiene un campo de actuación mucho más amplio, y puede jugar tanto en la privación de la legítima como en la privación de cualquier atribución a título universal.

Otra de las diferencias es que la indignidad puede tener lugar tanto en sede de sucesión testada como de intestada; pero la desheredación expresa la voluntad del testador y debe hacerse constar en testamento alegando la causa legal en que se funde, ex art. 849 y 851 C.c. Por ello, a diferencia de lo que ocurre en derecho común (donde se admite la posibilidad de que exista un testamento únicamente desheredando), en Mallorca y Menorca no puede tener lugar la desheredación en sede de sucesión intestada porque el testamento debe contener, como veíamos anteriormente, el nombramiento de heredero; y la desheredación excede del contenido posible del codicilo, ex art. 17 CB.

No obstante, debemos señalar que en Mallorca sí podría realizarse la desheredación en pacto sucesorio, pero no en Menorca, al menos de momento, por la prohibición contenida en el art. 65 CB.

Como decíamos, las causas de desheredación/indignidad fueron incluidas en la Compilación a través de la ley 3/2009, de 27 de abril, ya que hasta entonces las causas de desheredación eran las que regían en los artículos 853 y ss. del C.c. y las de indignidad, en el art. 756 y ss del C.c.

Algunos autores como Miguel Masot<sup>46</sup> consideran que el hecho de tener una regulación propia en la materia no excluye la aplicación también de las normas del Código civil; si bien no compartimos dicha opinión, entendiendo que, si el legislador las ha regulado, es ésta una clara muestra de que quiere que éstas, y no otras, sean las causas de indignidad y desheredación que rijan en el Derecho mallorquín y menorquín.

Tratándose por tanto de causas que pueden conllevar privación de derechos, a nuestro juicio, si su voluntad era mantener también las causas de derecho común, debería de haber utilizado alguna fórmula aclaratoria como “además de las establecidas en el Código civil, serán de aplicación las siguientes...”, en lugar de darlo por sentado por la remisión general del art. 1.3 CB. Éste es uno de los muchos ejemplos que ponen de manifiesto la problemática que conlleva la remisión al Código civil y al que volveremos a referirnos.

Centrándonos en la desheredación, el cónyuge viudo podrá ser privado de su legítima, como cualquier legitimario, por las causas establecidas en

---

46.- MASOT MIQUEL, Miguel. “*Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares*”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares n° XIV. Pág.427 y ss.

el art. 7 bis CB<sup>47</sup>, a través de la institución de la desheredación, ex aptdo. 3 del indicado artículo, siempre que, como veíamos, se haga en testamento, alegando la causa.

Así lo ha entendido también nuestro TSJ, manifestando que sendos requisitos son indispensables y que, por su puesto, si la causa fuera puesta en tela de juicio, corresponde a los herederos probar su certeza, ex art. 850 C.c.

Este fue precisamente el caso de la sentencia de nuestro TSJ, de 9 de diciembre de 1998, que se expone a continuación, pues si bien se hizo constar en el testamento la causa legal de separación, ésta resultó no ser cierta o, al menos, no fue probada:

*“En efecto, es patente que del tenor literal del referido precepto resulta que la desheredación no surtirá efectos si se hace «sin expresión de causa» o «por causa cuya certeza no se probare», y que, en este último caso, es necesario para la virtualidad de tal desheredación que los herederos del testador acrediten aquella certeza.*

*En el caso que nos ocupa el testador ciertamente expresó las causas de su decisión, como así consta en el testamento, remitiéndose al efecto a las causas 1.ª y 3.ª del art. 855 CC (1.ª: «Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales». 3.ª «Haber negado alimentos... al otro cónyuge»). Pero, es lo cierto, que -como certeramente expresa la sentencia recurrida-, no se ha acreditado por los referidos herederos (los consortes D. Francisco T. G. y D.ª María C. O.) la certeza y concurrencia de tales causas (incumplimiento de deberes conyugales y negación de alimentos); mientras que, por el contrario, sí se ha practicado en el pleito abundante prueba acreditativa del cumplimiento por parte de la esposa de una asistencia personal y material hacia su esposo D. Pedro T. C.”*

Asimismo, en materia de desheredación, resulta también interesante la reciente sentencia de nuestro TSJ de 5 de junio de 2014, en la que el Tribunal considera que la expresión en testamento, manifestando el causante que no le deja nada a su cónyuge por estar en trámites de separación, no es en ningún caso una desheredación, puesto que no es una causa de las previstas en la ley; considerando en este caso que se trata de una remisión al art. 835 C.c.:

---

47.- En su redacción dada por la Ley 3/2009, de 27 de abril.

*“Visto lo anterior, la conclusión a que llega la Audiencia Provincial, respecto de que no hay aquí desheredación, es totalmente ajustada a Derecho, al carecer la cláusula cuestionada de mención de la causa legal que la pudiera motivar (obviamente, el “estar en trámites de separación” no es ninguna de las causas contenidas en los artículos 855 y 756, 2 º, 3 º, 5 º y 6º del Código Civil ), olvido o defecto de tal calibre que resultaría insólito en un testamento notarial abierto, siendo así que el fedatario es justamente el experto más idóneo para todo lo relativo a la testamentifacción.*

*En cualquier caso, como también advierten tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial, el problema que plantea la parte recurrente es totalmente artificioso y estéril, dada la clara dicción del artículo 46 § 4 de la Compilación, que prevé, para la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza no se probare, si fuere contradicha, o que no sea alguna de las previstas en el Código Civil , los mismos efectos que el párrafo primero determina para la preterición de un legitimario, es decir, la no anulación del testamento, pero sí el derecho del preterido a exigir lo que por legítima le corresponda. Exigencia de legítima que es la acción ejercitada por la **viuda** recurrida.*

*¿Cuál será, entonces, el sentido de la repetida cláusula testamentaria? La mención «nada deja a su esposa ... en concepto de legítima, por hallarse actualmente en trámites de separación», hay que incardinarla claramente en el párrafo 2 del artículo 45 de la Compilación, que remite al artículo 835 del Código Civil en la redacción entonces vigente, según el que, cuando estuvieren los **cónyuges** separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito, lo que estaba en conexión con el artículo 834 del mismo”*

Entendemos por supuesto que deben mantenerse las causas de indignidad y también las de desheredación. El legislador, con razón, y a salvo de lo que diremos en el siguiente capítulo en relación a la definición, desprotege de los derechos legitimarios y/o priva de la posibilidad de hacer suya cualquier atribución a aquél que ha traspasado ciertos límites, vulnerando principios universales en contra del causante o miembros de su familia, que en muchas ocasiones van más allá de la falta de gratitud, aunque así se denominen.

Lo que nos extraña es que el legislador no aprovechara la reforma para introducir una regla similar a la del derecho catalán<sup>48</sup> y es la del decaimiento

---

48.- Art. 422.13 Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprueba el Libro IV del Código civil de Cataluña.

de las disposiciones a favor del otro cónyuge, en caso de separación o divorcio, cosa que tampoco se prevé con la reforma actual. Es cierto que se puede pensar: “si no ha cambiado el testamento, es que no quería”, pero la realidad muestra como en muchas ocasiones no es así: desconocimiento, olvido, descuido, dejadez. Así, con nuestra regulación, podemos encontrarnos un separado, incluso un divorciado, que no tenga derecho legitimario alguno y que, en cambio, sea heredero universal. Si el testamento es muy anterior al divorcio o separación, creemos que la voluntad del causante, ley máxima de la sucesión, no se corresponde en la mayoría de casos con la plasmada en el testamento; y creemos también que el legislador debería hacer lo posible para asegurarse de que así fuera.

#### b. 4.- Pacto de definición sobre la legítima del viudo

La definición se encuentra regulada en el art. 50 CB y, a través de la misma, se establece, como es sabido, la posibilidad de que el descendiente legitimario pueda renunciar a su legítima en vida del causante, a cambio de la entrega de algún bien o derecho coetáneo o anterior a esa renuncia.

Recordemos que, tal y como ya estableció la sentencia de 25 de mayo de 1992 de nuestro TSJ, se trata de un negocio jurídico complejo, bilateral, consensual, y oneroso, y también se caracteriza como un contrato aleatorio y de carácter irrevocable. Estas características son prácticamente acogidas por la mayoría de la doctrina, no obstante Pilar Ferrer<sup>49</sup> entiende que no podemos hablar en ningún caso de negocio bilateral. En este sentido, Ferrer Vanrell considera que debemos distinguir dos negocios: la atribución patrimonial y la renuncia. La atribución patrimonial, generalmente donación, es perfecta si se dan los requisitos del negocio jurídico, individualmente considerado. Cosa distinta es la renuncia, unilateral, que realiza el donatario, por considerarse satisfecho, y que puede ser coetánea o posterior. Entiende Ferrer Vanrell que el título adquisitivo es la donación (o la atribución que se realice), no la definición. Y ahí radica precisamente el error mayoritario, a su juicio. Si no fuera así, añade, no se explicaría cómo mantener una donación en el patrimonio del donatario en caso de premoriencia de éste, sin haber adquirido por tanto los derechos sucesorios a los que renunció y que ahora nunca existirán<sup>50</sup>.

---

49.- FERRER VANRELL, Pilar. “*Ponencia sobre la difinitio (art. 50, 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea*”. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de las Islas Baleares, nº XV, pág. 421 yss.

50.- Sin perjuicio del derecho de reversión, caso de que el donatario no tuviera descendencia.

Alguno podrá preguntarse por qué nos extendemos en la definición si ésta no afecta al cónyuge viudo; no obstante, y dado que el proyecto de reforma en materia de sucesiones, incluye la posibilidad de que se pueda definir al cónyuge, creemos que es interesante recordar determinados aspectos de esta figura, que después adquirirán otra relevancia, al ponerlos en relación con la figura del supérstite.

## B.- Sucesión intestada

En virtud del principio “*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus*” que rige en el Derecho de Mallorca y Menorca, únicamente se abrirá la sucesión intestada cuando no exista testamento o pacto sucesorio, ex art 7 CB.

La razón es que, como es sabido, la tradición jurídica en las citadas islas gira en torno a la idea del “*hereu*”, como sucesor y “continuator” del patrimonio y persona del causante.

a.- Art. 53 CB. Remisión al Código civil. Sin llamamiento en caso de separación de hecho.

El art. 53 CB establece claramente que la sucesión intestada se rige por lo dispuesto en el Código Civil<sup>51</sup>, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 45 y de lo previsto en el art. 51, ambos de la Compilación.

¿Y qué dice al respecto el Código civil en su redacción de 1990?

Art. 944 C.c.: “*En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.*”

Art. 945 C.c.:” *No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*”

A diferencia del art. 834 C.c. relativo a la legítima del cónyuge viudo en derecho común, que no había introducido la separación de hecho como causa de pérdida de los derechos legitimarios, el art. 945 no dejaba margen a la interpretación, resultando claro que el separado de hecho no debía ser llamado a la sucesión intestada. No obstante, como ya hemos dicho más arriba, Mallorca y Menorca quedaron al margen de las discusiones, ya que el art. 45 CB sí había introducido la separación de hecho.

---

51.- Siempre recordando la remisión estática, ex DF segunda CB 79/1990, de 6 de septiembre.

## a.1 .- La redacción del art. 945 C.c. de 1990

Como veíamos anteriormente, por el juego de la remisión estática, ex DF segunda de la CB, debemos necesariamente acudir a la redacción de los artículos en sede de sucesión intestada que se encontraba en vigor en 1990.

¿Qué ocurre por tanto con la separación de hecho? Que debe ser por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Por tanto, por una parte, excluye la unilateralidad (a diferencia de la separación de hecho que priva al cónyuge de la legítima, pudiendo ser ésta unilateral con el matiz de culpa) y por la otra, debe constar de manera fehaciente. Si bien nuestra Audiencia ya ha matizado que no se pretende con ello una constancia documental, sí que se excluye en todo caso la “voluntad presunta”<sup>52</sup>, lo que por supuesto genera enormes problemas en la práctica, como ya hemos indicado, con motivo de la intimidad propia de la pareja.

## b.- Mantenimiento de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada

Especialmente relevante resulta para el caso que nos ocupa, que en el art. 53 CB se haga mención al art. 45 CB, reconociendo expresamente que la atribución patrimonial prevista para el cónyuge viudo en la sucesión testada, debe permanecer en la sucesión intestada.

Tal previsión no se contiene por ejemplo en el Código civil, pues si bien el antiguo art. 953<sup>53</sup> C.c. sí se ocupaba de tal cuestión<sup>54</sup>, quedó sin contenido tras la reforma de la Ley 11/1981. A pesar de su supresión, tal y como señala Fernández González-Regueral<sup>55</sup>, y así lo hace también la mayoría de la doctrina, la atribución patrimonial al cónyuge no puede depender de que la sucesión sea estada o intestada. Y nótese que hablamos nosotros de “atribución patrimonial” y no de legítima.

---

52.- SAP Baleares, 93/2012, de 23 de febrero.

53.- Art. 953: “*En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos, el viudo o viuda tendrá derecho a percibir, en concurrencia con estos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 537 C.c.*”

54.- Si bien, nótese que sólo se contenía la previsión en concurrencia con colaterales, lo que llevó a un sector doctrinal (Morell y Terry) a defender que en concurrencia con descendientes o ascendientes, no debía mantenerse el derecho del cónyuge viudo.

55.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M<sup>a</sup> Ángeles. “*Los derechos del cónyuge viudo en la nulidad, separación y divorcio*”. Dykinson, Madrid 2006. Pág. 58 y ss.



b.1.- ¿Qué naturaleza reviste a esta institución o atribución patrimonial?

La posición del cónyuge se mantiene, por tanto, en su consideración patrimonial, tanto si existe como si no existe testamento, como ya hemos visto, pues así lo salva expresamente el art. 53 CB.

No obstante, ¿qué naturaleza ostenta esta atribución? ¿Es “legítima”? Si recordamos, la legítima es *la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a otros herederos, denominados herederos forzosos* (art. 806 C.c.). Es decir, es un límite a la facultad de disponer. Pero, ¿qué ocurre cuando no hay disposición?, ¿podemos también hablar de legítimas? Creemos que técnicamente, no. Si bien el art. 53 se remite, como ya hemos visto, al art. 45 CB en sede de legítimas, creemos que no lo hace con el ánimo de dar cabida a esta institución en la sucesión intestada, sino que se refiere únicamente a su contenido económico-patrimonial. En este caso, compartimos plenamente la postura defendida por el profesor Rivas Martínez<sup>56</sup>, quien entiende que se trata de una atribución patrimonial, como también existen otras, v.gr. las reservas, pero que no podemos hablar de legítima en sentido estricto. No olvidemos, por ejemplo, que en Ibiza y Formentera sí existe esta atribución patrimonial en la sucesión intestada, porque así se prevé expresamente en el art. 84 CB al que después nos referiremos, pero el cónyuge viudo no es legitimario.

¿Qué régimen jurídico debe aplicarse por tanto a esa atribución patrimonial? Una respuesta podría ser que no se le puede aplicar el mismo régimen que a la legítima, precisamente porque no lo es, y que, dado que hablamos de limitaciones a la libertad de disponer, éstas deben aplicarse de manera restrictiva y no pueden aplicarse a supuestos no contemplados en la ley de manera expresa. No obstante, a nuestro juicio, tal decisión nos conduciría a situaciones del todo injustas: por ejemplo, si la desheredación es sólo la privación de la legítima, y no de la atribución patrimonial, resultaría que el cónyuge viudo que incurriera en alguna de las causas de desheredación, no podría ser privado de dicha atribución patrimonial por no estar contemplado en la ley. Ilógico. Si bien, en puridad, este supuesto sólo podría tener cabida en Ibiza y Formentera, donde podría existir un testamento que únicamente desheredara al cónyuge<sup>57</sup>, entendemos que es enormemente ilustrativo.

---

56.- RIVAS Martínez, Juan José., “Derecho de sucesiones común y foral” 4ª edición. Dykinson, 4ª Edición. tomo II, pág. 2423

57.- A diferencia de los que ocurre en Mallorca y Menorca por el principio “*nemo pro parte...*”

Creemos por tanto que lo más razonable es entender que esa atribución debe compartir el mismo régimen jurídico que la legítima, entendiendo también que ambos comparten una misma finalidad y fundamento, ya analizada en la sentencia de nuestro TSJ de 27 de julio de 2009.

No obstante, existen situaciones que nos plantean algunas dudas. En concreto, nos estamos refiriendo al caso de la separación de hecho y la atribución patrimonial del cónyuge superviviente que concurre con descendientes o ascendientes. ¿Qué artículo debemos aplicar para determinar si se mantienen o no los derechos del viudo separado de hecho?: ¿el art. 45 CB en sede de legítimas, o el art. 945 C.c., por remisión del art. 53 CB? En definitiva, ¿es un llamamiento a la legítima o un llamamiento a una atribución patrimonial, con el mismo contenido económico que la legítima, pero en sede de sucesión intestada? La cuestión no es sencilla, puesto que, en un caso, para la privación de los derechos del cónyuge se prevé la simple separación de hecho con valoración de la culpa y posibilidad de que sea unilateral; y por otro, se exige la separación de mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Miguel Masot<sup>58</sup> al analizar el tema la “legítima viudal” en sede de sucesión intestada se refiere a los requisitos del art. 45 CB, dando por sentado que debe aplicarse el mismo régimen que la legítima. Y posiblemente tenga razón y sea ésta la solución más ordenada y coherente, que evita la combinación de artículos referentes procedentes de diferentes instituciones jurídicas, pero honestamente, la cuestión nos sigue planteando dudas.

### b.3.- Extensión del derecho del cónyuge viudo

Dicho lo anterior, por la remisión al Código civil, y teniendo en cuenta que se conservan los derechos del art. 45 CB, en sede de sucesión intestada resultaría:

- Concurriendo con descendientes: usufructo de la mitad del haber
- Con padres: usufructo de dos tercios
- En los demás supuestos, el usufructo universal

---

58.- MASOT MIQUEL, Miguel. “*Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares*”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares n° XIV. Pág.427 y ss.

### b.3.1.- Concurrencia del cónyuge viudo con ascendientes

A nuestro juicio, existe una falta de coordinación entre el artículo 53 CB y los de la sucesión intestada incluidos en el Código Civil, en relación a la concurrencia del cónyuge con ascendientes. ¿Qué ocurre cuando el cónyuge concurre con los padres del difunto? Pues que los padres serán herederos universales y el cónyuge conservará los derechos del art. 45 CDCB, es decir, el usufructo de 2/3, pues como hemos visto, el art. 53 salva expresamente su aplicación. Pero, ¿qué ocurre cuando el cónyuge concurre con otros ascendientes? El art. 45.3 CDCB no contempla la concurrencia con otros ascendientes distintos a los padres. ¿Debemos entonces defender que el cónyuge en ese caso tendría el usufructo universal? Parece que no tiene sentido que los ascendientes hereden con preferencia al cónyuge, ex art. 938, 943 y 944 C.c., para que luego éste tenga el usufructo universal<sup>59</sup>. ¿Cómo deben interpretarse conjuntamente los artículos citados?

A nuestro juicio, el motivo de no hacer referencia a los ascendientes, podríamos encontrarlo en el propio art. 41 CB, pues recordemos que los padres son legitimarios, pero no los demás ascendientes, y tal vez ese punto pudo provocar la confusión, olvidando el legislador que, a pesar de no ser legitimarios, están llamados a la sucesión intestada por la remisión al Código civil. No obstante, esta idea decae porque en la isla de Ibiza sucede igual, pese a no haber sido redactados por una misma mano.

Un criterio que siguiera estrictamente la letra de la ley, nos llevaría necesariamente a concluir que los ascendientes heredan la totalidad y el cónyuge viudo goza de usufructo universal<sup>60</sup>, como veíamos anteriormente, y existen opiniones de la doctrina más autorizada que así lo consideran. No es ningún secreto que en la sociedad actual no hay identidad de razón padres/abuelos, se protege más al cónyuge, y en definitiva, existe una corriente o sentir general de eliminar los derechos de los ascendientes. Así lo puso también de manifiesto el informe de la Comisión Académica de Derecho Privado, al que también nos hemos referido.

No obstante, si bien esta nos parece la única solución plausible, creemos que resulta una solución muy poco práctica y aun menos económica.

---

59.- Además de la problemática que podría conllevar la propia intangibilidad de las legítimas de los ascendientes.

60.- MASSOT MIQUEL, Miguel. "Notas sobre la regulación de la sucesión intestada en el Derecho Civil de las Islas Baleares". Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares nº XIV. Pág.427 y ss.

Si se pretendió con la Compilación eliminar el derecho de legítima de los ascendientes, al objeto de suprimir trabas a la libertad de disponer y también en aras a una nueva realidad social, nos merece esta decisión la mejor de las consideraciones. No obstante, pierde fuelle si, como consecuencia de la técnica de la remisión estática, nos encontramos con soluciones de este calibre (heredero universal uno, usufructo universal otro), que no satisfacen a ninguno de los beneficiados. Si se pretende eliminar el derecho a los ascendientes, quizás debería hacerse en todas las instancias.

### C.- Sucesión contractual

En relación a los pactos de *succedendo*, ya hemos visto que son de aplicación en la isla de Mallorca, pero no en la de Menorca, ex art. 65 CB. Los pactos de *succedendo* no presentan ninguna complejidad añadida cuando el donatario es el cónyuge.

En relación a los pactos de *non succedendo*, ya hemos visto que la institución de la definición no juega entre los cónyuges.

### D.- Las reservas vidual y troncal

Que la reserva troncal del art. 811 C.c. es de aplicación en Mallorca y Menorca, no es ningún secreto. Así lo reconoce explícitamente el art. 43 CB *in fine*, tras la reforma de 1990:

*“Lo dispuesto en los párrafos precedentes (relativos a la legítima de los padres) se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811<sup>61</sup> y 812 del Código civil”.*

Tradicionalmente, se había entendido también que era de aplicación el art. 968<sup>62</sup> C.c. No obstante, se planteó la cuestión en derecho de Mallorca, que llegó hasta el TSJ, de que dicha institución fuera inconstitucional y contraria a los principios esenciales de derecho mallorquín (*semel heres, Semper heres y nemo pro parte testatus pro parte intestatus*), si bien nuestro

---

61.- Art. 811 C.c.: *El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.*

62.- *“Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.*

TSJ, en sentencia comentadísima de 25 de mayo de 2010, zanjó la cuestión disipando las pocas dudas que podían existir sobre su aplicabilidad. Así lo defiende también la doctrina más autorizada: Antonia Paniza, Miquel Massot, Pedro Munar, Carlos Jiménez, entre otros.

Es más, Carlos Jiménez<sup>63</sup> defiende la aplicación no sólo de la reserva lineal y vidual, sino en la totalidad del territorio balear.

La aplicación supletoria del Código civil, establecida en el artículo 1.3 CB<sup>64</sup>, con los efectos añadidos de la remisión estática, siempre ha resultado un problema. El artículo 1.3 CB afirma que se aplicará el Código civil siempre que no exista ley o costumbre balear y que no se oponga a los principios del derecho balear. Y ahí está el quid de la cuestión: ¿Cuándo es contrario al derecho balear? Por supuesto, hay casos clarísimos pero otros<sup>65</sup> crean una absoluta inseguridad jurídica para los profesionales del derecho, quienes en su asesoramiento buscan una jurisprudencia, en ocasiones, inexistente.

#### E.- Derecho familiar: El ajuar doméstico

El art. 3.3 in fine de la Compilación, establece, en relación al ajuar doméstico, que: *“Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquellos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber”*.

Dicho artículo no prevé qué ocurre en el caso de que los cónyuges estuvieran separados, legalmente o de hecho; ni qué ocurre cuando lo estuvieran por culpa de uno sólo de los cónyuges.

A nuestro juicio, parece claro que si los cónyuges estaban separados legalmente o de hecho, no debe existir tal derecho, así lo afirma la STSJIB de 27 de julio de 2009, entendiendo que la base del derecho a la detracción del ajuar radica en la propia convivencia:

*“Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación. La convivencia se encuentra asimismo en la base del derecho a*

---

63.- JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos: “Reservas hereditarias y derecho civil balear”. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº XIII, pág. 291 y ss.

64.- Art. 1.3 CB: *“En defecto de la Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico.”*

65.- Recordemos la sentencia de nuestro TSJ de 3 de septiembre de 1998, sobre la aplicación del art. 1320 C.c.

*detraer los bienes integrantes del ajuar doméstico que contempla el art. 3.3, párrafo segundo, de la Compilación y constituye presupuesto indispensable de los derechos que la Ley Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, otorga al sobreviviente en caso de fallecimiento del otro.”*

Y aún más: en el caso de que lo estuvieran por culpa de uno sólo de los cónyuges, tampoco debería existir a favor del otro tal derecho. En este sentido, creemos que no se puede aplicar el mismo régimen jurídico que a la legítima porque no estamos ante un derecho patrimonial, sino de carácter estrictamente familiar y su finalidad es también diferente, pues como acertadamente manifiesta también la ya citada sentencia del TSJIB de 27 de julio de 2009:

*“La convivencia se halla además en la raíz de la atribución legal de derechos sucesorios al cónyuge superviviente. En medida mayor o menor pero siempre cierta, todo conviviente se beneficia de la posición económica del otro y participa del nivel de vida que a éste le ofrecen sus ingresos y patrimonio. También ocurre así, resulta notorio, en los regímenes matrimoniales de separación de bienes. Como preceptúan a título de ejemplo los arts. 4.1 y 67.2 de la Compilación Balear con fórmulas similares, los esposos están obligados a sostener las cargas del matrimonio. El reconocimiento de legítima viudal -en el inicio histórico sólo a favor de la viuda- busca el objetivo de proporcionar al superviviente recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja.”:*

## **2.- Ibiza y Formentera (Libro III)**

El derecho pitiuso, como veremos a continuación, se basa en unos principios jurídicos y en una tradición muy distinta a la que existe en Mallorca y Menorca. De hecho, desde el inicio del proceso de codificación, ya se intuía esa voluntad de mantener la identidad propia del territorio y no permitir que se diluyera en el derecho de Mallorca. Esta defensa de su propia tradición y diferenciación la seguimos incluso encontrando hoy en día, por ejemplo y sin ir más lejos, en las alegaciones realizadas por la Comisión de Estudios Ibicencos al proyecto de modificación de la Compilación Balear que se estudia en este trabajo,

### **A.- Sucesión testada**

La primera idea fundamental es que no rigen en el territorio pitiuso los principios de *semel heres, semper heres* y *nemo pro parte testatus pro parte*

*intestatus decedere potest*, lo que significa que el libro III no gira en torno a la idea del “hereu” como continuador de la personalidad del causante y sucesor universal.

Ello, en su vertiente práctica, se traduce, por una parte, en la posibilidad de que la institución de heredero, puede estar sometida a condición, y, en el caso de que sea el cónyuge, se le pueda imponer la condición típica de no contraer ulterior matrimonio con los límites del art. 793 C.c.; y que puedan coexistir la sucesión testada e intestada, como ocurre en el Derecho común, ya que tampoco se impone la necesidad de que el testamento deba de nombrar necesariamente un heredero, como requisito de validez.

a.- Legítima del cónyuge viudo

Como es sabido, el cónyuge viudo no es legitimario en Ibiza y Formentera. Así, el art. 79 CB establece:

*“Son legitimarios:*

*A) Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos.*

*B) Los padres, por naturaleza y adopción.*

La doctrina, prácticamente de manera unánime<sup>66</sup>, señala como origen de esta circunstancia, la conocida institución de “los espolits<sup>67</sup>”, capitulaciones matrimoniales, de profundo arraigo en el derecho ibicenco y cuyo contenido resulta enormemente amplio, ex art. 66.2<sup>68</sup> CB. Entre todo ese posible contenido, resulta de especial importancia para la cuestión que estamos tratando el denominado usufructo universal capitular, al que el título I dedica el capítulo III. Si bien ese capítulo se compone de un único artículo, el 68, lo cierto es que el legislador lo ha regulado de manera separada, destacando así la institución, y considerándola de especial importancia. Tal y como explica Cardona Guasch<sup>69</sup>,

---

66.- CARDONA GUASCH, Olga. *“Lecciones de Derecho Civil Balear”*. UIB 2003. Pág. 446 y ss.

67.- Art. 66 CB 79/1990, de 6 de septiembre.

68.- Art. 66.2 CB: *“Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico de la familia y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación.”*

69.- CARDONA GUASCH, Olga. Memoria de investigación: *“Estudio de su concepto y función a partir de los protocolos notariales pitiuos”*.

se trata de una institución que va mucho más allá del derecho real, en la que se combinan otros elementos de carácter familiar y pretende dignificar y reforzar la posición del viudo (generalmente, la viuda), *para que el sobreviviente pueda regir y gobernar la casa y todos sus bienes, una vez que la nuda propiedad de la misma pase al heredero*. Dicha institución y dicho contenido formaban parte y forman parte, de la tradición jurídica del derecho de las pitiusas.

No obstante, la realidad social nos muestra algo bien distinto, y es que cada vez son menos habituales los *espolits*. De hecho, Cerdá Gimeno realizó ya un estudio estadístico en los años 70, que ponía claramente de manifiesto el declive de esta institución.

En la práctica no existe obligación legal de dejar bien alguno al cónyuge superviviente. Por tanto, pueden no existir capitulaciones matrimoniales que contengan el usufructo universal a favor del cónyuge, o bien puede que el fallecido no haya previsto ninguna atribución patrimonial vía testamento (“*es fruit*” o cualquier otra), cosa que puede ser habitual si el matrimonio no está bien avenido, lo que no deja de ser una pequeña “vendetta”.

Todo ello, decimos, puede traducirse en situaciones de verdadera indigencia, puesto que tenemos también que añadir, por si lo anterior no fuera suficiente, que el régimen legal supletorio en Ibiza es el de separación de bienes.

No obstante, la posición del viudo es muy distinta en los casos de sucesión intestada, y puede resultar incluso paradójico. La reforma de la CDCB de 1990 introdujo el artículo 84, despejando cualquier duda, como dice su Exposición de Motivos, sobre la aplicación del Código Civil en sede de sucesión intestada; mejorando en su párrafo 2º la posición del cónyuge viudo en relación a la que le otorga el Derecho común, según con quien concurra, como después veremos.

Desconocemos los motivos que llevaron al legislador a dispensar un trato tan diferenciado al superviviente. Puede que la justificación radique en la presunta voluntad del difunto; es decir: aquél que otorgó testamento y no reservó el usufructo universal a su cónyuge, parece que no quería hacerlo; no obstante, no es tan sencillo presumir esta voluntad cuando fallece intestado. O quizás simplemente se trató de mejorar al cónyuge por esta vía, atendiendo a la realidad de la situación.

Sea por lo que fuere, lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera, *lege ferenda*, que es un primer paso para que, en una futura reforma de la CDCB, el cónyuge viudo tenga la condición de legitimario. Es lógico pensar



que sea así, si partimos de la idea de que el viudo no es legitimario en Ibiza debido a una tradición jurídica propia, que a su vez proviene de una práctica habitual, y que resulta que ya no es tan habitual.

## B.- Sucesión intestada

Como ya veíamos, la sucesión intestada es perfectamente compatible con la sucesión testada y con la contractual.

En sede de sucesión intestada, se aplican las disposiciones del Código Civil, con la salvedad prevista en el propio artículo 84 CB. Además, recordemos que con motivo de la remisión estática, es de aplicación la redacción del art. 945C.c. vigente en 1990.<sup>70</sup>

Artículo 84 CB: *“La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código civil.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes.”*

b.1.- Falta de llamamiento a la sucesión universal en los casos de separación de hecho

Nos encontramos otra vez con el problema del art. 945 en su redacción del año 1990, que veíamos anteriormente al analizar la sucesión intestada en las Islas de Mallorca y Menorca, y nos remitimos a lo allí expuesto, sin ánimo de ser reiterativos.

Simplemente recordar, que para que el viudo separado de hecho no sea llamado a la sucesión intestada, se requiere que los cónyuges lo estén por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. De nuevo, excluida por tanto la unilateralidad, y de nuevo también los problemas del acuerdo que conste fehacientemente. En este sentido tuvo ocasión de pronunciarse la sentencia de nuestro TSJ, de 24 de octubre de 2010, declarando haber lugar al llamamiento a la viuda, por no considerar acreditada la separación de mutuo acuerdo.

---

70.- Art. 945 C.c.: *“No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.*

En relación a este último, ya hemos visto que no se requiere prueba documental, sino que se entiende como una exclusión de la voluntad presunta. Aun así, Cardona Guasch<sup>71</sup> señala la problemática notarial que se aprecia en las pitiusas por tal motivo, pues –añade–, se dificultan enormemente los trámites de aceptación y partición de la herencia, aunque sea el propio cónyuge separado quien reconozca la separación. Como veremos, el proyecto de reforma da una solución a esta problemática, si bien sólo para Ibiza y Formentera.

#### b.2.- Extensión de la atribución del cónyuge en sede de sucesión intestada.

El art. 84.2 CB se introdujo en la reforma de 1990. Como ya hemos dicho, no existía tradición o antecedente alguno sobre esta figura, que con casi total seguridad se pensó para paliar la situación del cónyuge viudo en Ibiza, a la que tanto nos hemos referido :

-Concurriendo con descendientes: usufructo de la mitad del haber

-Con ascendientes: usufructo de dos tercios

En este caso, a diferencia de lo que ocurría para las Islas de Mallorca y Menorca, sí se hace referencia a la concurrencia con “ascendientes”, y no sólo con padres.

Podríamos pensar que ello obedece a que el derecho pitiuso se encuentra mucho más próximo al derecho común que al mallorquín o menorquín, lo que supone un principio “general” de protección a los ascendientes; o en contraposición, concluir que en el Derecho de Mallorca y Menorca existe una tendencia muy consolidada de supresión de los derechos de los ascendientes, como ya hemos visto.

Nótese también que nada se dice acerca de la cuota “*en los demás supuestos*”. Es decir, ¿qué ocurre si no concurre con descendientes y ascendientes? , ¿tendrá el usufructo universal, como establece en estos casos el art. 45.3 CB para Mallorca y Menorca?, ¿o lo dispuesto en el art. 838 C.c., es decir, el usufructo de 2/3?, ¿existe realmente una laguna? Nuestra opinión es que, realmente, no existe tal laguna. El legislador de 1990 simplemente quiso mejorar la posición del cónyuge viudo en Ibiza en la sucesión intestada, en relación con la que le otorga el Código Civil, aumentando la cuota de usufructo cuando concorra con descendientes o

---

71.- CARDONA GUASCH, Olga. ““*El Dret Viscut*”, Ed. Lleonard Muntaner, 2011.

ascendientes (lo cual suele ser lo más habitual, dicho sea de paso); cosa lógica si tenemos en cuenta, por una parte, que el cónyuge no es legitimario en Ibiza y Formentera; y, por la otra, que el Derecho común parte de un régimen económico patrimonial de gananciales; mientras que en las Baleares rige un sistema supletorio de separación de bienes. En todo lo demás, el art. 84 se remite al Código Civil.

Creemos que no hay laguna porque se remite expresamente al cuerpo normativo que debe ser de aplicación como ya defendimos en otro lugar. Para el caso de que se considerara que sí existe una laguna, creemos que lo más correcto es pensar que deberá cubrirse con las disposiciones del C.c., a las que tan claramente se remite el art. 84; sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina y los tribunales observan cómo, cada vez más, priman en el Derecho Ibicenco las instituciones de Derecho Común en perjuicio incluso de las propias. Es más, no podemos olvidar que los principios básicos de la sucesión que rigen en la isla de Mallorca y Menorca son antagónicos a los del territorio pitiuso: “nemo pro parte testatus, pro parte intestatus”; “semel heres, semper heres” y responden a “las pautas más esenciales del modelo romano” (Sentencia TSJ Baleares, de 24 de noviembre de 2005). Por tanto, a nuestro juicio resulta más coherente que se integre con un conjunto normativo que le es más afín, como es el Código Civil.

Con ello no estamos en absoluto desechando el mecanismo de la auto-integración (art. 1.3CB); pero ésta debe aplicarse de manera razonada y coherente: no por el hecho de estar recogido en la Compilación debe ser de aplicación automática ante un “vacío legislativo” de la misma. Es más, nos resulta enormemente forzado aplicar disposiciones referentes a una institución que en Ibiza y Formentera es desconocida, Recordemos también que la Compilación está formada por tres libros, correspondientes cada uno de ellos a una isla, y que tal clasificación responde a una realidad diferenciada, no sólo física, sino también jurídica; y especialmente acentuada en el territorio pitiuso, que cuenta con unos principios y costumbres que le son propios.

### b.3.- Naturaleza de la atribución patrimonial

A nuestro juicio, los derechos reconocidos en el artículo 84 CDCB participan de la misma naturaleza que los que le atribuye el Código Civil al cónyuge viudo, en sede de sucesión intestada; y de la misma que la atribución patrimonial que recibe el cónyuge en sede de sucesión intestada, en Mallorca y Menorca, como ya hemos visto. Por tanto, como veíamos más arriba, se trata de un derecho de usufructo ab intestato (Rivas Martínez), o una atribución

patrimonial *ex lege*, o de una atribución sucesoria intestada, en palabras de Cerdá Gimeno<sup>72</sup> No son legítima porque no hay disposición.

Las cuestiones planteadas para Mallorca y Menorca vuelven a ponerse sobre la mesa.

En primer lugar, en cuanto al cónyuge separado de hecho, a los efectos de determinar si recibirá esta atribución, ¿habrá que estar al art. 834 C.c. (antes hablábamos del 45 CB) o al art. 945 Cc? Aquí la tesis de apostar por el art. 945 C.c. cobra fuerza, principalmente porque el cónyuge viudo no es legitimario, y no tiene por tanto mucho sentido aplicar unas disposiciones correspondientes a una institución que le es ajena.

No obstante, algún régimen jurídico debe aplicarse a esta institución; y, nos guste o no, el más cercano por semejanza es de la legítima. De nuevo, nos planteamos si podría privarse de su adquisición con motivo de las causas de desheredación del art. 69 bis, y las respuesta debe ser a todas luces positiva, en aras a un principio básico, si no de legalidad y rigor, sí de justicia material.

Además, a diferencia de lo que decíamos para Mallorca y Menorca, aquí sí puede existir un testamento que sólo contenga una desheredación. ¿Podríamos llegar a pensar que el testador no podría desheredar porque en rigor no es legítima? Creemos que no se sostiene.

### C.- Sucesión contractual

Como es sabido, los pactos sucesorios han gozado de gran tradición en Ibiza y Formentera.

La reforma de 1990 introdujo el concepto de “pacto sucesorio” que, como ocurre en Mallorca, puede ser tanto de “sucedendo” (Art. 74 CB) como de “non sucedendo” (Art. 77 CB: finiquito de la legítima).

Actualmente estos heredamientos pueden encontrarse incluidos en la capitulaciones matrimoniales (espòlits) o en otro documento público, a diferencia de lo que ocurría con la Compilación de 1961, y puede realizarse a favor de cualquier persona, sin que exista relación de parentesco.

---

72.- CERDÁ GIMENO, José. “Comentarios...” 2ª Edición. Pág 982.

Si bien no podemos entrar en el análisis completo de los pactos sucesorios, sí queremos hacer una breve mención al “heredamiento mutuo”, que es aquel que hacen recíprocamente los cónyuges entre sí, y puede constituir un verdadero precedente de testamento mancomunado en derecho balear.

#### D.- La reserva viudal y troncal

Dada la cercanía manifiesta del Derecho de las Pitiuses al Código Civil, no tendría mucho sentido que no fueran aquí de aplicación las reservas, tanto viudal como la troncal, y si lo fueran en Mallorca y Menorca.

Desde luego, la doctrina más autorizada<sup>73</sup>, como Carlos Jiménez, Miguel Masot o Antonia Paniza, manifiesta sin género de dudas que son de aplicación la reserva viudal y troncal en todas las islas; y así lo ha establecido también la Comisión de Derecho Privado, en el informe sobre legítimas del año 2010, ya citado anteriormente.

#### E.- Un derecho familiar: El ajuar doméstico

Nos remitimos a lo ya dicho para Mallorca y Menorca, con la salvedad de que el viudo no es legitimario.

### **IV.- EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES (PLMCDICB), DE 17 DE JUNIO DE 2016, EN RELACIÓN A LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.**

Como anunciábamos en el capítulo I, la reforma ha introducido algunas modificaciones por lo que respecta a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Tales cambios afectan sensiblemente a su posición, así como también suscitan nuevas cuestiones que pueden tener una gran transcendencia práctica.

#### **1.- Posibilidad de definir al cónyuge en Derecho de Mallorca y de Menorca.**

Como ya adelantábamos, se extiende ahora la institución de la definición al cónyuge viudo, a través de la modificación de los artículos 50 y 51 CB en los siguientes términos:

---

<sup>73</sup>.- Como se ha visto en el capítulo anterior.

Se añade un párrafo final al artículo 50 CB: “ *Los cónyuges también podrán otorgar el pacto de definición regulado en los párrafos anteriores, por medio del cual cualquiera de ellos o ambos renuncien a los derechos sucesorios o únicamente a la legítima que, en su día, les pueda corresponder en la sucesión de su consorte de vecindad civil mallorquina.*”

Y se le otorga una nueva redacción al art. 51 CB: “*La definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del renunciante, sea cual sea la fecha del testamento.*”

*Respecto a otras disposiciones testamentarias a favor del renunciante, serán válidas, en la definición limitada a la legítima, la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual sea la fecha del testamento. En la no limitada serán válidas las disposiciones de carácter patrimonial ordenadas en testamento de fecha posterior a la definición y quedarán sin efecto las ordenadas en testamento de fecha anterior, sin que entre en juego la sustitución vulgar, excepto la dispuesta a favor de descendientes del renunciante que sea hijo único.*

*Muerto intestado el causante, si la definición se ha limitado a la legítima, el descendiente o cónyuge renunciante serán llamados como herederos, según las reglas de la sucesión intestada. Si no es limitada, quien la haya otorgado no será llamado nunca; sí que lo serán los descendientes del descendiente renunciante, excepto que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciante o estirpes de ellos.”*

En definitiva, y a la luz de estos artículos, se trata de ampliar el campo de actuación de la definición y permitir que el cónyuge pueda renunciar a sus derechos sucesorios (bien a todos, bien limitado a la legítima) en vida de su consorte, a cambio de una atribución patrimonial.

A nuestro juicio, se trata ésta de una decisión acertada. Creemos que efectivamente, puede en muchos casos cumplir la función de eliminar recelos frente a segundas nupcias, tal y como persigue la propia Exposición de Motivos, al hablar de las familias “estructuradas”, y entendemos también que siempre son loables las modificaciones que tratan de desbloquear situaciones conflictivas o buscar salidas a problemas habituales. Está claro que no va a ser la solución mágica, capaz de acabar de una vez por todas con los problemas hijos/viudo no progenitor. Pensemos, por ejemplo, el caso de que se llevara a cabo la definición a favor del consorte, otorgándole a éste el bien más preciado de la herencia o el más deseado por los hijos (sin perjuicio de la posible inoficiosidad, a la que después nos referiremos); pero como decimos,

entendemos que es una reforma oportuna, y lo que es más importante, supone una muestra por parte del legislador de aproximar las instituciones a la realidad y necesidades sociales, sin estar únicamente condicionado por la tradición jurídica del territorio.

Por otra parte, y en relación a la aplicación territorial, parece claro que la modificación del art. 65 CB<sup>74</sup> del libro de Menorca, por la que, como veíamos, se establece que le será de aplicación el derecho de Mallorca en su integridad (a salvo lo relativo a los derechos reales) incluye, como no puede ser de otra manera, la institución de la definición en su nueva extensión a favor del cónyuge. Es cierto que el art. 50 CB, tal y como queda ahora redactado, habla de la definición como renuncia a los derechos “*en la sucesión de su consorte de vecindad civil mallorquina*”. No obstante, creemos que ello no debe ser obstáculo para que, al hacer efectiva la remisión del art. 65 CB, deba interpretarse que la expresión “*vecindad civil mallorquina*” debe sustituirse por “*vecindad civil menorquina*”. Recordemos que lo que marca la pauta de una posible definición es la vecindad civil des ascendiente, tal y como se desprende del propio art. 50 CB y del art. 9.8 C.c.

A pesar de lo acertado de esta modificación, lo cierto es que su introducción en relación a la figura del cónyuge suscita nuevas cuestiones en torno a la propia institución de la definición, y en particular, a su revocación.

El problema con el que nos encontramos en la definición es que resulta de la combinación de dos figuras jurídicas: atribución patrimonial, por un lado; y renuncia a los derechos sucesorios, por otro. Es decir, que como consecuencia de una atribución o condonación, se renuncian a unos derechos legitimarios futuros, o bien a todos los derechos sucesorios, dependiendo del alcance, pero en todo caso, inciertos.

Por tanto, en materia de revocación, que es lo que aquí nos interesa, pueden plantearse tanto las disposiciones relativas a la revocación de donaciones, como las causas de indignidad o desheredación, pues la figura es una combinación de ambas.

¿Qué ocurre si el definido incurre en causa de ingratitud en vida del donante? ¿Y si, una vez fallecido el donante, resulta que el donatario se encuentra incurso en causa de indignidad?

---

74.- *En la isla de Menorca rige lo dispuesto en el libro I de esta compilación, a excepción del título III.*

Siguiendo la estructura de la definición, con independencia de que pueda considerarse un negocio bilateral (se renuncia porque se dona, dice nuestro TSJ), lo cierto es que no podemos perder la perspectiva de que existe una atribución, que en la mayoría de los casos será donación, coetánea o anterior a la renuncia.

Esa donación, desde la perspectiva de los descendientes, única posible hasta ahora y desde dónde se han abordado los problemas, debe necesariamente regirse, a nuestro juicio, por las reglas de la donación normal y corriente, lo que incluye las causas de revocación de los art. 644 C.c., ya que hasta que no muera el donante no será eficaz la renuncia a unos derechos sucesorios futuros. De hecho, puede que ni siquiera lleguen a existir, como en los casos de premoriencia del donatario.

En definitiva, entendemos que si se pretende la revocación de la donación realizada con pacto de definición en vida del donante, habrá que estar a las causas generales de revocación, pues ni siquiera se sabe si van a llegar a existir o no los derechos sucesorios.

No obstante, algunos autores como Pons Salvá<sup>75</sup>, atendiendo a la naturaleza sucesoria de la donación con pacto de definición,<sup>76</sup> se han planteado la posibilidad de aplicar, no las normas generales de revocación de donaciones, sino las causas de revocación de la donación universal de bienes presentes y futuros, que encontramos en el art. 8 CB y el art. 74 CB. La autora se centra en las causas de desheredación e indignidad, a las que se refieren los artículos citados (concretamente se refieren a las causas incluidas en los apartados a y b de los artículos 7 bis para Mallorca; y 69 bis para Ibiza y Formentera) concluyendo que la concurrencia de cualquiera de ellas supondría la ineficacia de la donación. Lo cierto es que la naturaleza sucesoria de la donación con pacto de definición, es innegable; pero dista, a nuestro juicio, de la figura de donación universal de bienes presentes y futuros. Además de que, como decimos, los derechos sucesorios a los que se renuncia en pacto de definición quizás no lleguen a nacer nunca.

A pesar de que este resulte un tema interesante, lo cierto es que carece de trascendencia práctica, en lo que al cónyuge viudo se refiere, ya que, para Mallorca (y ahora extensible a Menorca) coinciden las causas de revocación

---

75.- PONS SALVÁ, María. “*El pacto sucesorio mallorquín: la diffinitio*”. Revista jurídica de las Islas Baleares, nº XI. Palma. Año 2010.

76.- De hecho, su tributación es del 1% de padres a hijos, como la herencia, por entender precisamente que prevalece esa naturaleza sucesoria, lo que por otra parte, provoca que este negocio sea tan popular, y ahora más, con los rumores de nueva subida de los tipos impositivos en sucesiones en Baleares.



de donaciones entre cónyuges, del art. 4.3 CB (que creemos aplicables, como veremos a continuación) con las de revocación de la donación universal de bienes presentes y futuros. No así en las Pitiuses, pero recordemos que el cónyuge viudo no es allí legitimario.

Como decimos, el problema se ha abordado únicamente desde la perspectiva del descendiente y poniendo el foco, casi mayoritariamente, en las causas de revocación general de los artículos 644 y ss C.c. Así la doctrina ha discutido tanto la revocación de la donación con pacto de definición, como los efectos de esa revocación, que intentaremos extrapolar, si se puede, al cónyuge viudo.

En relación a la posible revocación, la doctrina más autorizada, entiende que, por motivos obvios, no es de aplicación el art. 644 C.c. (pues el supuesto de hecho es un donante sin hijos).

No obstante, consideran que sí deben ser de aplicación como causas de revocación de la donación con pacto de definición el art. 647 C.c. y el art. 648 C.c., cuando el donatario incumpla la carga impuesta por el donante, o bien por incurrir en causa de ingratitud, respectivamente.

En relación al art. 647 C.c., Carbonell Crespí<sup>77</sup> matiza, entendiendo que no podría imponerse una carga a la definición que sólo se limitara a la legítima, en virtud del principio de intangibilidad de la legítima, pero sí cuando la definición afectara a la totalidad de los derechos hereditarios, por aplicación analógica de la *cautela socini* prevista en el art. 49 CB. Compartimos la opinión de Carbonell Crespí, puesto que otra cosa vulneraría la intangibilidad cualitativa de la legítima, y el derecho a recibir la legítima libre de cargas, ex art. 813 C.c. Cosa distinta, como también contempla el autor, es la posibilidad de que se imponga una carga a la donación con pacto de definición, pero siempre que esa definición incluya la totalidad de los derechos hereditarios, y no se limite a la legítima.

En definitiva, por tanto, parece que la donación con pacto de definición puede revocarse por ingratitud (ex art 648 C.c.) y por incumplimiento de carga, ex art. 647 C.c., siempre que la definición se refiriera a todos los derechos sucesorios, en virtud del principio de intangibilidad de la legítima.

---

77.- CARBONELL CRESPI, José Antonio. "La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.". Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de Baleares. Nº VIII. Año 2006. Pág. 69 y ss.

Entonces, ¿Cuál será el efecto de esta revocación?

Ferrer Pons<sup>78</sup> considera que en los casos del art. 647 y 648C.c. podrá revocarse la donación, pero que la renuncia a la definición será perfecta y deberá mantenerse. Por su parte, Carbonell Crespí distingue entre ambos artículos y considera que, en caso de incumplimiento de carga, la revocación de la donación dejaría subsistente un futuro derecho de legítima, mas no en los casos del art. 648C.c., al haber incurrido el donatario en causa de ingratitud, que pueden identificarse con las causas de desheredación.

No compartimos ninguna de las opiniones anteriores. A nuestro juicio, la eficacia de la renuncia está siempre condicionada a la existencia de una donación o atribución, no pueden entenderse como dos negocios separados e independientes. Hay una renuncia porque hay una atribución. Si la atribución desaparece, por muy reprochable que sea la actitud del donatario, resurgirá su derecho de legítima, en tanto resulta ineficaz la renuncia. Y no compartimos tampoco el razonamiento de Carbonell Crespí, cuando considera que, una vez que se revoca la donación por ingratitud, se pierde el derecho de legítima, porque las causas de ingratitud se identifican en su mayoría con las de desheredación. Creemos que no puede éste ser un proceso automático y que, si se revoca la donación por causa de ingratitud, se mantendría su derecho a la legítima al tiempo del fallecimiento del causante. Si éste quisiera privar al “exdonatario” de la legítima, debería hacerlo en testamento, alegando la causa de desheredación en que se funde.

Entrando ya en el análisis de la revocación de donaciones con pacto de definición a favor del cónyuge, nos encontramos con que existen causas de revocación específicas para las donaciones entre cónyuges, y que concretamente fueron introducidas por la ley 3/2009 de 27 de abril de modificación de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento. Creemos que son estas las normas que deben entrar en juego, en tanto ley especial.

Dice el art. 4.3 in fine: “*Las donaciones entre cónyuges serán revocables tan sólo en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 7 bis, cuando el donante sea el cónyuge agraviado, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las establecidas en el Código Civil, el incumplimiento grave o reiterado*”

---

78.- Por referencia de CARBONELL CRESPI, José Antonio. “*La institución de la definición en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.*”. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de Baleares. Nº VIII. Año 2006. Pág. 69 y ss.

*de los deberes conyugales, la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y la separación o el divorcio.*” Recordemos que dichas causas se aplican en la isla de Menorca, ex art. 65 y en las de Ibiza y Formentera, por remisión del art. 67.1 *in fine*.

Si bien lo que a continuación se dirá no tiene especial relevancia para Ibiza y Formentera, en tanto el cónyuge no es legitimario, sí podríamos plantearnos si la atribución patrimonial que le corresponde al viudo ibicenco, por la vía del art. 84.2, podría ser objeto de finiquito; y lo mismo en relación a la atribución patrimonial en Mallorca y Menorca en sede de sucesión intestada. Para el primer caso, nada ha previsto el proyecto; y para el segundo, damos por reproducidas las reflexiones sobre su naturaleza jurídica y el régimen que le debe ser de aplicación.

Retomando las causas de revocación de donaciones entre cónyuges, vemos que el cónyuge se encuentra en peor situación que cualquier otro donatario, en tanto las causas de revocación son mucho más numerosas. De hecho, queremos hacer nuestra la crítica de Llodrá Grimalt, quien pone de manifiesto cómo no tiene sentido alguno que se pueda revocar una donación entre cónyuges en los casos de nulidad, separación y divorcio, sin más; mientras que se valora la culpabilidad (que elimina la reforma) para determinar la privación de los derechos legitimarios, cuando en realidad debería de ser al revés. La donación es libre y se hace de manera libre. Si pretende identificarse como causa de ingratitud, debería ir acompañada de un comportamiento reprochable, como todos los del art. 648 C.c.

Dicho lo anterior, la donación entre cónyuges puede revocarse por haber atentado contra la vida, libertad, libertad sexual, o haber ocasionado lesiones al donante (art. 7 bis, a y b) ; por incumplimiento de cargas e ingratitud, entendiendo por “ingratitud”, además de las del C.c., la nulidad, si ha habido mala fe, la separación y el divorcio.

Creemos que es perfectamente extrapolable lo dicho anteriormente sobre las causas de revocación de donaciones en sede de descendientes, así como sus efectos. Damos por tanto por reproducida nuestra opinión sobre los artículos 647 y 648 C.c. y sus efectos.

¿Y las causas del art. 644 C.c.? Éstas habían sido descartadas lógicamente por la doctrina, dado que el supuesto de hecho era que el donante no tuviera hijos. ¿Podría ser una causa de revocación de donación con pacto de definición entre cónyuges?, Nos planteamos la cuestión siempre que el cónyuge donatario no fuera progenitor, claro está. A nuestro juicio, y en tanto

la revocación supone privación de derechos, debería de haberse contemplado de manera expresa. Al art. 4.3 CB no le es desconocida la técnica de la remisión, y de hecho la utiliza, pero no para incluir el art. 644 C.c. Creemos por tanto que no podría ser ésta una causa de revocación e donación entre cónyuges por no estar legalmente prevista.

Mención aparte merecen la separación y el divorcio. Tal vez sea ésta una excepción a la crítica de Llodrá Grimalt, que hicimos nuestra, por considerar que no tiene sentido que se pueda revocar una donación entre cónyuges por el mero hecho de separarse o divorciarse, sin que exista un verdadero comportamiento “ingrato” por parte del donatario. Pero lo cierto es que si la donación se ha realizado al cónyuge, con pacto de definición, y se conoce, de manera anticipada a la muerte de cualquiera de los miembros de la pareja, que esos derechos legitimarios ya no van a existir, nos parece lógico proceder a su revocación, sin más, únicamente con motivo de la separación o el divorcio. En este caso, derechos legitimarios solo podrían resurgir en caso de reconciliación entre los cónyuges (separados, claro).

¿Y qué ocurre una vez fallecido el donante?,

En ese preciso momento es cuando se concretan los derechos sucesorios. Aquellos derechos que podían ser o no ser, como ocurre en los casos de premoriencia. A nuestro juicio, será al tiempo del fallecimiento del testador cuando deberán valorarse las causas de desheredación e indignidad.

En relación a la desheredación, el art. 51.1 de la CB, establece que “*La definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del renunciante, sea cual sea la fecha del testamento*”. Parece por tanto que el causante que hubiera definido no podría desheredar en testamento, porque cualquier disposición relativa a la legítima, “cualquiera” (incluida, entendemos, la que se refiere a la propia privación de la misma) resulta ineficaz. Por tanto, la única vía que le queda al donante que se ha visto agraviado, pensemos, por una causa de ingratitud, es revocar en vida y desheredar en testamento.

¿Y las causas de indignidad? A nuestro entender, si el propio donante-causante no puede desheredar en testamento, de manera que el definido tuviera que devolver lo donado o su equivalente, parece lógico que los herederos no puedan iniciar la acción para declarar la indignad. Además de que tendría poca lógica por varios motivos: sería extraño declarar a alguien “indigno” de suceder o de entrar en posesión de algo que puede que tenga hace años; por otra parte, y entroncando con lo anterior, por el límite temporal

de art. 762 C.c. (5 años desde que entró en posesión de la herencia o legado); y para terminar, porque si el testador la conocía y no la revocó, podríamos aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 757 C.c.<sup>79</sup>, entendiendo que era su voluntad mantenerla.

Lo que sí podría llevarse a cabo, según la mayoría de la doctrina entre la que se encuentra Pilar Ferrer<sup>80</sup>, es la reducción por inoficiosidad, ex art. 654 y ss C.c., lo cual puede ser bastante común en tanto actualmente se está desnaturalizando la institución de la definición. El motivo es el principio “sagrado” de intangibilidad de la legítima, y si bien podemos estar de acuerdo, lo cierto es que la idea choca con el concepto de aleatoriedad. ¿Por qué? Porque el donatario no puede pedir complemento de la legítima por la vía del art. 815 C.c., cuando el donante-causante viene a mejor fortuna; pero sí puede verse obligado a reducir su atribución si el donante se empobrece (*relictum+donatum*). Parece que es aleatorio de única dirección. La “intangibilidad de la legítima” lo puede todo.

Podría plantearse que la aleatoriedad también juega para el donante, pues puede que el donatario no llegue a adquirir su derecho de legítima, en caso de premoriencia. No obstante, el donante aquí va “sobre seguro”, pues sabe que si el donatario no tiene hijos, podrá ejercitar su derecho de reversión, según ha confirmado nuestro TSJ, en sentencia de 28 de mayo de 1992. Quizás esa aleatoriedad debería jugar también en contra del donante, ¿sería descabellado pensar que, cuando el donante realiza una donación con pacto de definición, queda imposibilitado para revocarla?, ¿no podría asumir el riesgo de que sus hijos, tras la donación, pudieran dispensarle un trato “ingrato”?

La segunda parte de la inoficiosidad es conocer sus efectos ya que, en una donación normal, se reduce la parte necesaria para no perjudicar la legítima y nada más. No obstante, en la donación con pacto de definición, la renuncia que realiza el donatario-legitimario, de manera unilateral, es precisamente consecuencia de la atribución que se ha realizado a su favor, y con la que él se ha dado por pagado. Por tanto, a nuestro juicio, la reducción otorgaría al donatario la facultad de dejar ineficaz el negocio conjunto, renuncia y donación, y concurrir como un legitimario más, restituyendo el bien donado a la masa.

---

79.- Art. 757 C.c. : “*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.*”

80.- FERRER VANRELL, Pilar. “*Ponencia sobre la difinitivo (art. 50, 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea*”. Boletín de la Academia de legislación y Jurisprudencia de las Islas Baleares, nº XV, pág. 421 yss.

Para terminar, queremos apuntar también una cuestión en torno a la obligación de reservar impuesta al cónyuge sobreviviente, ex art. 968 C.c. Tradicionalmente, se ha entendido que las donaciones entre cónyuges, salvo aquéllos regalos de costumbre, deben reservarse. No obstante, se exceptuaba de la obligación de reservar, la cuota legal usufructuaria, ya que el cónyuge viudo sólo tenía el usufructo. ¿Qué pasará con las donaciones entre cónyuges con pacto de definición? Rivas Martínez<sup>81</sup> pone de manifiesto cómo se ha planteado la posibilidad de que pudiera quedar sometida a reserva lo dado por los herederos para conmutar el usufructo, pero se ha descartado porque responde a una causa onerosa. A la vista de los caracteres de la donación, y principalmente la onerosidad, quizás debamos llegar a la misma conclusión en el caso de donaciones entre cónyuges con pacto de definición.

## **2.- Supresión de la mención al art. 840 C.c.**

De manera casi imperceptible y sin ninguna mención en la Exposición de motivos, se elimina la posibilidad de que el cónyuge viudo que concorra sólo con hijos del causante, pueda exigir la conmutación de su usufructo.

Es cierto que muchas instituciones de Derecho Común son aplicables en Derecho Balear a pesar de que no se reconozcan o mencionen expresamente en la Compilación, debiendo Tribunales y doctrina determinar cuándo son o no contrarias a nuestro Derecho y sus principios. Un claro ejemplo es la ya comentada reserva viudal. No obstante, entendemos que la eliminación de la mención artículo 840 C.c. pone de manifiesto una voluntad clara del legislador de dejar sin efecto el derecho que ampara al cónyuge que sólo concurre con hijos del difunto. ¿Cuál es el motivo? ¿Se ha vuelto de manera repentina contraria a los principios incluidos en nuestra Compilación? Parece como si la introducción de la definición a favor del cónyuge tuviera como contrapartida la pérdida del derecho mencionado.

No entendemos ni compartimos dicha decisión. La institución de la definición no depende sólo del cónyuge que recibe sino del que quiere definir, bien sea para eliminar celos ante un segundo matrimonio, para dejar más clara la sucesión, para garantizar determinados bienes a su viudo/a o cualesquiera otros. ¿Y si el fallecido no quiso definir? En tal caso, resultará que si el sobreviviente concurre con hijos sólo del primer matrimonio, nada podrá exigir; mientras que los hijos, de común acuerdo, sí podrán decidir conmutar y la manera de conmutar, ya que no se ha eliminado la mención al art. 839 C.c.

---

81.- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José., “*Derecho de sucesiones común y foral*” 4ª edición. Dykinson, 4ª Edición. tomo II, pag.2423

A nuestro juicio, la extensión de la definición al cónyuge viudo no justifica la pérdida del derecho a exigir la conmutación en los casos del art. 840 C.c. Y lo cierto es que quizás podríamos tener una vía para mantener su vigencia, que no es otra que el art. 1.3 CB, de aplicación supletoria del Código civil. Es cierto que defender la aplicación una vez que ha sido suprimido de manera expresa no es sencillo, ya que parece deducirse una voluntad del legislador de suprimir dicho artículo. No obstante, creemos que es perfectamente defendible mantener su vigencia por la vía de la aplicación supletoria, pues no podemos entender (pues hasta ahora no ha sido así) que dicha facultad se haya tornado repentinamente contraria a los principios de Derecho Balear.

### **3.- Modificación del art. 45.1 CB: Desaparición de la idea de “separación-sanción”.**

Como hemos visto en el capítulo anterior, el sistema o criterio de “culpa” que actualmente se incluye en el art. 45.1 C.c. no se sostiene actualmente.

Desde luego, tuvo su sentido cuando en el año 1981 se introdujo la institución del divorcio en nuestro país, a través de la ley 11/1981 de 13 de mayo, estableciendo causas legales taxativas, en los artículos 81 a 86 C.c. En aquella época, separación y divorcio eran poco habituales, una situación “patológica” y, en cierta manera, reprochable socialmente. No es por tanto de extrañar que se buscara y sancionara al causante de la separación, extrapolando esa “culpabilidad” para mantener los derechos del “cónyuge bueno” en caso de fallecimiento del “cónyuge culpable”. De esta forma, el cónyuge que había cumplido escrupulosamente con los deberes conyugales y familiares, y había solicitado la separación por causa imputable exclusivamente al otro (o bien si el cónyuge culpable había abandonado unilateralmente el hogar), podía mantener su legítima, en caso de morir aquél testado<sup>82</sup>.

Vino la reforma 15/2005, de modificación del C.c. y LEC en materia de separación y divorcio, e incorporó lo que ya era un sentir popular, tras casi 25 años. Eliminó las causas de separación y divorcio, entendiéndolo que nadie tiene que estar casado o en convivencia si no quiere, y eliminó también cualquier resquicio del concepto de “culpa”, pues esa decisión, con culpa o no, no debe tener consecuencia alguna en los derechos sucesorios.

---

82.- Art. 834 C.c.: *“El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.”*

No obstante, el art. 45.1 CB permaneció inalterable, generando el problema de que, en Mallorca y Menorca hay consecuencias en caso de separación culpable, como hemos visto, cuando las causas ya han desaparecido.

Ahora, por fin, el legislador incorpora esta idea de "separación libre", sin concepto de culpa, lo cual era una clamor por parte de todos los sectores doctrinales.

El art. 45.1 tiene el proyecto la siguiente redacción: *“El cónyuge que, al morir el consorte, no se encuentre separado legalmente ni de hecho será legitimario en la sucesión de éste”*.

No podemos sino alabar la mencionada reforma, sin perjuicio de lo que después se dirá, ya que por fin se da respuesta a una realidad social (art. 3 C.c.) y a tantas voces, procedentes de la doctrina más autorizada en Derecho Balear, que habían criticado enormemente que la idea de "separación sanción" siguiera vigente en nuestro derecho, sobre todo tras la reforma 15/2005 de 8 de julio, por el que se modifica el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio, en los términos que veíamos más arriba, preguntándose también si, siendo la separación y el divorcio una competencia exclusiva del Estado, podía la Compilación Balear regular efectos para unas causas inexistentes. Con lo avanzada que había sido la ley balear introduciendo la idea de la "separación de hecho", y lo que le ha costado al legislador eliminar la idea de culpa.

La idea que subyace es la que predomina en nuestra sociedad y es la de que nadie tiene que estar casado o convivir con otra persona si no quiere. En consonancia con lo anterior, se elimina también el concepto de "culpa" o "castigo".

Esto se traduce en que, no solo desaparecen las causas de separación y divorcio, sino que además, la posición de cualquiera de los cónyuges separados, legalmente o de hecho, con respecto a su legítima en la herencia del otro, va a ser exactamente la misma, con independencia de que el fallecido haya sido o no el causante de la separación.

Pero como siempre, y a pesar de lo acertado de la reforma, lo cierto es que no suele haber una solución perfecta para todos los supuestos, y existen casos en los que la justicia material nos impulsa necesariamente a adoptar otra decisión en la que se sigue valorando la culpa. Como decíamos más arriba, los casos de violencia de género, desgraciadamente tan habituales, son una clara muestra. Tener que abandonar un domicilio familiar por violencia,



física o psíquica, y además ser privado de la legítima, cuando generalmente el perfil de mujer maltratada es una mujer con escasos recursos, es una solución que parece poco justa. La solución podría ser hacer una salvedad, consistente en exceptuar los supuestos de violencia de género con sentencia firme, principalmente teniendo en cuenta que se están tomando acertadamente medidas de protección para este colectivo, como la ley balear 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.

Por otra parte, sorprende que no se haya aprovechado la reforma para modificar otros extremos íntimamente relacionados con éste. Por ejemplo, el problema que se suscita en sede de “sucesión intestada”, en relación al llamamiento del cónyuge separado de hecho. Recordemos que en la práctica, la aplicación del art. 945 C.c. en su redacción anterior a la reforma, y aplicable en Baleares con motivo de la remisión estática, impide que el viudo sea llamado cuando existe “separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Si bien ha establecido la jurisprudencia y doctrina que no exige prueba documental, sí provoca enormes problemas prácticos.

No tiene sentido que, para ser privado de la legítima, sea suficiente la separación de hecho y para no ser llamado a la sucesión intestada, se exija separación de hecho de mutuo acuerdo, excluyendo en este último caso los supuestos de separación unilateral.

Está claro que ambas figuras no tienen el mismo fundamento, pues como ya hemos dicho, la legítima encuentra su sentido en la convivencia, mas no es así en el caso de la sucesión intestada (pensemos por ejemplo en el llamamiento a los colaterales). El llamamiento en la sucesión intestada tiene por objeto evitar una masa sin titular, bienes sin dueño, y por ello el legislador realiza una ficción de afectos y cercanías, supliendo lo que podría ser la voluntad del testador: descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales. Al margen de lo anticuado que pueda resultar ese orden de llamamiento, lo cierto es que, presumir que la voluntad del fallecido, separado unilateralmente, es que lo adquiriera todo su viudo/a, a falta de descendientes y ascendientes, es presumir demasiado.

Podría criticarse esa postura entendiendo que, por esta regla de tres, deberían también de excluirse del llamamiento de la sucesión intestada aquellos parientes con los que se tiene enemistad conocida, pero lo cierto es que un primo o un tío, lo es siempre, a diferencia de lo que ocurre con un cónyuge; además de que, la falta de “affectio” entre cónyuges tiene una trascendencia social y un reflejo exterior más llamativo o expreso que en cualquier otro caso de relaciones inter-personales.

A nuestro juicio, debería desaparecer la distinción entre separación unilateral y de mutuo acuerdo, entendiendo que ambas tienen que tener la virtualidad de hacer desaparecer cualquiera de los derechos sucesorios del viudo, por una u otra razón; si bien ello no es óbice para que reiteremos los efectos de la justicia material, también extrapolables al caso de la sucesión intestada.

#### **4.- Modificación del art. 45.2 CB. Reconciliación entre los cónyuges**

El proyecto de ley modifica también el art. 45.2 CB, relativo a la reconciliación de los cónyuges. La Exposición de Motivos lo fundamenta en el carácter consensual de la separación, que se introduce con la reforma y a la que ampliamente nos hemos referido.

Como veíamos más arriba, ahora el artículo 45.2 CB se remite al art. 835C.c., en su redacción de 1990:

*Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.*

*Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.”*

Ahora no tiene sentido esperar al resultado de un pleito que no contendrá pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o las causas de la separación. Es por ello que de manera acertada, se introduce la siguiente redacción:

*Art. 45.2 :“Si entre los cónyuges separados ha habido una reconciliación debidamente acreditada, el superviviente conservará sus derechos.”*

A pesar de que este precepto se encuentra en sede de legítima, entendemos que, por pura lógica, será también aplicable a la atribución patrimonial que recibe el cónyuge en sede de sucesión intestada, así como al propio llamamiento de carácter universal, en defecto de ascendientes y descendientes, del art. 945 C.c.

Ya decíamos más arriba que la atribución que le corresponde al cónyuge sobreviviente en sede de sucesión intestada, no es legítima; si bien, a salvo también lo comentado, creemos razonable aplicarle un mismo régimen jurídico, en tanto ambas descansan o se fundamentan en una efectiva convivencia. A diferencia del llamamiento a la sucesión intestada, que no es sino una presunción general de lo que podría ser la voluntad del testador, basada en el

afecto. No obstante, en ambos casos, creemos que la reconciliación restituye cualesquiera de ellos.

El problema, como es obvio, va a ser determinar qué significa “debidamente acreditada”. El Código civil solventó el problema con la reforma por Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, a través del sistema de la notificación, bien al juez, bien al notario que conoció de la separación<sup>83</sup>, que si bien otorga seguridad jurídica (o hubo comunicación o no la hubo) lo cierto es que, a nuestro juicio, esta solución se aleja de la realidad social y del hacer cotidiano de las parejas que se reconcilian, principalmente si no están debidamente asesoradas.

Ahora en el proyecto se introduce el concepto de reconciliación “debidamente acreditada”. No encontramos una definición ni en el proyecto ni en su articulado, aunque la Exposición de Motivos sí define lo que debe entenderse por separación de hecho, lo cual puede servir de guía para saber qué se va a exigir en la reconciliación, para que tenga los efectos previstos en el art. 45.2 CB, destacando la idea de “rotundidad”: “... genuina, determinada por una clara ruptura de la vida de pareja, firme y con propósito de definitiva, de forma que quede acreditada la desaparición de la *affectio*; y no de un supuesto de simple alejamiento transitorio o intermitente que no revela con claridad la voluntad decidida de poner fin a la unión. “ En clave de reconciliación, puede por tanto entenderse que ésta tendrá que ser igualmente clara, con propósito de definitiva, que suponga la reaparición de la *affectio*, de carácter permanente y que revele voluntad de mantener esa unión.

No será fácil en la práctica establecer cuando estamos ante una reconciliación de estas características o ante un simple acercamiento, o una voluntad infructuosa de volver a intentarlo. Tendremos que aguardar a que la jurisprudencia establezca unos criterios, esperemos que unánimes, y que con casi total seguridad incluirán el de la convivencia en un mismo domicilio, siempre que ésta responda a una voluntad de renovar su vida de pareja, la *affectio maritalis*.

---

83.- Art. 835C.c.: “Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.”

## **5.- Ibiza: Desaparición de la problemática en sede de sucesión intestada, generada por la remisión al art. 945 C.c., en relación a la separación de hecho.**

También casi de manera imperceptible y sin ninguna mención en la Exposición de Motivos, se modifica el ar. 84.2 in fine CB del siguiente modo: *“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia intestada en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes en concurrencia con ascendientes. No tendrá este derecho el cónyuge viudo separado legalmente o de hecho”.*

Esta problemática también había sido denunciada por la doctrina ibicenca (Cardona, Cerdá...), tal y como hemos visto en el capítulo anterior. Así, por efecto de la remisión estática, para privar al cónyuge del llamamiento a la sucesión intestada (universal o de atribución, vía art. 84.2 CB) se requería una separación consensuada, no unilateral, y que constara de manera ostensible. Ello conllevaba enormes problemas prácticos que han sido ya expuestos en el presente trabajo, y a ellos nos remitimos, sin ánimo de ser reiterativos.

Con la nueva regulación será suficiente separación legal o de hecho. Sin más variables, lo cual es coherente con todo lo que venimos diciendo sobre el concepto actual del matrimonio, la convivencia y las instituciones familiares. No obstante, tampoco podemos dejar de ver la “otra cara de la moneda” y es que ahora, será más sencillo privar al cónyuge viudo en Ibiza de la atribución que surgió precisamente condición de no legitimario.

No obstante lo anterior, nos parece una decisión, como decimos, acertada. Sin embargo, no podemos dejar de criticar que no se haya adoptado la misma decisión para Mallorca y Menorca, con idénticos problemas, como se ha visto a lo largo de ese trabajo. No tiene sentido alguno que no se aproveche la reforma para atajar un problema que es general, común a todas las islas. Todo ello pone de manifiesto una deficiente técnica legislativa, una falta de coordinación, que a pesar de ocultar buenas intenciones, lo cierto es que crean enormes problemas prácticos.

## **V.- CONCLUSIONES**

**1ª.-** Es indudable que el proyecto introduce reformas que eran necesarias. Cualquier sociedad avanzada que se precie debe establecer medidas de protección en relación a un colectivo vulnerable, como es en

este caso en de los discapacitados, tal y como ya había hecho la ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Es también digno de mención el llamamiento por fin a la CCAA en la sucesión intestada, lo que sin duda redundará en un beneficio de los ciudadanos de las islas, a través de la actividad de *instituciones o establecimientos de asistencia y beneficencia social, de educación o culturales ubicados en el territorio de la comunidad autónoma*.

**2º.-** El proyecto muestra, a nuestro juicio, la voluntad del legislador de acercar las instituciones al ciudadano, y de procurar que se pueda sentir beneficiado en su día a día, adaptando y actualizando además el texto actual. Un claro ejemplo es el destierro, por fin, del concepto de “culpa”, pero hay otros, mucho más novedosos, como los pactos sucesorios en Menorca o la posibilidad de definir al cónyuge viudo. Es loable que la exposición de motivos hable ya de “familias estructuradas”, cuando la Compilación sigue hablando de “culpa”. Desde luego es un salto cualitativo en modernidad y cambio. Alabamos que el legislador no quede encorsetado únicamente en la tradición jurídica y aumente el campo de actuación de instituciones que pueden facilitar la vida del ciudadano de “a pie”, o dar respuesta a problemas comunes.

**3º.-** Los problemas que ocasiona la remisión estática nos siguen acompañando como una condena. Y en especial, en materia de sucesiones. El proyecto propone una solución “a medias”, de manera que, cuando se introduzcan modificaciones en la Compilación, la remisión se entienda al texto del Código Civil, vigente al tiempo de la entrada en vigor de la reforma que corresponda. Será desde luego complicada la labor del profesional del Derecho, teniendo que combinar reformas, años, entradas en vigor y textos legislativos. La mejor solución sería la regulación propia, intensificar la labor legislativa, de manera que se evitara la aplicación supletoria del Código civil, que tantos problemas conlleva; y la aplicación también de normas trasnochadas. Por supuesto, no se puede dar cabida a una remisión dinámica, pues sería delegar la función de legislar en parlamento distinto al balear; no obstante, la remisión estática provoca la aplicación de textos obsoletos e impide que nos podamos beneficiar de una regulación más moderna. Un claro ejemplo ha sido, y seguirá siendo si el proyecto no sale adelante, el de la valoración de la culpa en la separación, a los efectos de mantener los derechos legitimarios, y una vez desaparecidas ya las causas de separación y divorcio.

**4º.-** Llama enormemente la atención que no se haya aprovechado la reforma para modificar la postura del cónyuge viudo en Ibiza en sede de sucesión testada. La doctrina más autorizada balear ha abordado este tema en muchas ocasiones, poniendo de manifiesto la vulnerabilidad del supérstite, y solicitando la adopción de medidas al respecto. Resulta extraño que se hayan tomado medidas tan novedosas, como los pactos sucesorios en Menorca, y nada se haya dicho sobre la cuestión anterior.

**5º.-** En general, existen faltas de técnica legislativa y coordinación. Algunas de ellas provocadas por la DF segunda, pero otras vienen de la mano del legislador. La última de ellas la encontramos en el propio proyecto, que aborda una cuestión sobre la que también se había hablado mucho, pero sólo lo hace para Ibiza y Formentera. Nos estamos refiriendo a la separación de hecho en la sucesión intestada, pues hasta ahora, todas las islas se remitían al art. 945 C.c. en su redacción de 1990 (separación de mutuo acuerdo que conste fehacientemente). El proyecto modifica el art. 84 CB (libro III) introduciendo el concepto de “separación de hecho”, pura simple, tal y como reza el art. 945 C.c. en su redacción actual. Esta reforma es digna de alabanza pues, como decimos, era un problema que había sido también muy criticado. Entonces, ¿por qué no se da la misma solución para Mallorca y Menorca?

**6º.-** El proyecto, si bien tiene algunos aciertos, está lejos de ser la reforma profunda y ambiciosa que se espera. Está claro que la sociedad ha cambiado, ha evolucionado mucho en un cortísimo periodo de tiempo y el legislador debe acompañarla, sin aferrarse únicamente a las tradiciones de un territorio, y dando mayor protagonismo que puedan ser útiles para tal fin. Parece que el legislador comienza a ser consciente y nos ha dado muestras de ello; pero falta un largo camino por recorrer. Reformas como la supresión de la legítima de los ascendientes, el llamamiento del cónyuge con preferencia a los ascendientes en la sucesión intestada, o el decaimiento de las instituciones testamentarias en casos de separación o divorcio, se nos antojan todavía inalcanzables.

## VI. 2. INTERVENCIÓN EN EL ACTO DE ENTREGA:

### LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO DE LAS ILLES BALEARS Y SU EJERCICIO, EX ART. 30,27 EAIB

**María Pilar Ferrer Vanrell**

Mi agradecimiento al Presidente y a mis compañeros Académicos, por el honor de haberme encargado la respuesta, en nombre de la Real Academia, al estudio galardonado con el Premio Luís Pascual González en su décimo cuarta edición.

En primer lugar, felicitar a la premiada, Dña. Eugenia Garcías de España, abogada y profesora asociada de la Universitat de les Illes Balears, donde imparte Derecho Civil desde 2014.

De su curriculum académico y su trayectoria profesional, destacaré que obtuvo el premio extraordinario de Bachillerato el año 1997 y premio extraordinario de licenciatura en la Universitat de les Illes Balears en 2002. Con este bagaje y los años de estudio preparando las oposiciones para acceder al Cuerpo de Registradores de la Propiedad y aprobado el primer ejercicio, no es extraño que hoy esté recibiendo el galardón por su estudio presentado a la décimo cuarta edición del Premio Luís Pascual González. Mi sincera felicitación.

Su afición por el estudio del derecho, en especial del derecho civil, se ha plasmado en diversas publicaciones entre las que destacaré, dos artículos, uno, publicado en el nº 11 de la *Revista Jurídica de les Illes Balears*, del año 2013, comentando la Sentencia 4/2012 de 24 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears; y otro, publicado en el nº 10 de la *Revista Aranzadi* civil-mercantil, del año 2013, con el título “Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior”. Además, ha participado en diversas obras colectivas, destacaré dos, de las que soy codirectora: *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Dykinson Madrid 2016, comentando la consig-

nación. Y, en la obra: *El Patrimonio Sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid 2014, es autora del capítulo titulado “El pago en metálico de la legítima: aspectos sustantivos, procesales y registrales”.

Es abogado ejerciente desde 2009; forma parte de la Comisión deontológica de este Ilustre Colegio. En 2015 fue cofundadora de un despacho jurídico multidisciplinar.

En segundo lugar, el estudio de la premiada que lleva por título *“El proyecto de modificación de la compilación balear en materia de sucesiones. Especial análisis de los derechos sucesorios del cónyuge viudo antes y después de la reforma”* lo ha centrado, en el Proyecto de Ley de Modificación de la Compilación de las Illes Balears, con especial atención a los derechos del cónyuge viudo, construyendo un estudio comparado entre los derechos que la Compilación le otorga y los que derivarán del Proyecto, una vez que entre en vigor como ley.

La galardonada, después de un análisis de los artículos de la Compilación proyectados, que están en tramitación parlamentaria, entra en el estudio de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, tanto los regulados por la Compilación, como los proyectados en esta reforma.

La modificación de la Compilación, que ya se tramita en el Parlamento, no es más que una modificación fragmentaria e insuficiente, que sólo afecta a cuestiones puntuales que no admitían demora. A modo de ejemplo, la modificación que hace este proyecto, de la sucesión intestada, tan sólo respecto de la sucesión de la CA, sin entrar en otra cuestión. Lo explica la Exposición de Motivos, al decir que esta materia *“demane una nova regulació mes amplia i detallada. Pero, en espera d’aquesta regulació, s’ha considerat prioritari establir el dret de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a heretar abintestat en els supòsits indicats, a fi de no demorar per mes temps la regulació d’aquesta matèria”*.

Es cierto que no podía demorarse más de lo que se ha demorado, si tenemos en cuenta que, de las CCAA con competencia legislativa en derecho civil como son Cataluña, País Vasco, Aragón, Navarra, Galicia, y Valencia, sólo faltaba Baleares para normar que, en los supuestos de morir intestado, a falta de parientes, la heredera era la Comunidad Autónoma y no el Estado.

La Exposición de Motivos aclaraba un punto importante sobre la sucesión intestada, que en su tramitación administrativa se ha modificado. La Comisión Asesora, se encargó de aclarar este punto, con la finalidad de actualizar la remisión al vigente texto del Código civil, en estos términos:



“Finalment, atès el caràcter estàtic de les remissions legislatives —segons la disposició final segona de la Compilació— passa a incorporar-se al nostre dret el text **actual** dels articles del Codi civil que regulen la successió intestada, llevat dels que contradiguin els principis successoris d’aquell”

La EM del texto que se tramita, en este punto, podría dejar dudas sobre estas cuestiones, cuando sustituye la frase leída, por: *“Finalment, atès el caràcter estàtic de les remissions legislatives –segons la disposició final segona de la Compilació–, es manté la remissió als articles del Codi civil que regulen la successió intestada sens perjudici de la salvaguarda de les especialitats pròpies”*.

Después de decir que las remisiones tienen carácter estático, como es por mandato de la disposición final segunda, añadir que “es manté la remissió”, no deja claro si el mantenimiento es de la remisión estática que hizo la Compilación en 1990.

Como tampoco es, exactamente, lo mismo, “los principios sucesorios propios, que las “especialidades propias”.

No hay duda que, la modificación, ha enmascarado la claridad del texto del preámbulo de la Comisión Asesora.

La Comisión Asesora fundamentó la modificación de los artículos 53 y 84 CDCIB en un riguroso estudio sobre esta materia de dos académicos, Don Pedro A. Aguiló Monjo y Don Tomás Mir de la Fuente.

La Sra Garcías, dedica una parte importante del estudio a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, tanto los vigentes como los proyectados.

Los derechos del cónyuge viudo nacen de los efectos patrimoniales que produce el matrimonio cuando fallece uno de los consortes; y se pueden clasificar en derechos viduales de carácter familiar, porque se ubican en el derecho de familia; y otros, los llamados derechos viduales de carácter sucesorio, que están insertos en el derecho de sucesiones.

En la tradición jurídica de Mallorca, a la viuda, y no al viudo, se le reconocían determinados derechos dirigidos, principalmente, a la restitución de la dote. Por ejemplo, la “goida”<sup>1</sup>, que era una institución análoga a la

---

1.- FERRER VANRELL, María Pilar, “El régimen de separación de bienes en Mallorca y Menorca (Lib. I y II), en *Los Regímenes Económico-Matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*. **Directores:** Francisco Lledó Yagüe y María Pilar Ferrer. Editorial Dykinson. Madrid 2010, pp.649-685.

tenuta, que otorgaba a la viuda un derecho de retención sobre los bienes del marido premuerto, hasta que su heredero le satisficiera la dote y donaciones *propter nuptias*.

El Rey Sanç I, sustituyó la “goida” por el “any de plors”, porque tal retención resultaba gravosa para el heredero; sin embargo, la tenuta se siguió practicando en Mallorca porque los recopiladores, Canet, Mesquida y Zaforteza la incluyeron<sup>2</sup> de la *Recopilació de Franqueses i Dret Municipal de Mallorca* de 1622, disponiendo que se transmitiera a la viuda, premuerto su marido, la posesión civilísima de los bienes por la tenuta, hasta que le sea satisfecha la dote y los derechos dotales.

La viuda, también tenía derecho, muerto su consorte, a la “*part de cambra*” que correspondía a la mitad del ajuar constituido por “*las robas de lli i llana*”. Este derecho era compatible con el usufructo. La Real Audiencia en la Sentencia de 27 de marzo de 1668 dijo: no se puede privar a la mujer de la *part de cambra* por el hecho de instituir la heredera usufructuaria, ni los herederos pueden deferir la entrega de la *part de cambra*, como de los bienes dotales pues no se entiende pagada con dicho usufructo. Este derecho a la *part de cambra*, parece ser el antecedente del derecho a predetraer el ajuar doméstico que regula segundo párrafo del apartado 3 del artículo 3 de la CDCIB, sobre el que nos ha ilustrado, la Sra. Garcías, en su estudio.

En definitiva, los derechos que, históricamente, se reconocían a la viuda, se enumeran<sup>3</sup> en la antes citada *Recopilació de les Franqueses i Dret Municipal de Mallorca* de 1622, declarando que son “*los següents: Primo lo augment o escrex...2º part de cambra...3º la provisió y vestit en l'any de plor. 4º las robas usuals y no preciosas de la mateixa dona. Ultimo, una joia no la millor*”; esta joya es la que en el derecho histórico catalán era la “joia mitjana”, que reguló el art. 19 de la Compilación de Catalunya de 1960.

El derecho de la viuda de más tradición en Mallorca, que no reguló la Compilación<sup>4</sup>, es la *cuarta marital* que era la *cuarta uxoria*. La *cuarta*

---

2.- La incluyeron como *Constitució nova de altre de Catalunya* en el Libro III, Tit. XII,4, y corresponde, salvo algunas modificaciones, a la otorgada por Felipe I en las Cortes de Barcelona, el año 1564, Capítulo 32 de las Constituciones (V.III,2).

3.- En el Lib. III, Tit.XII, 7, (autores, CANET, MESQUIDA Y ZAFORTEZA). Era derecho consuetudinario, que estos recopiladores incluyen como derecho escrito.

4.- Se reguló en los Proyectos de Apéndices de 1903 y 1920 y no se incorporó al Proyecto de 1949, ni a la Compilación de 1961.

*marital*<sup>5</sup> se intentó sustituir por un derecho de alimentos honoríficos que se concedía a ambos cónyuges, con el fin de evitar el desmembramiento de las grandes fincas, que se debían tasar de acuerdo con los bienes relictos y la categoría social del cónyuge difunto, pero la realidad fue que se continuó practicando la *cuarta marital*.

La EM de la Compilación, modificada en 1990, justifica la no inclusión en la Compilación, en su párrafo 11, por tratarse de una institución “injusta y obsoleta”; quizá este calificativo proviene de la falta de bilateralidad de la “cuarta”, que pasaría de “marital” a “vidual”, a ejemplo del art.452.1 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña.

Mi exposición tiene su eslabón en la conclusión 6ª del estudio de la premiada, que dice: *El proyecto, si bien tiene algunos aciertos, está lejos de ser la reforma profunda y ambiciosa que se espera. Está claro que la sociedad ha cambiado, ha evolucionado mucho en un cortísimo periodo de tiempo y el legislador debe acompañarla, sin aferrarse únicamente a las tradiciones de un territorio, y dando mayor protagonismo que puedan ser útiles para tal fin. Parece que el legislador comienza a ser consciente y nos ha dado muestras de ello; pero falta un largo camino por recorrer. Reformas como la supresión de la legítima de los ascendientes, el llamamiento del cónyuge con preferencia a los ascendientes en la sucesión intestada, o el decaimiento de las instituciones testamentarias en casos de separación o divorcio, se nos antojan todavía inalcanzables.*

Por esto, centraré mi exposición en la asunción que hace el Estatuto de Autonomía de la competencia legislativa en materia civil, y su escaso ejercicio por parte del Parlamento balear, especialmente desde la Ley 8/1990, de 25 de junio.

Como dice la Sra. Garcías, en esta conclusión 6º. “falta un largo camino por recorrer”.

La organización de la coexistencia en España de la pluralidad de ordenamientos civiles, tiene su marco en el art. 149.1, regla 8ª de la Constitución Española que excepciona, de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, la “conservación modificación y desarrollo” del derecho civil foral o especial “allí donde exista”.

---

5.- Históricamente, los requisitos para que se devengara la *cuarta marital* eran que la viuda fuera pobre e indotada y que el marido fuera rico, y su cuantía estaba en función de la concurrencia de hijos comunes o hijos del marido.

Dentro de la estructura competencial instaurada por la Constitución de 1978, la materia civil tiene un tratamiento que no es uniforme porque la regla octava del art. 149.1. CE incluye, la legislación civil, como competencia exclusiva del Estado aunque, a reglón seguido, el precepto 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), que es el imperativo constitucional para asumir la competencia legislativa, en forma exclusiva, en derecho civil propio, por lo que el Estado deja de tener tal competencia.

El título competencial que atribuye esta regla octava del art. 149.1.8 CE es doble:

- a) Un título competencial exclusivo del Estado en legislación civil, y en aquéllas materias que “en todo caso” se reserva en el segundo inciso de la regla octava.
- b) Un título competencial a las CCAA que, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, tuvieran derecho civil propio vigente (“allí donde exista”), en la “conservación, modificación y desarrollo”.

Para identificar los términos constitucionales “allí donde exista” se ha puesto en relación con la existencia de “derechos civiles compilados”, planteando, estos términos, una confusión conceptual al convertirlo no sólo en criterio de “ubicación” territorial de la competencia, sino en “criterio de medición o alcance” de dicha competencia.

Baleares asumió esta competencia en el art. 10, apartado 21 del EAIB de 1983<sup>6</sup>. Hoy, tras la reforma estatutaria por ley 1/ 2007, de 28 de febrero, la redacción del vigente art. 30, en su apartado 27, ha pretendido, sin llegar a conseguirlo, una mejor interpretación de los términos constitucionales en materia de alcance de la competencia en derecho civil con el fin de mitigar la conflictividad competencial estatal-autonómica, que se había planteado, principalmente los años 1992-1993, que, como veremos, parece que se mantiene.

Las Sentencias del TC, 88/1993, de 12 de marzo sobre la ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, de equiparación de hijos adoptivos, aplican la tesis de las instituciones conexas en su FJ3º. Y, la S. 156/1993, de 6 de mayo,

---

6.- En el originario art. 10.21, por LO 2/1983, modificado por LO 3/1999, art. 10.23, y recientemente modificado por LO 1/2007, de 28 de febrero, que ha dado lugar al vigente art. 30.27 EAIB.

sobre el Decreto Legislativo balear 79/1990, por el que se aprueba el Texto Refundido de nuestra Compilación, que declaró la inconstitucionalidad de su art.2, consolida la tesis de la conexión para explicar el término “desarrollo”, como parámetro del alcance de la competencia legislativa, diciendo en su FJ3º que “la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guardan una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”.

No entraré en el análisis de la tesis de las instituciones conexas<sup>7</sup>, por todos conocida; sólo añadir, que estamos ante una interpretación restrictiva del TC sobre la competencia legislativa. “Desarrollar” por conexión a las parcas Compilaciones<sup>8</sup> publicadas durante un sistema político preconstitucional, como leyes de “mínimos”, impediría la adaptación de nuestro derecho a las necesidades demandadas por la sociedad<sup>9</sup> actual.

¿Acaso la competencia en “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”?. Tan legislación civil es la que dicta el Estado como la emanada de los Parlamentos Autonómicos<sup>10</sup> que tienen asumida dicha competencia.

---

7.- La autoría de esta tesis es de DELGADO ECHEVERRIA, Jesús en *La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán* que explicó en Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Barcelona 1980 pág. 45. También, para entender el concepto de “desarrollo” y la teoría de la conexión, ver el estudio de Ferran BADOSA COLL, *La recent jurisprudència constitucional sobre competències de les Comunitats Autònomes en dret civil* Iuris, Quaderns de política jurídica n° 1, 1994, pp 11 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.

8.- 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.

9.-EGEA 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.

10.-En opinión de EGEA 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”, cit. p.342.

La tesis de la conectividad y su interpretación restrictiva choca, aún más, con la propia realidad, porque ninguna mancha de inconstitucionalidad se ha planteado sobre la legislación vigente en materia de derecho civil, emanada de los Parlamentos Autonómicos, que no guardan ninguna conexión con los textos compilados, léase normativa sobre Parejas Estables<sup>11</sup>; Mediación Familiar; Voluntades Anticipadas; Derechos del Consumidor entre otras.

Las reformas de los Estatutos de Autonomía, iniciadas en 2006, abrigaron la esperanza que procuraría una más amplia concepción del término “desarrollo”. No fue así, aunque la doctrina catalana<sup>12</sup> vislumbró una vía de apertura, basada en el mantenimiento de todo lo legislado hasta aquél momento.

El Tribunal Constitucional en el FJ 76 de la Sentencia 31/2010 sobre el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, mantuvo la tesis de la conexión en la misma línea de las Sentencias de 1993<sup>13</sup>; interpretación restrictiva en la que se ha mantenido, también, en la reciente sentencia 82/2016, de 28 de abril.

¿Cuál fue el razonamiento de la doctrina catalana para entender que los términos constitucionales son más abiertos?.

---

11.- “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”. BADOSA COLL, Ferran. “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 Catalunya 2006*. Generalitat de Catalunya 2010. p. 337.

Ver también la opinión de ROCA TRÍAS, Encarna y EGEA FERNÁNDEZ, Joan. *Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya 2006*. Generalitat de Catalunya 2010.

12.- Citaré las opiniones de Ferran BADOSA COLL, Joan EGEA FERNÁNDEZ y Encarna ROCA TRÍAS.

13.- ROCA TRÍAS, Encarna, mantiene que la Sentencia 31/2010, “no utilitza cap argument que permeti constatar que el Tribunal ha realitzat una evolució clarificadoradora en una matèria redactada de manera poc clara en el text constitucional. Es limita a repetir els arguments emprats en anteriors sentències que tampoc han contribuït a aclarar gens aquest enrevessat tema”; en efecto, no existe una evolución clarificadora del texto constitucional, ya que repite los argumentos de anteriores sentencias que no han determinado de forma clara el término desarrollo. “La competencia en materia de Dret Civil”, en *Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya 2006*. Generalitat de Catalunya 2010, pp.348.

En opinión del Dr. Badosa Coll<sup>14</sup>, el proceso que siguió Cataluña para elaborar su Codi Civil, estaba guiado por dos bases<sup>15</sup>, una, entender el término “desarrollo” al margen de la Compilación de 1961; es decir, evitar identificar<sup>16</sup> el derecho civil catalán con la Compilación catalana; y por otra parte, dando un paso más, afirmar que el derecho civil catalán es toda la materia civil, excepto la que, *expressis verbis*, se reserva el segundo párrafo de la regla octava del art. 149.1 de la CE.

Este criterio más amplio sobre el objeto de la competencia legislativa en derecho civil, puede mantenerse<sup>17</sup> desde la propia realidad:

Por una parte, la constitucionalidad de las leyes civiles catalanas. No se puede dudar de su constitucionalidad hasta la entrada en vigor del Codi Civil, ya que se retiraron los recursos de inconstitucionalidad que se habían presentado, manteniéndose en vigor tales leyes.

En segundo lugar porque el criterio del TC sobre el art. 129 del Estatut d’Autonomia de Catalunya en la Sentencia 31/2010 es equívoco, porque el Alto Tribunal retrotrae el alcance del ejercicio de la competencia legislativa en derecho civil, al existente al tiempo de constituirse la Comunidad autónoma<sup>18</sup>; en este momento, recordemos, estaba en vigor la Compilación

---

14.- BADOSA COLL, Ferran “Sentencia 31/ 2010, 28 de junio”. *Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. (cit.)*, pág. 336.

15.- El procés que segueix fins que s'arriba al CCCAT es caracteritza per dues idees clarament expressades en els dos manifestos en defensa del dret civil de Catalunya (col·legis professionals i facultats de dret) de novembre de 1991 i de setembre de 2003. Són el rebuig a identificar el dret civil català amb la Compilació 1960 i la seva reforma de 1984, i l'afirmació que l'àmbit del dret civil català és tota la matèria civil menys les reservades a l'Estat. En opinió de BADOSA COLL, F. “Sentencia 31/ 2010, 28 de junio”. *Revista catalana de dret públic. (cit)* pág. 336.

16.- De esta misma opinión es EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Competència en matèria de dret civil”. *Revista catalana...*, cit.

17.- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, dice: “ la interpretació qu l'alt tribunal ha fet de l'article 129 EAC no ha de comportar, si ens atenem als antecedents, cap canvi substancial respecte d'allò que en el futur hagi de ser la política legislativa del Parlament de Catalunya en aquesta matèria.. Cladrà, això si, seguir mantenint, com fins ara, una interpretació àmplia del criteri constitucional de la connexió, que no la limiti a les institucions compilades, sinó que aprofiti cadascuna de les possibilitats que ofereix la mateixa jurisprudència constitucional, particularment en el punt en què admet que la connexió es pot referir a “el derecho civil (català) en su conjunto” (STC 88/1993 FJ 3), o a “los principios informadores peculiares del Derecho foral”...”, “Competència en matèria de dret civil”. *Revista catalana...*, cit.p. 342.

18.- En palabras textuales, «función normativa que sólo puede tener el alcance de conservación [...] del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma». BADOSA COLL, Ferran “Sentencia 31/ 2010, 28 de junio”. *Revista catalana de dret públic. (cit)*, pág 336.

de 1960; por tanto prescinde de toda la tarea legislativa posterior, que ha sido y es el eslabón para conectar la futura legislación.

Además, el legislador catalán interpretó los términos “conservación, modificación y desarrollo”, del art. 9.2 del EAC de 1979, tanto en la *Llei de unions estables de parella* de 1998, como con el *Codi Civil de Catalunya* de 2002, como directriz de política legislativa y no como límite competencial de la materia civil<sup>19</sup>.

En consecuencia, el único límite es el segundo párrafo de la regla 8ª del art. 149.1 CE y la interpretación amplia de la conexión; que vaya más allá del texto compilado, alcanzando, en términos del FJ 3º de la STC 88/1993 “al derecho civil en su conjunto” y a “los principios informadores peculiares del derecho foral”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en otro grupo de Sentencias más recientes, sigue manteniendo el mismo criterio doctrinal de las Sentencias de 1993, del cual no se aparta. Nos referimos, entre otras, a la STC 82/2016, de 28 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. En su FJ3º, reitera la doctrina de las instituciones conexas, que viene siguiendo el Alto Tribunal y cita las Sentencias 156/1993; 31/2010 y 4/2014.

Y la STC 192/2016, de 16 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad sobre la ley de las Cortes Valencianas sobre las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. También apelando la misma doctrina, en su FJ 4º centra la conexión a instituciones que pervivieran en 1978<sup>20</sup>.

Estas dos Sentencias declaran la nulidad de dichas leyes valencianas por tratarse de materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano, vigente al entrar el vigor la Constitución.

---

19.- BADOSA COLL, Ferran, dice: “(...) la Llei d’unions estables de parella de 1998 i el Codi civil de Catalunya de 2002. En les dues darreres, el legislador català interpreta l’article 9.2 EAC 1979 com una directriu de política legislativa, no com un límit de la matèria civil que s’ha de regular.”. “Sentencia 31/2010, 28 de junio”. *Revista catalana de dret públic*. (cit), pág 336.

20.- FJ4º. “(...) la posible conexión entre los antiguos y derogados *Furs* del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 no resulta relevante, ya que lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión”.



## **Epílogo:**

Llegados a este punto, me pregunto, les pregunto, es necesario este *excursus* sobre la competencia legislativa que, nuestro Estatuto de Autonomía en su modificación por LO 1/2007, de 28 de febrero, no incluyó el “derecho civil propio” entre los “elementos identificadores de nuestra sociedad y, en consecuencia (...) elementos vertebradores de nuestra identidad”, como califica a la “lengua catalana”, “la cultura” y las “tradiciones”. ¿Acaso nuestro derecho civil, fundamentado en el Derecho Romano y, en el siglo XIII<sup>21</sup>, en nuestro derecho estatutario, es de peor condición que las muestras culturales del *cant de la Sibilla; es cossiers; es cavallets o ses àguiles de Pollensa?*, o *es ball de pagès d'Eivissa, o es cavalls, i els caixers i cavallers de Menorca?*, que éstos sí que son, estatutariamente, elementos identificadores y vertebradores de nuestra sociedad.

El Proyecto de modificación de la Compilación, que ha expuesto y comentado la Sra. Garcías de España, está en tramitación parlamentaria; esperamos y deseamos que a la mayor brevedad entre en vigor y pueda llegar a buen fin, para dar solución legal a los supuestos de hecho recogidos en sus normas.

Ahora bien, este Proyecto no es ni debe ser un cajón de sastre que no sería más que un producto de una nefasta técnica legislativa, como parece que se perfila si tenemos en cuenta las enmiendas presentadas por distintos grupos parlamentarios, que impida dar trámite parlamentario a otros anteproyectos muy necesarios; me refiero, principalmente, al Proyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio<sup>22</sup>, que, desde hace años, demasiados, está redactado y entregado, en distintos momentos, por la Comisión Asesora de Derecho Civil; publicado en el BOIB por Resolución de 11 de septiembre de 2013, iniciando su tramitación administrativa.

Desde 1990, nuestros gobernantes y nuestro Parlamento, no han mostrado interés por desarrollar el derecho civil de nuestras Islas que, a pesar de los avatares acaecidos, se ha ido conservando a través de los siglos.

---

21.- Consultar, PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, “La recepción del *ius commune* en el Reino de Mallorca”, en *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13 (2016).

22.- El primer proyecto de modificación del Título Preliminar (*Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* (BOPIB) núm. 132, de 12 de maig de 2006), al que después se incorporó la modificación del régimen económico matrimonial, que se denominó “de los efectos patrimoniales del matrimonio”, que se entregó al Govern por la Comissió Assessora de dret civil, y se aprobó por Acuerdo de Consell de Govern de 23 de març de 2007 como Proyecto de Ley pel qual es reforma el Decret legislatiu 79/1990, de 6 de septiembre, pel qual s’aprova el text refós de la Compilación de dret civil de les Illes Balears. Decayó por finalizar la legislatura.

En tiempos difíciles, desde la llegada de Felipe V que perdimos la potestad legislativa, hasta 1983 que asumimos la competencia para legislar en derecho civil, nuestro derecho se mantuvo. Desde 1983, recuperada la competencia para desarrollar nuestro derecho civil, poco, muy poco se ha hecho.

Comparto las palabras de la Sra García “falta un largo camino por recorrer”.

Permítanme que finalice con las mismas palabras que, hace un año, finalizaba la respuesta en la décimo tercera edición del Premio Luís Pascual González, decía:

“no queda más que poner de manifiesto el descuido del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia en legislación civil, asumida por el Estatuto de Autonomía (art. 30.27).

De esta inactividad, negligencia, tedio en legislar son corresponsables, por la falta de iniciativa legislativa, los distintos gobiernos autonómicos, porque, desde 1990, momento que se procedió a la modificación de la Compilación y adaptación a la Constitución, que debía ser el punto de partida del desarrollo de nuestro derecho civil, se han mostrado inactivos.

Por último, afirmar, que, de todo ello, sólo existe un perjudicado, el ciudadano.

# VII.- MESA DE DEBATE SOBRE EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN PENAL

## VII. 1. NOTAS SOBRE LA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL.

### NUEVO RECURSO Y VIEJAS CUESTIONES

Antonio Terrasa García

*La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al instaurar el recurso de apelación que orgánica y competencialmente estaba ya atribuido a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, ha reconfigurado la apelación penal con una diferente dimensión para el error en la valoración de la prueba según se trate de revisar sentencias condenatorias o absolutorias.*

#### **1.- Antecedentes históricos.**

#### **2.- Generalización de la segunda instancia penal.**

#### **3.- Derecho transitorio.**

#### **4.- Recurso de apelación contra sentencias.**

**4.1.- Modalidades del recurso de apelación contra sentencias.**

**4.2.- La crisis del modelo.**

**4.3.- El nuevo modelo revisor y su disparidad en cuanto al error en la valoración de la prueba.**

**4.4.- Diferencial en el quebrantamiento de forma.**

**4.5.- Declaración expresa sobre el alcance de la nulidad declarada.**

#### **4.6.- La apelación adhesiva de carácter supeditado.**

### **5.- Recursos contra las restantes resoluciones.**

#### **5.1.- Recurso de apelación contra los autos de prisión o libertad provisional.**

### **6.- Competencia sobre las medidas cautelares y para la ejecución de las sentencias.**

## **1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El recurso de apelación, como herramienta destinada a sustanciar la segunda instancia penal, sigue destilando vacilaciones y dudas sobre su naturaleza y alcance, tras una dilatada y tortuosa evolución histórica<sup>1</sup>:

La inclinación inicial a la intangibilidad de la condena penal (por entrañar una decisión soberana en materia de orden público) se fue suavizando con fundamentos varios y mediante técnicas diversas, en constante evolución.

El Derecho Romano conoció vías impugnatorias mediante acciones externas, es decir provocando un nuevo proceso que podía incidir sobre la validez del anterior, tanto por razones procedimentales (*querella nullitatis*) como por razones de justicia material (*querella iniquitatis*).

De camino a su configuración como recurso ordinario, el *Ius Commune* romano-canónico (a partir de las discrepancias entre los modelos de Constantino y Justiniano) ahondó en la distinción entre *vetera y nova capitula* (lo que hoy reconocemos como prohibición de introducir cuestiones nuevas), llevando a modular las limitaciones sobre el objeto, así como -en consecuencia- las posibilidades probatorias.

Pese a las oscilaciones significativas del derecho pre-codificado, con abundantes manifestaciones supresoras de la denominada *supplicatio o*

---

1.- BERNARDINO J. VARELA GÓMEZ. “La segunda instancia en el proceso penal: antecedentes históricos”. Derecho. Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 7 nº. 1. 1998. Págs. 229 a 269.

*appellatio*, la Novísima Recopilación mantuvo el recurso de apelación penal hasta enlazar con la etapa codificadora.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia (26 de septiembre 1835) asumió el antecedente sistema de doble instancia basado en la simple “*consulta*” del sobreseimiento acordado en sumario y sin más entretenimiento que la audiencia del Fiscal (art. 71), o en la “*consulta*” de la sentencia definitiva que se sustanciaba en vista o en revista, con audiencia de las partes (art. 72).

La única instancia penal fue legislativamente implantada con la Ley de Bases de 11 de abril de 1868, y mantenida en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (14 de septiembre de 1882) con excepción de los juicios de faltas.

Pero a mediados del siglo XX se abrió paso una tendencia a introducir parcialmente la segunda instancia penal (mediante el recurso de apelación) para supuestos delictivos de menor entidad sobre los que han incidido -de forma poco coherente- numerosas modificaciones legislativas: Ley de uso y circulación de vehículos a motor (24 de diciembre de 1962), Procedimiento de urgencia (Ley 3/1967, de 8 de abril).

Procedimiento abreviado para determinados delitos (Ley 1997, de 1 de junio); Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre; Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

También la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado se sirvió del recurso de apelación, aunque atemperándolo al “*carácter especial del procedimiento ante el Jurado*”, según señala su Exposición de Motivos.

Y la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, articuló la competencia para que la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conociese de un inexistente recurso de apelación.

## 2.- GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

Precisamente por esa inconveniente *“ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”*, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, proclamó desde su preámbulo la *“instauración general de la segunda instancia penal (...) Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas”*.

En pos de su objetivo, que es sustanciar lo que con mayor o menor fortuna denomina *“segunda instancia penal”*, esta reforma usa como herramienta el recurso de apelación que ya orgánicamente venía atribuido a la competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en el art. 73.3 c) LOPJ, pero ciñéndolo a las resoluciones definitivas y fundamentalmente a las sentencias.

## 3.- DERECHO TRANSITORIO

La Disposición transitoria única sobre legislación aplicable señala que *“se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”*; referencia de derecho transitorio a los *“procedimientos”* -en lugar de a los procesos o a la causa penal- que puede haber introducido complicaciones innecesarias para la interpretación del precepto, y haber fomentado la opinión de que el nuevo recurso de apelación ha de resultar admisible ante cualquier incoación de un nuevo procedimiento dentro del proceso, por ejemplo ante cualquier cambio de fase procedimental (de instrucción a fase intermedia, o de fase intermedia a la de plenario); aunque semejante conclusión puede tener un inconveniente insalvable, pues el recurso de apelación (al abrir paso a la segunda instancia penal) constituye un nuevo procedimiento dentro del proceso, de modo que siempre procedería su admisión al haberse incoado con posterioridad a la vigencia de la Ley en cuestión, con lo que la propia Disposición transitoria única sobre legislación aplicable resultaría inaplicable, es decir carente de sentido; y como la interpretación al absurdo no suele ser la más recomendable, quizá convenga decantarse por entender que proceso y procedimiento son equi-

parables en este sentido, o al menos asimilables o reconducibles al concepto más amplio de incoación del proceso, es decir de la causa penal.

#### **4.- RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS**

Como ya se ha adelantado, la reforma implanta con carácter sustancial el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia, aunque también se proyecte sobre los autos que mantienen el mismo carácter definitivo que aquellas.

Desde su misma intitulación (“*Del recurso de apelación contra las sentencias y determinados autos*”) las disposiciones del Título I (del Libro V) LECrim. determinan el órgano y tipo de resoluciones apelables por referencia a las resoluciones definitivas, eminentemente las sentencias, pero también los autos que ponen fin al procedimiento, salvo el añadido especial para el proceso ante el Tribunal del Jurado del art. 846 bis a) LECrim.: “*los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley*”, que en definitiva se refiere a las cuestiones previas de posible influencia sobre la validez del juicio oral a celebrar.

Del mismo modo, el art. 846 ter. 1 LECrim. -surgido de la reforma- se ciñe tanto al enunciado de la Exposición de motivos cuanto al del Título I, y señala como órganos y tipo de resoluciones apelables: “*Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia*”, es decir -nuevamente- las resoluciones definitivas, las que ponen fin al proceso.

Congruentemente con ello el art. 846 ter.3 LECrim. regula el procedimiento por remisión a lo establecido para la tramitación de las “sentencias” en el procedimiento abreviado (arts. 790, 791 y 792 LECrim.).

##### **4.1.- Modalidades del recurso de apelación contra sentencias**

Como es sabido, en la actualidad la apelación penal mantiene un radio de acción oscilante, con distintas modalidades en función de su mayor o menor vinculación con el ámbito de la segunda instancia, que van desde

la celebración de un nuevo juicio hasta la revisión de la instancia anterior, y por tanto con diferente alcance, salvo en su idéntica eficacia rescisoria (el antiguo quebrantamiento de forma, hoy reconducido a la nulidad por vulneración de algún derecho fundamental).

Desde el derecho romano, el modelo de apelación plena supone un “*novum iudicium*” durante el que se reedita la misma actividad probatoria de la primera instancia, pero en el que –además– se permite la alegación y probanza de hechos nuevos (con el límite de su vinculación al objeto del proceso), lo que no propicia exactamente una segunda opinión (coincidente o divergente con la de primera instancia), sino una nueva convicción a partir de bases fácticas y probatorias distintas: es decir, una nueva o segunda instancia.

Frente a ese modelo puro o categórico de apelación penal “plena”, el modelo austríaco cuyo ámbito se reduce al reexamen a la sentencia, se sitúa en el extremo opuesto.

A medio camino entre uno y otro pueden detectarse variaciones de diferente magnitud (y en consecuencia de discutible encaje en uno u otro modelo) en torno a lo que se conoce como apelación penal “limitada”, una simple revisión de segundo grado (*revissio prioris instantiae*) sobre el pronunciamiento apelado; aunque el respeto a los principios de oralidad e inmediación dificultan extraordinariamente su articulación sin volver a celebrar un segundo juicio.

El modelo tradicionalmente instalado en nuestra LECrim. ha respondido a una restricción de las facultades dispositiva y cognitiva (dada la prohibición de la *reformatio in peius* y de las cuestiones nuevas), una sujeción estricta a lo planteado en el recurso (*tantum devolutum, quantum appellatum*), y una sustancial reducción de la capacidad probatoria que (en nuestro caso ex art. 790.3 LECrim.) se contrae a los supuestos de imposibilidad fáctica o jurídica: las pruebas que durante la primera instancia no se hubieran podido proponer, hubieran sido indebidamente denegadas, o admitidas pero no practicadas.

Para perfilar el alcance de la apelación “limitada” resulta capital establecer si el órgano que conoce de la apelación (*a quo*) puede o no reexaminar la prueba y volver a fijar autónomamente los hechos en la segunda instancia con las mismas facultades que el órgano la primera instancia (*ad quem*); es decir, si el error en la valoración de la prueba constituye o no motivo de apelación válido.



En tal sentido, el formato de apelación originariamente plasmado en la LECrim. para el procedimiento abreviado se vino considerando en principio apto:

- a) para examinar la nulidad por quebrantamiento de forma;
- b) para plantear la revocación por *error in iudicando in iure*, o sea sobre el derecho;
- c) y -además- para plantear la revocación por *error in iudicando in factum* tras haber evaluado la prueba practicada en la primera instancia con idéntica posición entre los órganos *a quo* y *ad quem*<sup>2</sup>.

Valga decir ahora que semejante formato quebró con la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, pues según su Exposición de Motivos buscó “*colmar el derecho al «doble examen», o «doble instancia»*” (sic) mediante un recurso de apelación que “*en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado*” adecuó “*los motivos de impugnación previstos a ese carácter especialísimo del procedimiento*”, de modo que (en el apartado “e” del derogado art. 846 bis c LECrim.) el alcance del error en la valoración de la prueba se limitó a la vulneración de la presunción de inocencia por inexistencia de base probatoria de cargo razonable, lo que ya apuntaba en esto a un modelo simplemente revisor de la primera instancia, por no caber la revocación por error en la evaluación de la prueba, aunque en la Exposición de Motivos sólo se aludió al mencionado “*carácter especialísimo del procedimiento*” para justificar este diseño.

---

2.- **STC 120/ 1999, de 28 de junio:** “Pues bien, atendida nuestra jurisprudencia, nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto «por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma» como por lo que se refiere a «la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba» el Juez «ad quem» se halla «en idéntica situación que el Juez “a quo” (STC 172/1997, fundamento jurídico 4º, y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995 y 176/1995) y; en consecuencia, «puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo” (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993 y 172/1997).”

**ATC 189/2007, 12 de marzo:** “Respecto a la también alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) conviene empezar recordando que el carácter de un *normum iudicium* del recurso de apelación «conlleva que el Juzgado ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso» en idéntica situación que el Juez a quo, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo así revisar y corregir la ponderación de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, F. 4; 120/1999, de 28 de junio, FF. 3 y 5).”

## 4.2.- La crisis del modelo.

Lo cierto es que, al margen del recurso de apelación establecido para las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado, fueron las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que condujeron a un cambio de paradigma por su interpretación de los arts. 2.1º del Protocolo Adicional nº. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (ambos respecto al derecho del declarado “*culpable*” a que su “*condena*” pueda ser revisada ante un tribunal superior), pues condicionaron las posibilidades de revocar en apelación un fallo absolutorio.

Los numerosos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Sentencias de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia; 22 de febrero de 1996 -caso Bulut contra Austria; 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania; 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino) fueron citados en el FJ. 10 de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, al establecer por primera vez las condiciones necesarias para la válida revocación de una sentencia absolutoria apelada a la luz de la doctrina emanada del TEDH.

Desde entonces la cuestión dio pie a interpretaciones no siempre absolutamente fieles a la doctrina constitucional y, lo que es más importante, suscitó una cascada de cuestiones ulteriormente matizadas a tenor de las posiciones evolutivas que se fueron sucediendo.

Sobre la posibilidad y limitaciones para revisar los pronunciamientos absolutorios resulta esclarecedora la STS 2ª 676/2014, de 15 de octubre, que expuso el elenco de cuestiones suscitadas:

1.- La primera disquisición tenía relación con la no siempre pacífica posibilidad de discriminar el hecho y el derecho (si es que ello -en definitiva- resulta posible en todos los casos), aspecto que la mencionada sentencia abordó distinguiendo entre dolo directo como cuestión de hecho, y dolo eventual como cuestión de derecho. Una conclusión sólo viable a partir una proyección más normativa que intelectual del dolo, tal y como expuso la STS 278/2014 (citada en la que se comenta): “*Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de*

*que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado” (STS de 1 de diciembre de 2004), entre otras muchas.”*

2.- Un segundo aspecto problemático atañía a si los llamados “elementos internos” (conocimiento y voluntad, frecuentemente inferidos a partir de prueba indiciaria) pertenecen a la esfera fáctica o jurídica, señalando la STS 2ª 676/2014, de 15 de octubre, que: *“En una primera etapa (2002 a 2011) el TC mantuvo al margen de esa doctrina las inferencias sobre elementos internos” (...)* *“A partir de 2011 han llegado nuevas condenas en el TEDH de España que han supuesto el adiós definitivo a la posibilidad de revisar sentencias absolutorias en casación por razones de tipo fáctico. Ya se incluyen sin discusión las inferencias sobre elementos internos en el campo de lo fáctico. (...). La STC 88/2013 proclama claramente que entre las cuestiones que exigen un nuevo pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del acusado está la apreciación de la concurrencia de elementos internos”.*

3.- La tercera cuestión se concretaba en que, a partir de la STC 184/2009, de 7 de septiembre, se introdujo la exigencia de audiencia personal del acusado vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), anteriormente explicitada en las precedentes STC 1367/2002, de 18 de septiembre, y STC 285/2005, de 7 de noviembre, puesto que la declaración judicial del acusado *“tiene el doble carácter de prueba personal, que exige de inmediatez para ser valorada, y de derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que vaya a decidir sobre su culpabilidad, lo que, lógicamente, también se concreta en su presencia ante el órgano judicial para poder someter a contradicción con su testimonio la comisión del hecho que se le imputa”.*

4.- Y por fin, la cuarta cuestión afectaba a que la revocación válida de una sentencia absolutoria, cuando se modifican elementos fácticos relevantes para la culpabilidad o inculpabilidad de un acusado (no así los jurídicos), requiere cumplir las exigencias de inmediatez y contradicción siempre que las cuestiones tengan carácter fáctico y no jurídico, y por tanto no sólo cuando se valoren pruebas incriminatorias de naturaleza subjetiva (pruebas personales, tales como la declaración

del acusado, de los testigos, o de los peritos), sino también cuando se valoren cualesquiera otras pruebas de una naturaleza distinta (documentos, por ejemplo) para permitir al acusado ofrecer su versión y defenderse con eficacia ante el Juez o Tribunal. La STEDH de 25 de octubre de 2011, (invocando sus precedentes: Igual Coll contra España 10 Mar. 2009, Marcos Barrios contra España y García Hernández contra España 16 noviembre 2010) declaró contraria al art. 6 del CEDH dicha reevaluación de la prueba documental cuando las cuestiones tratadas -excediendo de las consideraciones jurídicas- tengan naturaleza factual<sup>3</sup>.

Y sobre la proyección de la doctrina constitucional a tales extremos se ha pronunciado la más reciente STC 6 Jun. 2016:

*“Es conocida la existencia de una consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías, que se inicia con la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, SSTC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; 105/2014, de 23 de junio, FFJJ 2 a 4, y 191/2014, de 17 de noviembre, FFJJ 3 a 5). La STC de Pleno 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad,*

---

3.-<sup>3</sup> STEDH de 25 de octubre de 2011: “...la Audiencia examinó el conjunto de pruebas de carácter documental valoradas por el Juez a quo (justificantes de los pagos realizados por la demandante, el acta notarial) y señaló que en el momento de vender el terreno, la deuda contra la demandante era totalmente exigible y conocida por ésta. Así, la Audiencia Provincial concluyó que los elementos exigidos por el artículo 257 del Código Penal constitutivos del delito de malversación de bienes estaban presentes. (...) Siendo las cuestiones tratadas esencialmente de naturaleza factual, el Tribunal considera que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos tales como sus intenciones y su comportamiento, que fueron decisivos para la declaración de culpabilidad, sin que la demandante tuviera ocasión de ser oída personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio durante la vista pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio.”

*inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal» (FJ 9).*

*Con ello se optó por incardinar la audiencia del acusado como una exigencia derivada del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) y no ya, como fijaba aquella STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, como manifestación del derecho a la defensa (art. 24.2CE). La consecuencia de ello, como destaca la citada STC 88/2013, FJ 9, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 88/2013, FJ 8).*

*En el desarrollo de esa jurisprudencia sobre las garantías procesales respecto a una condena o agravación penal en segunda instancia, se ha abordado específicamente por este Tribunal su proyección a los elementos subjetivos del tipo. Al respecto, y de nuevo en los términos de la STC 88/2013, hemos subrayado que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (fundamento jurídico 8 citando la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; o en el ATC 44/2015, de 25 de febrero, FJ 2, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009 (TEDH 2009,*

33) , caso *Igual Coll c. España* ; 22 de noviembre de 2011 (TEDH 2011, 100) , caso *Lacadena Calero c. España* ; 13 de diciembre de 2011 (TEDH 2011, 106) , caso *Valbuena Redondo c. España* ; 20 marzo 2012 (TEDH 2012, 27) , caso *Serrano Contreras c. España* ; 27 de noviembre de 2012 (TEDH 2012, 111) , caso *Vilanova Goterris c. España* ; 8 de octubre de 2013 (TEDH 2013, 77) , caso *Nieto Macero c. España* ; 8 de octubre de 2013 (TEDH 2013, 78) , caso *Román Zurdo c. España* ; 12 de noviembre de 2013 (TEDH 2013, 83) , caso *Sainz Casla c. España* ; 8 de marzo de 2016, caso *Porcel Terribas y otros c. España* , o 29 de marzo de 2016 (TEDH 2016, 10) caso *Gómez Olmeda c. España*).

*Asimismo hemos tenido ocasión de definir negativamente las condiciones de cumplimiento de las exigencias de inmediación y contradicción y de audiencia al acusado cuando se ventilen cuestiones fácticas en segunda instancia. Esas garantías no se ven colmadas con la sola reproducción y visionado de la grabación del juicio oral por parte del órgano revisor, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia y, ante todo, al acusado (SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4; STEDH caso Gómez Olmeda c. España , 29 de marzo de 2016, §§ 37-39). Esa exigencia de vista no es formal, sino que debe servir de efectivo instrumento a la garantía constitucional de un proceso debido respecto a los principios de inmediación y contradicción y la garantía de audiencia personal del acusado (SSTC 105/2014, FJ 4; 191/2014, FJ 5). Al respecto, no obstante, hemos admitido la posibilidad de sostener la condena en segunda instancia en las declaraciones realizadas en el juicio oral, e incluso en instrucción, cuando su reproducción esencial ante el Tribunal ad quem que va a valorarlas compense el déficit de inmediación, en consonancia con la doctrina vertida sobre el supuesto de valoración de las manifestaciones sumariales no reiteradas en el juicio, [SSTC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5 b) 1); 120/2009, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3, y 105/2014, FJ 3].”*

En resumen: dejando a salvo las cuestiones jurídicas, toda modificación o alteración de los hechos (incluyendo los elementos internos sobre conocimiento y voluntad) que condujesen a revocar en apelación una sentencia absolutoria, requerían la inexcusable audiencia del acusado para preservar tanto el derecho de defensa como el principio de contradicción, aparte de exigir también inmediación respecto de las pruebas subjetivas o personales.

### 4.3.- El nuevo modelo revisor y su disparidad en cuanto al error en la valoración de la prueba.

Como puede deducirse, la evolución de este recurso hasta su modulación actual, responde a razones de humanitarismo y garantismo (para evitar aflicciones arbitrarias o abusivas, sea por vicios de procedimiento, o ante decisiones abiertamente injustas), pues nótese que históricamente no cabía posibilidad de apelar, y cuando cabía podía resultar prácticamente desvanecida por una tradicional falta de motivación de las condenas<sup>4</sup>.

En consecuencia el sistema queda abocado a cierto desequilibrio, porque prima las garantías para el acusado que resulta condenado, pero sin una exacta equidistancia respecto del *ius persecuendi* (ya que no facilita con igual intensidad una segunda oportunidad para sancionar), aunque necesite mantener el adecuado respeto a los derechos fundamentales que asisten a todas partes involucradas en el proceso.

Ello explica su diferente, aptitud, entidad, y dimensión, según se trate de revisar una condena o una absolución, y tal directriz es clave (sin descartar otras de singular influencia) para analizar la adecuación de la herramienta (el recurso de apelación) a su finalidad que es sustanciar la segunda instancia penal (si es que de ella puede hablarse en puridad ante un modelo de apelación limitada).

Aparte de que la garantía constitucional sólo cubre el recurso frente a los pronunciamientos condenatorios<sup>5</sup>, la revisión de las sentencias absolutorias viene condicionada por el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías, a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, así como la preservación del derecho de defensa.

De un lado, las mencionadas exigencias (para poder revocar válidamente en apelación un pronunciamiento absolutorio) dieron pie a criticar

---

4.- ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ. “La jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca”. Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: Revista d’estudis històrics. N.º. 65, 2009, pág. 304.

5.- STC 41/1998, de 4 de febrero: “En primer lugar, el derecho de toda persona declarada culpable de un delito de acudir a un Tribunal superior, que reconoce el art. 24.1 CE por influjo el art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (SSTC 42/1982, fundamento jurídico 3.º, y 33/1989 [RTC 1989\33], fundamento jurídico 4.º), se extiende a «el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto» no a cualquier incidente o cuestión suscitada en la causa penal. Por consiguiente, resulta indiferente desde el punto de vista constitucional que exista o no en la ley un recurso contra las resoluciones que pueda adoptar el Tribunal penal durante el juicio oral, ya sea in voce o mediante Auto. El único recurso cuya existencia viene garantizada por la Constitución es el recurso contra la sentencia condenatoria, en lo que atañe al fallo y a la pena.”

que una aplicación mecanicista de las garantías redundase en una desestimación automática, formularia, o carente de la motivación adecuada para satisfacer la tutela judicial efectiva<sup>6</sup>.

La STC 285/2005, de 7 de noviembre, pareció propugnar la viabilidad de practicar en apelación las pruebas personales adecuadas para revocar la absolución con audiencia del acusado: *“cuando la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar Sentencia revocatoria, no lo concibe como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído –ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación–; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con el art.795.3 LECrim, de modo que la Sala, citara al acusado y si éste, no compareciera sólo a él fuera imputable dicha falta de audiencia.”*

E incluso más allá se llegó a sostener<sup>7</sup> que en apelación se podía celebrar vista *«cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada»* (art. 791.1 *in fine* LECrim.), y como las limitaciones probatorias del art. 790.3 LECrim. (antes citado) sólo afectan a la prueba que puede pedir *“el recurrente”*, cabría practicar durante esa vista *«las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación»* (art. 792.2.º LECrim.), es decir reeditar las pruebas practicadas durante la primera instancia para poder revocar la absolución.

Sin embargo la Ley 41/2015, de 5 de octubre, apartándose en esto de su correspondiente anteproyecto, al editar la reforma que se comenta, ha zanjado la cuestión en sentido exactamente contrario porque, para adaptar el procedimiento a las mencionadas exigencias interpretativas, derivadas de la CE y de las decisiones del TEDH:

---

6.- GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. *“La inmediación en la 2ª Instancia y las sentencias arbitrarias de la primera”* Diario La Ley nº. 6876. 2008. pág. 2.

7.- CACHÓN VILLAR, PABLO. *“La doble instancia penal y el recurso de casación”*. Revista Jurídica de Casilla y León. nº. 10, pág. 37.



- a) ha modificado los arts. 790, 791 y 792 LECrim.
- b) y restringido muy significativamente el motivo de apelación por error en la valoración de la prueba cuando se recurre una sentencia absolutoria o cuando se pretende agravar una condenatoria, lo que ha desembocado en un sistema de apelación dispar o desigual.

En realidad la disparidad no surge en función del signo del pronunciamiento (condenatorio o absolutorio), pues incluso quien ha sido absuelto puede recurrir, si bien el Tribunal Constitucional (STC 165/1987, de 27 de octubre) ha supeditado tal derecho a la presencia de gravamen (un perjuicio o algún agravio cuya rectificación pretenda el recurrente que ha sido absuelto), lo que no sucede cuando se intenta una simple modificación de los argumentos o fundamentos jurídicos sin influencia sobre el pronunciamiento absolutorio (STC 79/1987, de 27 de mayo, y STC 51/1991, de 11 de marzo), pero sí cuando los fundamentos jurídicos en que se declara la intervención o participación del recurrente en unos hechos proclamados como delictivos generan agravio, es decir, cuando proporcionan a quien ha sido absuelto un gravamen legitimador para recurrir<sup>8</sup>.

Por el contrario, la desigualdad del actual sistema (en cuanto a la imposibilidad de revocar por error en la apreciación de la prueba la sentencia absolutoria o agravar la condena impuesta) deriva, en realidad, de la diferente aptitud para reevaluar la prueba practicada durante la primera instancia, porque el derecho del declarado culpable a un recurso

---

8.- **STC 157/2003 de 15 septiembre:** *“es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el art. 24.1 CE (... ) Así, en la STC 79/1987, de 27 de mayo, negamos que la simple circunstancia de que el recurrente hubiere sido absuelto en un proceso penal pudiese impedir a éste, en determinadas circunstancias, la interposición de recurso frente a la Sentencia absolutoria, señalando expresamente que la existencia del interés o perjuicio que permitan el acceso al recurso ha de ser examinada en concreto, sin que pueda rechazarse por razones abstractas o de principio, ligadas al contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial (F. 2 «in fine»). Y en la STC 41/1998, de 24 de febrero (F. 9), recordamos que las excepciones a la regla general de la no admisión de recursos o impugnaciones contra pronunciamientos absolutorios tienen un sustrato constitucional, concretado en el considerado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.”.*

de naturaleza devolutiva (para que su condena pueda ser revisada ante un tribunal superior) obedece a una perspectiva garantista ligada a que la convicción sobre la prueba de cargo sólo puede ser obtenida respetando la inmediación y la audiencia del acusado, de forma que el legislador ha optado, en este aspecto, por un modelo simplemente revisor de segundo grado, ya que según el art. 792.2 LECrim. no cabe reexaminar la prueba con efecto rescindente (revocatorio) en los supuestos que se han mencionado: “la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.”

En tales casos, el error en la valoración de la prueba ya no permite reexaminar en segunda instancia la prueba llevada a cabo durante la primera, ni para revocar un pronunciamiento absolutorio, ni para revocar agravando la condena recurrida.

“No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada”, pero no revocada, por error en la valoración de la prueba (según añade ese mismo art. 792.2 LECrim.).

Podría decirse que la naturaleza del error en la evaluación de la prueba es inestable por la variedad de situaciones que ampara ese enunciado del motivo.

El error en la valoración de la prueba suele obedecer a un *error in iudicando* susceptible de corrección revocando la sentencia apelada, pero en determinados casos, por sus efectos, se aproxima al vicio *in procedendo*.

Así sucede cuando el vicio alberga una dimensión constitucional por lesión de algún derecho fundamental, y con ello adquiere una aptitud anulatoria (concorde con lo señalado en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la nulidad de actuaciones).

Y esto es lo que sucede cuando la ausencia, arbitrariedad, o no razonabilidad de la motivación, lesionan la tutela judicial efectiva, y por ello -en tal caso- el art. 790.2 LECrim. le reconoce efecto rescisorio (anulatorio): “Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique

*la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.”*

En tales casos, la repetición del juicio no lesiona el principio *non bis in ídem*<sup>9</sup>.

Quizá convenga remarcar que el precepto contempla como presupuesto de la anulación, tanto a la falta de razonabilidad como “la *insuficiencia (...) en la motivación fáctica*”, referencia que ha de ser tomada en el sentido que proclama una consolidada doctrina constitucional<sup>10</sup> y que, por ello, no señala una categoría alternativa, sino que son equivalentes.

Este mismo motivo se recoge en el apartado e) del art. 846 bis c) LECrim. respecto de sustanciación de la apelación para las causas seguidas en el ámbito del Tribunal del Jurado cuando “...*atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta*”.

La diferencia estriba en que el art. 792.2 LECrim. liga la nulidad a una motivación lesiva, mientras que en el apartado e) del art. 846 bis c) LECrim. se vincula con la lesión de la presunción de inocencia, es

---

9.- **STC 246/2004, de 20 diciembre:** “*En relación con lo anterior, la consecuencia acordada por las resoluciones impugnadas, en aplicación del art. 846 bis f) LECrim. , de sumisión a un nuevo juicio derivado de la anulación de la Sentencia del Tribunal del Jurado, tampoco es cuestionable desde la perspectiva constitucional de prohibición del bis in ídem, que, como ya ha reiterado este Tribunal, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material [por todas, SSTC 159/1987, de 26 de octubre , F. 2; 2/2003, de 16 de enero , F. 3 b) o 229/2003, de 18 de diciembre , F. 3]; efecto del que carece la Sentencia absolutoria del Tribunal del Jurado, en tanto que ha sido anulada en virtud del régimen de recursos previstos legalmente por haber incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías constitucionales. Por tanto, este motivo, al igual que los anteriores, debe también desestimarse.*”

10.- De la que es expresión la reciente **STC 13 Jul. 2016:** “*Para resolver el motivo, cabe recordar que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como «el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos» ( STC 112/2015, de 8 de junio, FJ 7), de modo que, como declaró la STC 189/1998, de 28 de septiembre , FJ 2, «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.*”

decir que obedecen a derechos distintos porque, en principio esta última tiende a garantizar que la responsabilidad criminal derive efectivamente de la culpabilidad, mientras que la motivación busca una constatación explícita, una expresión argumental de que la culpabilidad concurre (aparte de fomentar la posibilidad de control sobre su presencia).

Pero aunque no quepa identificarlas categóricamente (por que no son lo mismo), en ocasiones aparecen fusionadas, al menos desde el punto de vista jurisprudencial<sup>11</sup>.

Y conviene apuntar aquí que la vulneración de la presunción de inocencia resulta inane (como motivo de recurso) contra un pronunciamiento absolutorio (intrínsecamente inepto para lesionar aquella presunción), o para pretender una agravación de la condena impuesta.

#### **4.4.- Diferencial en el quebrantamiento de forma**

Como resultado de esta última reforma también cabe apreciar cierto diferencial en cuanto al quebrantamiento de forma, puesto que el nuevo art. 790.2 *in fine* LECrim. exige acreditar el intento de subsanar

---

11.- STS 2ª 5 Oct. 2016: “De acuerdo con la doctrina de esta Sala, hemos de recordar que ambos derechos de naturaleza constitucional tienen diferente ámbito y contenido aunque pueden tener una zona tangente. El derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva se proyecta sobre la motivación de la sentencia, lo que constituye una expresa obligación contenida en el art. 120-3º de la Constitución. El derecho a la presunción de inocencia opera sobre el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable. Como recuerda la STS 631/2014 de 29 de Septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva se integra y tiene como ámbito la existencia de una motivación que de respuesta a todas las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso. Es decir su contenido exige que exista una motivación con lo que se salvaguarda la interdicción de toda arbitrariedad, como sería en el supuesto de una sentencia carente de motivación o con motivación irracional. Supuesto de motivación irracional lo constituiría cuando no se expresasen las razones que justifican la decisión adoptada que de este modo, solo será exponente de la desnuda voluntad del Tribunal. Supuesto de arbitrariedad sería cuando la sentencia fija unos hechos claramente erróneos o cuando las conclusiones jurídicas extraídas de los mismos carecen de toda lógica. En tal sentido, entre otras, SSTC 276/2006; 177/2007; 138/2008 y 191/2011, entre las más recientes.

Por contra, el derecho a la presunción de inocencia se centra en la existencia y suficiencia de una prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, lo que supone como tiene repetidamente dicho esta Sala que debe existir una prueba de cargo válidamente obtenida y legalmente introducida en el Plenario, que sea suficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, lo que supone su contraste y valoración con la prueba de descargo, y que esté razonada, obteniéndose el axiomático juicio de certeza con el canon de “certeza más allá de toda duda razonable”, tanto desde la lógica del razonamiento como de su suficiencia, y consistencia. El distinto ámbito y contenido de ambos derechos, queda patente en las consecuencias de la vulneración de uno y otro derecho. La sentencia inmotivada, que no justifica las razones de su decisión, tiene la consecuencia que debe ser devuelto al Tribunal de origen para justificar su decisión. La sentencia en la que se aprecie una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, tiene motivación pero no se acredita la existencia de una prueba de cargo suficiente como para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y tiene como consecuencia la absolución del indebidamente condenado.”

el vicio *in procedendo* lesivo para el derecho de defensa cuando ello fuera posible: “*Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.*”

Conforme al diseño inicial de la LOPJ, la nulidad de actuaciones por quebrantamiento de forma respondía exclusivamente a la lesión del derecho de defensa (así en la redacción originaria del art. 238.3º LOPJ: “*Cuando se prescindiera de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión*”), hasta que la modificación de la LOPJ introducida por L.O. 6/2007, de 24 de mayo, permitió la declaración de nulidad por “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*” (y no sólo del art. 24 CE) bajo exigencia de que la lesión se haya denunciado temporáneamente siempre que fuera posible (art. 241.1 LOPJ).

Dicho ello, resulta todavía menos comprensible que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim., introducido con posterioridad a la mencionada reforma ampliatoria de los motivos de nulidad en la LOPJ, y que regula ese mismo motivo de recurso en el ámbito del Tribunal del Jurado, exima de denuncia/subsanación cuando el vicio invalidante afecte a un derecho fundamental, es de suponer que del núcleo duro (art. 53.2 CE), entre los que también se incluye el derecho de defensa: “*Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.*”

La STS 2ª 28 Ene. 2016:

- a) Insiste en sus precedentes (STS 2ª 23 Nov. 2006), que cita literalmente, en orden a denunciar la antinomia y dirimir el conflicto planteado: “*La reclamación de subsanación plantea, además, el problema adicional consistente en determinar cuando*

*la misma resulte imprescindible, puesto que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim. tras requerir su formulación con carácter general, añade, sin embargo, que ésta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un Derecho Fundamental constitucionalmente garantizado. Este enunciado es contradictorio porque, por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber causado indefensión y, por otro lado, la prohibición de “indefensión” constituye, como es sabido, uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE. Por lo tanto, si la infracción procesal genera “indefensión” al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE, con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma. (...) en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, sí debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia”.*

- b) Pero además añade que *“La protesta es algo más que un requisito meramente formal porque su finalidad estriba en depurar y consolidar en su caso el curso del procedimiento y asegurar de esta forma la posición de las partes en el mismo.”*

Como se ve, la redacción del nuevo art. 790.2 *in fine* LECrim. coincide, en esto, con la regulación general del art. 241.1 LOPJ, y se aparta de la contradictoria excepción incluida al final del apartado a) del art. 846 bis c) LECrim., pero la última reforma no ha contribuido a deshacer el desconcierto normativo, nueva muestra de la incoherencia -y hasta contradicción de principios- que exhibe la regulación de nuestro procedimiento criminal por los inacabables parcheos aplicados sobre una Ley más que centenaria.

#### **4.5.- Declaración expresa sobre el alcance de la nulidad declarada**

La exigencia de que la sentencia dictada en apelación señale el alcance de la nulidad y concrete si ésta se reduce a la sentencia apelada o se extiende al juicio oral (apartado 2, párrafo tercero, del art. 792 LECrim.) es novedosa y plausible, porque la invalidación total o parcial de alguna actuación procesal (singularmente algún medio de prueba, a lo que alude el art. 790.2 *in fine*: “razonamiento sobre alguna o algunas

*de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia”*), reclama determinar si -a partir de ello- es posible dictar sentencia obviando sin más lo declarado sin efecto, o por el contrario la entidad de lo anulado compromete la validez del juicio oral celebrado, caso en que también habrá de especificarse si permanece o no incólume la imparcialidad para volver a juzgar.

#### **4.6.- La apelación adhesiva de carácter supeditado**

La configuración resultante de la última reforma ha consolidado el carácter supeditado de la apelación adhesiva, a sustanciar en trámite de impugnación:

- a) Para el procedimiento ante el Tribunal del Jurado los arts. 846 bis c) y d) LECrim. articulan un recurso de apelación *“supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo”*, que se sustanciará durante el trámite de impugnación (5 días), y podrá impugnarse durante la vista del recurso ante el órgano *a quo*: *“Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle.”* (art. 846 bis e) *in fine*).
- b) Para el procedimiento abreviado, ahora aplicable (por remisión) para la apelación de todas las sentencias, el art. 790. 1 LECrim señala: *“La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5 (10 días), ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo.”*, mientras que la adhesión podrá ser impugnada al producirse el traslado (por 2 días) de los escritos de alegaciones y/o adhesiones según señala el art. 790.6 LECrim.

### **5.- RECURSOS CONTRA LAS RESTANTES RESOLUCIONES**

Aparte del recurso de apelación contra las sentencias y los autos que pongan fin al proceso que antes se ha abordado en estas notas, queda por examinar la cuestión respecto de las restantes resoluciones tributarias de este recurso: determinados autos.

Contra los autos del Juez de Instrucción cabe el recurso de reforma, y el de apelación exclusivamente “*en los casos determinados por la ley*” (art. 217 LECrim.).

Contra los autos de los Tribunales, la redacción originaria del art. 236 LECrim. sólo autorizaba el recurso de súplica, y obviamente no el de apelación por regular un proceso de instancia única.

Al instaurarse el régimen de doble instancia para delitos de menor gravedad (*Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*), se introdujo coherentemente el recurso de apelación: “*Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación*” (art. 766.1 LECrim.).

Más adelante (*Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*), se modificaron las disposiciones generales en materia de recursos (*Capítulo X del Libro I*), para autorizar el de apelación “*únicamente en aquellos casos expresamente previstos en la Ley.*” (art. 236 LECrim.).

El resultado atañe a un régimen de recursos diferenciado (en cuanto a la generalidad o excepcionalidad de la apelación), según se trate del procedimiento ordinario o el abreviado.

Y aunque el Juez de lo Penal ya no es el único órgano competente para sustanciar la fase de plenario en primera instancia concerniente a un procedimiento abreviado (también lo es ahora la Audiencia), la última reforma no ha incidido sobre este particular, probablemente porque su confesado propósito se circunscribía a generalizar la apelación de las sentencias y demás resoluciones que pongan fin al proceso a fin de instaurar lo que denomina segunda instancia penal, de modo que respecto de la Audiencia (como Tribunal, que no es el Juez de lo Penal) parece regir la disposición general del art. 236 LECrim.

Y aun si cupiese asignar al art. 766.1 LECrim. la suficiente virtualidad expansiva para concebirlo como una regla general (sobre las resoluciones dictadas durante la primera instancia que son recurribles en apelación) aplicable también para la Audiencia (y no sólo para el Juez de lo Penal), debería salvarse el escollo de que sólo regula el procedimiento abreviado,



pero no el ordinario, y no se olvide que en este último la Audiencia también es el órgano competente para la fase intermedia.

Según lo expuesto, parece persistir el diferente régimen de apelación contra los autos no definitivos, admitido en general contra los del Juez de lo Penal, y sólo cuando expresamente esté autorizado contra los de la Audiencia.

### **5.1.- Recurso de apelación contra los autos de prisión o libertad provisional**

No obstante, merece examen separado, por su especial regulación, el recurso de apelación contra los autos de prisión o libertad provisional.

No hace falta decir que la ausencia de recurso contra tales decisiones no afectaría al derecho fundamental a la libertad desde el instante en que media una resolución judicial constitucionalmente apta para la restricción de aquel derecho; pero quizá convenga insistir en que, salvo el derecho a la revisión de las condenas por un tribunal superior, no existe un derecho fundamental de acceso a los recursos, de forma que el TC ha reiterado en este aspecto su nivel de configuración simplemente legal.

La cuestión radica, por ello, en si las disposiciones legales han articulado este recurso.

El núcleo regulatorio de la libertad o prisión provisional se instala en el Capítulo III dedicado a la prisión provisional, Título VI sobre citación, detención y prisión, del Libro II sobre el sumario.

Aunque no son disposiciones generales comunes, es significativo que el art. 763 LECrim. aluda a ellas como “reglas generales”: *“El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley”*.

Estas reglas generales sobre prisión o libertad provisional disponen que *“Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa”* (art. 502 LECrim.).

Y contra tales decisiones siempre cabe Recurso de apelación según el art. 507.1 LECrim.: *“Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión*

*provisional o acuerden la libertad del investigado o encausado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766”.*

Es decir que la designación del órgano y tipo de resolución apelables viene determinada por los arts. 502 y 507.1 LECrim., que autorizan tal recurso contra todas las decisiones sobre prisión o libertad provisional que cualquier juez o tribunal adopte en cualquier clase de procedimiento (porque son reglas generales).

La remisión que el art. 507.1 LECrim. hace al art. 766 LECrim. se limita al procedimiento, los trámites con qué sustanciar el recurso de apelación, tal y como especifica la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre: *“En lo que respecta a los recursos frente a las resoluciones sobre prisión o libertad provisionales, el artículo 507 trata de simplificar y acelerar su tramitación, al disponer que en todo caso la apelación se sustancie por los cauces del artículo 766, esto es, a través de las normas del recurso de apelación del procedimiento abreviado”.*

Y por la importación o absorción que es fruto y efecto de la remisión, las normas sobre tramitación del recurso de apelación, pero no el resto, pasan a integrar las reglas generales sobre la prisión y libertad provisional aplicables a cualquier tipo de procedimiento, con lo que aquella alusión específica al Juez de lo Penal en el art. 766.1 LECrim. parece carecer de virtualidad cuando se trata de prisión o libertad provisional.

De esta forma resulta que, conforme a las reglas generales sobre prisión o libertad provisional, en cualquier clase de procedimiento, el juez o tribunal que conozca de la causa puede adoptar medidas cautelares de índole personal, susceptibles de apelación, a sustanciar por los trámites del procedimiento abreviado, para la que también resulta competente -en su caso- la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, según el art. 73.3 c) LOPJ: *“El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes”.*

## **6.- COMPETENCIA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS**

Es importante remarcar que el art. 9 LECrim., inserto en las disposiciones generales comunes, establece que a la competencia para el conocimiento de la causa le será automáticamente inherente la

competencia para sus incidentes (lo que incluye las medidas cautelares) y para la ejecución de la sentencia, lo que en definitiva no resulta más que una prohibición de dividir la continencia de la causa.

#### A/ Ejecución de las sentencias.

Los arts. 985 y 986 LECrim. todavía siguen estableciendo (porque injustificadamente conservan su primigenia redacción) que la competencia para ejecutar las sentencias corresponde al “*órgano que haya dictado la que sea firme*” o “*al que hubiese pronunciado la sentencia casada*”.

Ambas referencias, obedientes al proceso de única instancia al que atañían, deben ser necesariamente interpretadas de forma conjunta, la una por la otra, de modo que el órgano que ha dictado la sentencia de única instancia la ejecutará cuando haya ganado firmeza o ejecutará la dictada en casación, y así lo ha venido entendiendo de antiguo y pacíficamente la doctrina<sup>12</sup>.

Es por ello indudable que la última reforma debió modificar los ahora obsoletos arts. 985 y 986 LECrim. (que responden a una inexistente única instancia), y aplicado el mismo régimen previsto para los casos de doble instancia.

Porque cuando la LECrim. ha regulado los procesos de doble instancia para los juicios de faltas, la competencia para ejecutar las sentencias ha quedado deferida al “*órgano que haya conocido del juicio*” y no “*al que haya conocido en apelación*” (art. 984 LECrim.).

En idéntico sentido el último párrafo del art. 846 bis d) LECrim., donde se regula la doble instancia para las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado, ordena la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se declare firme la sentencia y se proceda a su ejecución en los casos de deserción o renuncia al recurso, porque esta última es la competente para ejecutar la sentencia apelada.

Para el procedimiento abreviado, resulta perfectamente explicable que se haya mantenido la redacción del art. 784.5 LECrim. en que se ordena al órgano de fase intermedia (Juzgado de Instrucción) la “*remisión de lo actuado*” (de todo) al órgano competente para el

---

12.- AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE. “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Hijos de Reus, Editores. Madrid. 1914, págs. 617 a 624.

enjuiciamiento (sea el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial), incluyendo las piezas separadas sobre medidas cautelares, porque las actuaciones son así remitidas en cada caso al órgano competente para dictar la sentencia de primera instancia, y en consecuencia también para la ejecución de la sentencia.

Así que *“Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado”* (art. 794 LECrim.), y por expresa disposición del nuevo art. 792 LECrim., que sí ha resultado modificado por esta reforma: *“Cuando no se interponga recurso contra la sentencia dictada en apelación los autos se devolverán al juzgado a los efectos de la ejecución del fallo.”*<sup>13</sup>

La cuestión es que compete ejecutar las sentencias penales al órgano que haya conocido del proceso y dictado la de primera instancia, tanto si es ésta la que ha ganado firmeza, cuanto la dictada en apelación o casación.

#### B/ Incidentes.

Y lo mismo cabe decir en cuanto a la competencia sobre los incidentes, incluidas las medidas cautelares, pues para preservar la continencia de la causa están automáticamente asimilados al régimen competencial de la ejecución (art. 9 LECrim.).

El art. 861 bis a) LECrim. sigue manteniendo el patrón correspondiente al anterior régimen de instancia única, y por ello señala que, al preparar el recurso de casación para ante el TS, corresponde a la Audiencia Provincial resolver lo pertinente en cuanto a la situación del reo o las responsabilidades civiles, y adoptar *“...en las mismas piezas los acuerdos procedentes durante la tramitación del recurso (de casación) para asegurar en todo caso la ejecución de la sentencia que recayere”*, lo que pone de manifiesto, nuevamente, que el órgano competente para ejecutar la sentencia es quien debe resolver las incidencias, así como adoptar las medidas cautelares y cuantos acuerdos sean procedentes para asegurar su ejecución.

---

13.- Y no se olvide que según el art. 846 ter, apartado 3: *“las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida (en el art. 934 LECrim. designado como “órgano que haya conocido del juicio”) y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso”* (en el art. 934 LECrim. referido *“al que haya conocido en apelación”*).

La cuestión es que esta norma tampoco ha sido adecuadamente acompañada al actual régimen de doble instancia ya que la preparación del recurso de casación corresponde ahora a la Sala Civil y Penal del TSJ.

Pero el silencio sobre el contenido de las actuaciones que deban remitirse al órgano de apelación (tanto con ocasión del recurso de apelación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, como a consecuencia del nuevo régimen general de segunda instancia penal), debe ser interpretado coherentemente con todo lo anterior, aun a falta de una disposición expresa y equivalente, pero actualizada, como la del art. 861 bis a) LECrim. donde se especifica el órgano que debe retener las piezas separadas.

En consecuencia parece procedente mantener que la competencia para ejecutar la sentencia que devenga firme (sea la recaída en primera o segunda instancia, sea una sentencia de casación) corresponde al órgano que dictó la de primera instancia, y que a ello se anuda automáticamente la competencia sobre las piezas separadas (situación personal y responsabilidad civil).



## **VII. 2. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL POR LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE**

**Jaime Suau Morey**

### **I.- ANTECEDENTES**

Aunque la LOPJ trazaba un recurso de apelación generalizado en el ámbito del proceso penal, no es hasta la vigencia de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, cuando se materializa el cumplimiento de lo dispuesto en Tratados y Textos Internacionales sobre derechos y garantías fundamentales suscritos por España.

En el artículo 73.3.c) de la LOPJ, referido a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, se atribuía a éste, como Sala de lo Penal, «el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes»<sup>1</sup>.

Hitos decisorios son la suscripción por nuestro país del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 14.5, se consagra el derecho de toda persona condenada penalmente a que la condena y la pena impuesta, sean sometidos en vía de recurso a un Tribunal Superior (en sentido semejante, aunque no idéntico, como veremos, se manifiesta el Protocolo 7º, artículo 2 del CEDH, el cual ha sido ratificado por España), de otro lado, el hecho de que el artículo 10.2 de la Constitución Española 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.

---

1.-Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en la Disposición Final de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, se concedió al Gobierno un año para remitir a las Cortes los Proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas en la LOPJ. Ha pasado una década y varios años más.

Pues bien, parece claro que, como han advertido algunos autores, el aludido precepto del Texto Internacional (artículo 14.5 del PIDCP) parte de un modelo procesal en el que necesariamente ha de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de recurso en caso de sentencia absolutoria.

La referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena, **no limita** en principio, **en el orden interno**, ni el derecho al recurso para el resto de las partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria.

No podemos olvidar que actualmente el recurso de apelación ha sufrido pues, una evolución conducida por múltiples razones pero sobre todo por el peso de las exigencias del denominado **proceso justo o proceso debido**, y las directrices marcadas no sólo por la CE, sino por la citada adhesión a Textos Internacionales cuya vinculación ha sido insoslayable<sup>2</sup>.

En cualquier caso, la apelación ante los TSJ de las sentencias dictadas en el ámbito de las Audiencias Provinciales y en primera instancia (por el M-P del T.Jurado), puede considerarse como un trascendental antecedente de la implantación efectiva de un recurso ordinario contra sentencias

---

2.- En cada supuesto concreto se dan en la práctica determinados condicionamientos que reconducen el objeto de la apelación y que pueden integrar el efecto devolutivo del recurso, conformándolo ante la entrada en juego de los condicionamientos específicos en cada supuesto. En este sentido, el planteamiento de los motivos de apelación delimitan el objeto del recurso; esta delimitación inicial llevada a cabo por el recurrente puede ser modulada por las otras partes intervinientes que pueden impugnar los motivos de apelación, apoyarlos, **adherirse al recurso** (con motivos propios, distintos a los del recurrente, o simplemente, con apoyo a los de éste). Todo ello, posibilita la plena contradicción e impide la indefensión que podría surgir como consecuencia de algunos planteamientos procesales de otras partes; todo ello, en definitiva, da soporte a lo que en nuestra CE se recoge como **el derecho a un proceso con todas las garantías**.

Resaltamos lo anteriormente expuesto porque en virtud de la Ley 13/2009, el apelado (en un proceso penal) tiene ya la posibilidad de impugnar aquellos procedimientos que le resultan desfavorables y que inicialmente no recurrió; pronunciamientos que pueden ser distintos a los del apelante principal, tal como se prevé en el artículo 790.1. 2º párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo tenor es el que sigue: «La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan». Ahora bien, como a continuación diremos, este recurso quedará **supeditado** a que el apelante mantenga el suyo. (Suau Morey, J. Tutela Constitucional de los Recursos en el Proceso Penal, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 118 y 119; del mismo autor, La adhesión a los recursos penales y la defensa de la CE, en Revista Jurídica de las Islas Baleares, número 12, 2.014, págs 131 a 134); sobre lo mismo, Ruiz Moreno, J.M., en La Adhesión a los recursos de apelación y casación en el proceso penal, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 49).

Por tanto, además de la parte (o partes) que han recurrido en plazo la sentencia, la que no lo hubiere hecho dentro del referido plazo, podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5 del artículo 790 de la LECrim, que regula el traslado a las demás partes del escrito de formalización del recurso.



condenatorias. Se dispone en el artículo 846 bis a) de la LECrim, que las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado serán apelables para ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Serán también apelables los Autos dictados por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a las que se refiere el artículo 36 de la LOTJ, así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley. La Sala de lo Civil y lo Penal se compondrá para conocer de este recurso, de tres Magistrados.

La alusión a la normativa a seguir en los juicios ante el Tribunal del Jurado, tiene importancia, a efectos de lo que nos ocupa, al referirse la aludida normativa a que la parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación, pero este recurso quedará **supeditado** a que el apelante principal mantenga el suyo.

Se decía en la Exposición de Motivos de la referida Ley que introduce el procedimiento por Jurado, reimplantándolo en España, que aspiraba a ser un modelo del futuro proceso adversarial. Por ello, se pretendía que en el plazo de un año a partir de la promulgación de la aludida LOTJ (LO 5/1995) tuvieron lugar en la LECrim las pertinentes adaptaciones para lograr este objetivo. Hemos destacado pues, la importancia del recurso de apelación contra sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, por lo innovador que tiene la instauración de un recurso de apelación contra las sentencias recaídas en el procedimiento que comentamos.

El previsto recurso de apelación, constituye un recurso **ordinario**, aunque adaptado a las especiales características del juicio ante Jurado en el seno de un sistema de Jurado puro.

La adopción de este sistema puede haber dado lugar a consideraciones que destacan el carácter extraordinario del recurso de apelación, pese a su nomenclatura y clasificación como recurso ordinario; mas estas lógicas matizaciones se deben en parte a que nuestro país rechazó el sistema del escabinado (predominante en los países de nuestro entorno) y acogió el sistema de jurado puro (propio del sistema angloamericano).

## II.- LA EFECTIVA VIABILIZACIÓN QUE INCORPORA LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE

Hasta la vigencia de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se daba la anómala situación de que las sentencias dictadas en enjuiciamientos de delitos menores eran recurribles en apelación y las dictadas como consecuencia de la comisión de delitos más graves, sólo podían acceder al recurso extraordinario de casación (en cuyo ámbito restringido se podía argumentar el error del hecho en la apreciación de la prueba, dimanante de prueba documental, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim y, desde hacía algunos años, se podía articular el recurso a través de conductos relativos a principios constitucionales), pero con soluciones restrictivas y recordándose que nos encontramos ante un recurso extraordinario.

Estando así las cosas y pese al esfuerzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, los estrechos cauces a través de los cuales discurre la casación no permitían dar cumplimiento (por ésta vía) a los Tratados Internacionales anteriormente citados, en lo referente a la exigencia de que todo condenado por una sentencia penal deba tener derecho a la **revisión de la condena y la pena impuesta** (art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en similares términos se pronuncia el CEDH en el que se establecen excepciones a esta norma general que incluyen los supuestos en los que el justiciable haya sido juzgado directamente por el Supremo Tribunal de la Nación o en el supuesto de delitos leves para los que se rescata la aplicación del viejo aforismo «de minima non curat praetor»).

El excesivo tiempo y la tardanza con la que ha llegado la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por la Ley 41/2015 se debe en parte (si es que tiene alguna justificación) a que se quería que la aludida reforma quedase integrada en la redacción de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que, pese a los proyectos (2.011, 2.013) que tuvieron lugar, no ha podido salir a flote debido a discusiones como la adjudicación o no de la instrucción de las causas al Ministerio Fiscal y, por otros motivos de política legislativa aparentemente más importantes para el Gobierno o más rentables o más preocupantes conyunturalmente.

## III.- NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS RECURSOS

Con la instauración del nuevo sistema de apelación de sentencias penales, también sufre alguna modificación el sistema de la casación frente a sentencias y autos.

En cuanto a los delitos que llevan aparejada una pena menor, y que son competencia de los Juzgados de lo Penal siguiéndose el denominado P.A., procedimiento abreviado, cabe contra sus sentencias recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y, actualmente, recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>3</sup>.

El párrafo segundo del artículo 889 de la LECrim fue añadido por la Ley 41/2015, de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Según el aludido artículo 889 de la LECim, la inadmisión a trámite del recurso de casación, en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) de la LECrim, podrá acordarse, por providencia suscintamente motivada por unanimidad, por carencia de interés casacional (el supuesto contemplado en el art.847.1.b), como hemos dicho, se refiere al acceso al recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>4</sup>.

La finalidad del acceso a la casación en los supuestos que estamos analizando radica en la necesidad de que el TS, por la vía de la infracción de ley, pueda establecer doctrina jurisprudencial sobre todos los tipos delictivos, por lo que, si no existiese interés casacional, mediante la inadmisión por unanimidad, se corta el acceso a la casación.

Y en este sentido, no existe interés casacional si la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (o de la Audiencia Nacional) es unánime; si existe jurisprudencia del TS sobre el particular, o si el artículo cuestionado lleva más de cinco años en vigor. (En el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se recogen los requisitos necesarios para que exista interés casacional, de forma muy parecida a la regulada por la LEC en su artículo 477.2.3º).

---

3.- Según el artículo 847.1.b) de la LECrim procede recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1 del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En el número 2 del artículo citado se tiene el acierto de regular que quedan exceptuadas aquellas sentencias que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

En el mismo artículo también número 1, a) se dispone que procede recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ y contra las sentencias dictadas por la Sala de apelación de la Audiencia Nacional.

4.- En definitiva pues, los supuestos que se inician ante los Juzgados de lo Penal o ante los Juzgados Centrales de lo Penal, se apelan ante las Audiencias Provinciales o ante la Audiencia Nacional respectivamente y son susceptibles de recurso únicamente por infracción de ley según se dispone en el tan citado artículo 847.1.b) de la LECrim.

Al inicio de este trabajo decíamos que paradójicamente los delitos más graves no tenían acceso al recurso **ordinario** de apelación, sino solo al de casación mientras aquéllos que llevaban aparejada una pena menor, sí tenían acceso al recurso **ordinario** de apelación; pues bien, actualmente, según el artículo 846.ter.1, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en primera instancia, **son recurribles en apelación** ante las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional respectivamente (Ley 41/2.015, de 5 de octubre).

Las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales (y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) que se recurren ante el TSJ, se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta Ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al Tribunal que sea competente para el conocimiento del recurso. En definitiva, procede la aplicación de las normas de la apelación del proceso abreviado con la simple previsión del entendimiento de las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal, como relativas al órgano «a quo» y las referencias efectuadas a las Audiencias Provinciales, como realizadas al órgano «ad quem».

Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por los TSJ, son susceptibles de recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante el TS al amparo de lo dispuesto en los artículos 849, 850 y 851 de la LECrim. Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, son recurribles en casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma ante el TS.

En relación a los autos, el artículo 846 ter.1 establece la recurribilidad en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ o ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, de los **autos** que impongan la finalización de proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre (y de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia). Se dispone en el artículo 848 que podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

## IV.- LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

### A.- LA EXCEPCIONALIDAD DE LOS RECURSOS QUE CABEN CONTRA LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

En lo que se refiere a las sentencias absolutorias el legislador provoca con respecto a ellas, un sistema asimétrico, por cuanto el recurso que se interponga contra las mismas se basará esencialmente en el Derecho a la tutela judicial efectiva y la queja podrá ser revisada por el tribunal de apelación (observando la grabación del juicio), pero no con la finalidad de efectuar una valoración probatoria que pueda sustentar una condena, sino para restablecer en su caso, el derecho a la tutela vulnerado. Todo ello opera con remisión al juzgado «a quo» que dictó la sentencia absolutoria o a otro distinto<sup>5</sup>.

En esos términos se produce la reforma introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre que inserta en el artículo 792, un número 2 en cuyo párrafo se dispone que: «la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2».

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral o si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

### B.- ELECCION DEL LEGISLADOR ANTE DISTINTAS OPCIONES

La postura adoptada por el legislador hubiera podido seguir otros derroteros:

a) Hubiera podido prohibirse el recurso de apelación contra sentencias absolutorias en todo caso, siguiendo el modelo dispuesto en la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, en la que se instaura la

---

5.- Ésta es la decisión adoptada por el legislador y plasmada en el artículo 790.2. 3 párrafo que dispone que «cuando la acusación alegue error en la apreciación de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada»

prohibición del «double jeopardy»<sup>6</sup>. Hay que tener en cuenta, no obstante, que no pueden asimilarse los sistemas en los que la apelación constituye un «novum iudicium» a los sistemas en los que la apelación se aproxima más al de «revisio prioris instantiae», entre los que se encuentra nuestro sistema.

El Estado, que en el proceso penal ha actuado por medio del Ministerio Fiscal no puede apelar la sentencia si el acusado ha sido declarado no culpable. Lo prohíbe el principio de la doble incriminación de la V Enmienda de la Constitución Federal. Detrás de ello está la creencia de que no se puede permitir al Estado un juicio posterior para perseguir a un ciudadano que ya ha sido acusado y absuelto (por unos mismos hechos).

b) En segundo lugar, hubiera podido el legislador aplicar en sus propios términos la jurisprudencia del TEDH recaída en reiterados supuestos y plasmada en sentencias como las que se produjeron en los casos Ekbatani contra Suecia, o Constastinescu contra Rumania y otros más en cuyas sentencias se disponía que el tribunal de apelación no puede condenar donde antes se absolvió, basándose en pruebas personales, en supuestos de apreciación de pruebas que requieren intermediación, etc.; el problema principal que tenía el legislador consistía en que no en todos los procedimientos de apelación o casación, existían trámites tendentes a declaraciones de personas ante los superiores o supremos tribunales<sup>7</sup>.

---

6.- El principio de la prohibición de la doble incriminación se derivaba en gran parte de la alegaciones del *common law* de *autrefois acquit* (haber sido previamente absuelto) .... las prohibiciones de nueva acusación por el mismo delito después de una absolución (ver Jerold H. Israel, Yale Kamisar, Wyne R. LaFave, Nancy J. King, en «Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio», Edición 2011, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012). Como tiene expuesto Gómez-Colomer en «Introducción al Proceso Penal y Federal de Norteamérica», Tirant lo Blanch, Valencia, 2013», «estos logros no se consiguieron inicialmente, sino después de muchos avances y retrocesos, después de muchas luchas internas, hasta que alcanzó la presidencia del Tribunal Supremo Federal el insigne magistrado Earl Warren, en los años 60 del siglo pasado, con quien se inició el llamado garantismo judicial, porque bajo su mandato dicho tribunal amplió considerablemente el alcance de los principios y garantías penales contenidas en la «Bill of Rights» en el proceso penal», pág.92.

7.- Dicha doctrina constituye ya un *ius receptum* porque ha sido reiterado por numerosas sentencias del TEDH y del TC español. Véase Vázquez Sotelo, en prólogo al libro de Suau Morey, J. Inmediación y Apelación en el Proceso Penal, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 26. La Corte Europea ha acogido demandas contra muchos países a los que ha condenado por incumplir la exigencia del proceso penal equitativo; se recogen algunos casos como el de Ekbatani contra Suecia, STEDH 26, Mayo, 1988; caso Hellmers contra Suecia, STEDH 29, Octubre 1.991; caso Pitkänen contra Finlandia, STEDH 9, Marzo, 2004; caso Coll contra España, STEDH 10, Marzo, 2.009, entre otros muchos. Y el TC español también ha reiterado esta doctrina en múltiples sentencias: atecs. STC 170/2005, de 20 de junio; 90/2006 de 27 de marzo; 164/2007, de 2 de Julio, 21/2009, de 26 de enero; 1/2010, de 11 de enero; 2/2010, de 11 de enero, entre otras. Sobre esta cuestión ver Tapia Fernández, Isabel. «La implantación generalizada de la segunda instancia en el Proceso Penal. Presente y futuro», Ed. Cuadernos Civitas, Navarra, 2.011; y Alcácer Guirao, Rafael, «El Derecho a una segunda instancia con garantías», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.013. Sobre la segunda instancia penal, en general ver el completísimo estudio de Calderón Cuadrado, M<sup>a</sup> Pía, «La Segunda Instancia Penal», Thomson Aranzadi, Navarra, Navarra, 2.005. En derecho comparado, Ziccardi, P., «Doppio grado o doppia del giudazzo di merito? Una scelta politica», en *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Demorazia e diritto, suplemento al número 1 enero-marzo 1.992.

El Tribunal de Estrasburgo se planteó si puede un tribunal de apelación corregir la valoración de los resultados de las pruebas personales realizada por juez o tribunal de primer grado (absolviendo). Y la respuesta del TEDH ha sido la de permitir que esa nueva valoración de las pruebas personales pueda realizarse por el órgano «ad quem», con la posibilidad de llegar a resultados distintos, pero, como comenta Vázquez Sotelo, «siempre que el Tribunal de apelación oiga a su vez a los testigos y declarantes, convocándolos a una **vista** en la que repita el juicio de primer grado o cuando menos la parte del juicio afectada por la nueva valoración probatoria.» La famosa sentencia de nuestro Tribunal Constitucional nº 167/2002, de 18 de septiembre, es consecuencia del indicado planteamiento de la Corte de Estrasburgo.

c) El sistema adoptado por el legislador, consistente en la anulación de sentencias absolutorias (al que nos hemos referido al transcribir el tenor del artículo 792.2 de la LECrim en relación con el artículo 790.2, párrafo tercero de la misma Ley procesal), puede obviar algunas de las dificultades anteriormente expuestas. El sistema instaurado por la Ley 41/2015, puede considerarse como el más adecuado en sistemas de apelación que se adaptan al sistema de la «revisio prioris instantiae», pero el legislador no ha podido prever lo que ocurrirá cuando la sentencia absolutoria es recurrida también por el condenado o por varios condenados; decimos esto porque no es excepcional el supuesto en el que en el fallo de una misma sentencia se reúnan pronunciamientos absolutorios y condenatorios para los distintos enjuiciados en la misma causa; y por tanto, las reacciones de los distintos sentenciados pueden ser también distintas. También será necesario prever el recurso de otras partes como actores civiles, responsables civiles subsidiarios, directos, o acusadores populares.

La forma de resolver estas posibles concurrencias exige respuestas en las que no podemos entrar en este estudio, aunque tengamos claras las prioridades que deberían satisfacerse si se dieran tales concurrencias.

Por lo expuesto, consideramos que en cada supuesto habrá que replantearse la cuestión; no obstante, la parte que desee inicialmente recurrir una sentencia absolutoria, estimamos que tiene que valorar la conveniencia práctica de renunciar a tal recurso en vía penal y acudir a la vía civil, puesto que este procedimiento puede ser más rápido para obtener el resarcimiento pretendido.

Por otra parte, entendemos que el sistema **asimétrico** que se implanta en la reforma con reflejo en los artículos que se acaban de citar es en cierta forma comprensible debido a la incidencia de una normativa adecuada que hace prevalecer en el ámbito probatorio el derecho a la presunción de inocencia por una parte, y el derecho a la revisión de la condena y la pena, revisión que debe ser

de fondo y no únicamente basada en el interés en la unificación interpretativa con proyección al principio de igualdad en la interpretación de la ley.

Estos últimos anclajes, insertos en garantías que el condenado por una sentencia penal puede reivindicar contra ella, no los tiene el que pretende recurrir una sentencia absolutoria.<sup>8</sup>

Debe quedar claro pues, que el principio de la interpretación del Ordenamiento conforme a la Constitución, debe ser aplicado aquí de manera especialmente intensa. El criterio de la aplicación directa e inmediata de la Constitución fuerza aquí, como ya antes hemos expuesto, a una aplicación simultánea y jerarquizada de la CE y de las demás leyes, sin que la aplicación de éstas como enseñó García de Enterría «pueda ocultar o excluir la aplicación primordial de la regulación constitucional de los derechos fundamentales».<sup>9</sup>

Finalmente, hay que partir de lo dispuesto en el artículo 96 de la CE: «Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno».

Como sostuvo Garrido Falla «si alguno de estos Tratados ha sido incorporado al Derecho interno español, entonces está claro que su función no será la de suplir por vía interpretativa las dudas que la norma española ofrezca, sino que será invocable para su directa aplicación ante los Tribunales. Éste sería el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, ratificado por España y publicado en el BOE de 30 de Abril de 1977<sup>10</sup>.

---

8.- Con respecto a la facultad recursiva de la sentencia absolutoria, por supuesto que cada país en su respectiva legislación podrá configurar el recurso con la amplitud y causiística que estime oportuna. La distinta regulación establecida con respecto a las sentencias absolutorias tiene lugar también en los supuestos en los que el recurrente, pretende agravar una sentencia condenatoria (todo ello, sin perjuicio, repetimos, de que será necesario en cada supuesto concreto tener en cuenta los diversos recursos que pueden interponer las distintas partes.

9.- García Enterría, E. «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional». Civitas, Thomson, Navarra, 2.1006, pág. 84, explicitando el autor que «la tutela directa de los derechos fundamentales a través de la protección reforzada del amparo judicial y el amparo constitucional que prescriben los artículos 53.2 y 161.1.b) de la CE, ha de utilizar necesariamente como parámetro normativo de la vulneración de los derechos; el art.55.1.b) de la LOTC, es explícito: se reconocerá el derecho violado de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado», 4ª edición de la obra eludida.

10.- Garrido Falla, F. en Comentarios a la Constitución, 2ª edición, Civitas, S.A.; Madrid, 1.985, pág.191. Hace referencia también el autor a la Constitución alemana de 1949, art.25 «Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho Federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de Derecho y Obligaciones para los habitantes del territorio federal». Refiriéndose a la Constitución francesa, el Preámbulo transcribe lo siguiente: «La República francesa fiel a sus tradiciones, se ajustará a las reglas de derecho internacional público».



## **VIII.- MESA DEBATE ACERCA DEL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL**

Se celebró el día 24 de abril de 2017 y se desarrollaron dos ponencias. La primera estuvo a cargo de D. Federico Garau Sobrino, catedrático de Derecho Internacional Privado de la UIB, y trató el tema de la competencia judicial y, más brevemente, el reconocimiento y ejecución de resoluciones. La competencia está regulada de una forma sumamente compleja y poco afortunada. Hay excesivos criterios y su interpretación resulta poco inteligible. El ponente fue explicando uno por uno los diferentes puntos de conexión y la relación entre ellos. También se refirió a los foros previstos en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial, cuya redacción es todavía más desafortunada que la del Reglamento, y que tras la entrada en vigor del Reglamento apenas puede tener aplicación. En cuanto al reconocimiento y ejecución de resoluciones, se ha dado un paso atrás respecto del Reglamento europeo que regula con carácter general esas materias (Reglamento 1215/2012, aplicable a partir de enero de 2015), ya que para obtener la ejecutividad en materia de régimen económico matrimonial hay que tramitar un procedimiento, en el que cabe oposición y en el que hay previstas sucesivas instancias. Y la segunda ponencia estuvo a cargo del notario de Palma y Académico D. Carlos Jiménez Gallego, y versó sobre cuestiones de ley aplicable. El Reglamento permite que los cónyuges o futuros cónyuges elijan la ley que regule los efectos patrimoniales de su matrimonio, si bien la elección tiene que quedar limitada al Estado de la residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de ellos al tiempo del otorgamiento. El ponente comentó los requisitos formales y de validez material del acuerdo de elección y su relación con los capítulos matrimoniales. En defecto de elección, se aplican los criterios legales, que van a suponer un gran cambio respecto del Derecho actualmente vigente en España, ya que se antepone la residencia habitual común (al tiempo de celebrarse el matrimonio) a la nacionalidad y desaparece el criterio del lugar de celebración.

# **REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/1103 DE 24 DE JUNIO DE 2016 SOBRE REGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES: LEY APLICABLE**

**Carlos Jiménez Gallego**

## **Presentación del Reglamento**

El Reglamento 2016/1103 se sitúa en el contexto del Reglamento 2201/2003 (sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental), el Reglamento 1259/2010 (sobre ley aplicable a la separación y divorcio) y el Reglamento 650/2012 (sucesorio).

El fracaso de una propuesta de Reglamento (de 16 de marzo de 2011) que pretendía dar normas sobre toda la materia del actual Reglamento llevó a una iniciativa de varios Estados miembros para promulgar un Reglamento aplicable sólo a los Estados que lo quisieran suscribir o adherirse en el futuro. Estos son los antecedentes del Reglamento 2016/1103.

Los Estados parte son dieciocho del total de veintisiete que hoy integran la Unión Europea. Se trata de Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

Está abierto a los demás Estados miembros que se quisieran adherir en el futuro. No ha habido ninguna adhesión hasta la fecha.

Consta de 70 artículos, divididos en seis capítulos, y regula la competencia, ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos.

El Reglamento prevé una futura normativa de ejecución (un Reglamento europeo de ejecución) que contenga los modelos de certificados relativos a los distintos tipos de resoluciones previstas en el texto articulado.

El Reglamento es obligatorio en todas sus normas y directamente aplicable, según ordena el último párrafo del artículo 70.

### *Ambito de aplicación temporal y espacial.*

El Reglamento 2016/1103 entró en vigor, según dispone su artículo 70, el 29 de julio de 2016, y es aplicable a partir del 29 de enero de 2019, salvo determinados artículos relativos a comunicaciones a la Comisión y publicidad a realizar por ésta.

El artículo 70 in fine dispone que para los países que se adhieran, el Reglamento se aplicará a partir de la fecha indicada en la decisión correspondiente. Se refiere a la decisión del órgano competente de la Unión Europea adoptada de conformidad al artículo 331.1 apartado 1 párrafos 2º o 3º del Tratado de funcionamiento de la Unión.

Las cuestiones de Derecho transitorio se regulan por el artículo 69. El Reglamento se aplica a las acciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales ejercitados o formalizados a partir del 29 de enero de 2019 (o sea, el 29 de enero inclusive).

Las resoluciones posteriores a la fecha de aplicación del Reglamento, pero dictadas como consecuencia de acciones ejercitadas antes de esa fecha pero, después de la entrada en vigor, serán reconocidas y ejecutadas conforme al Reglamento 2016/1103 si las normas de competencia aplicadas se ajustan a éste. Esta es la única retroactividad del Reglamento. Hay que entender que en, en el caso de procedimientos judiciales ya iniciados a fecha 29 de enero de 2019, la tramitación no se ajustará al Reglamento ni en lo que se refiere a recursos.

En cuanto a la ley aplicable (normas del capítulo III) el artículo 69.3 del Reglamento establece que “Las disposiciones del capítulo III sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019.”

En aplicación de esta norma:

Los matrimonios existentes a 29 de enero de 2019 que no hayan pactado sobre su régimen económico matrimonial, y a los que por tanto se les aplica un régimen legal, continúan rigiéndose por las mismas normas que antes. El Reglamento no les afecta.

Los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019 pueden otorgar pactos sobre su régimen económico matrimonial tanto antes como después del 29 de enero de 2019. Si lo hacen antes, lo harán conforme al Derecho que

determine el sistema de Derecho de internacional que resulte aplicable. No lo podrán hacer conforme al Reglamento salvo en cuanto lo permita el Derecho aplicable en el momento de celebración del pacto.

Si lo hacen a partir del 29 de enero de 2019 sólo lo podrán hacer conforme al Reglamento.

Los matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019 quedan sujetos exclusivamente al nuevo Reglamento.

En cuanto al ámbito de aplicación espacial, el Reglamento sólo rige en los 18 Estados miembros que lo han suscrito. O sea, no rige en el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia ni Rumanía.

### ***Ambito de aplicación objetivo o material.***

El artículo 1 del Reglamento dice de forma lacónica: “El presente Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales”.

Para precisar el significado de esta expresión hay que tener en cuenta las materias excluidas y las definiciones que se dan en el artículo 3.

Hay diversas materias excluidas. De ellas, interesa especialmente resaltar: la capacidad jurídica de los cónyuges, la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio, las obligaciones de alimentos, y la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges.

La expresión “capacidad jurídica” ha sido precisada por el Considerando 20, que afirma que deben excluirse “las cuestiones relativas a la capacidad jurídica general de los cónyuges; no obstante, esta exclusión no debe abarcar las facultades y derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros”.

Parece que se excluye tanto lo que llamamos “capacidad jurídica” como “capacidad de obrar”, salvo la capacidad de obrar referida al patrimonio.

La existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio.

Sobre esta materia no hay normativa europea. Se aplicarán las normas del respectivo Derecho interno.

En cuanto a las obligaciones alimenticias, nos remitimos al capítulo correspondiente a la separación y divorcio. En especial, habrá que estar al Reglamento europeo que regula esta cuestión especialmente, que es el Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008. En materia de efectos del matrimonio no se produce, de todas formas, una delimitación tan difícil como en materia de nulidad, separación o divorcio.

Los derechos que por causa de muerte hayan de corresponder al cónyuge viudo es algo que queda sujeto a la ley sucesoria.

En consecuencia, se mantiene la unidad de la ley sucesoria en esta materia que ya dispuso el Reglamento sucesorio europeo (Reglamento 650/2012). Esto contrasta con la norma del sistema de Derecho internacional privado español que recoge desde la ley de 17 de octubre de 1990 el artículo 9.8 CC: los derechos que por ministerio de la ley correspondan al cónyuge viudo quedan sujetos a la ley que regula los efectos del matrimonio (a salvo las legítimas de los descendientes). Esta norma sólo se aplicará para resolver los conflictos de Derecho interregional, pues el Reglamento Sucesorio europeo impide la aplicación del artículo 9.8 CC en las cuestiones de Derecho internacional privado.

Esta opción de política legislativa puede resultar criticable, pero es la regla con la que vamos a tener que operar en adelante (y estamos operando desde el 17 de agosto de 2015).

Los derechos de pensión de jubilación o invalidez quedan parcialmente sujetos al nuevo Reglamento. Se excluye el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges en caso de nulidad, separación o divorcio, de los derechos devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el matrimonio. Esta materia se regirá por el Derecho de cada estado. Pero el Reglamento, según interpreta el Considerando 23, “debe regular en particular la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que se concederá en caso de pensiones suscritas con fondos comunes”.

El Reglamento 2016/1103 sustituye, para los Estados miembros, a los Convenios existentes en el momento de entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan (artículo 62) pero no afecta a la aplicación de los Convenios bilaterales o multilaterales de los que sean parte los Estados miembros, que se seguirán aplicando en las relaciones con Estados no miembros.

### *Algunas definiciones importantes.*

El Reglamento contiene diversas definiciones en el artículo 3. Nos referimos a continuación a las tres que afectan a la materia de este comentario.

“Régimen económico matrimonial”: es el “conjunto de normas relativas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”.

Como se ve, esta definición es muy amplia, pues cabe no sólo lo que son propiamente regímenes económicos matrimoniales sino también lo que en el Derecho español se ha venido en llamar “régimen económico matrimonial primario” y también caben los efectos patrimoniales de la nulidad, separación o divorcio, que quedaron excluidos de la aplicación del Reglamento 1259/2010, que regula la ley aplicable a la separación y divorcio. O sea, todos los efectos patrimoniales del matrimonio o de su disolución. Queda excluido todo lo que puedan calificarse como efectos personales. Volveremos sobre esta materia al comentar el artículo 27 del Reglamento, relativo al ámbito de la ley aplicable (art. 27 del Reglamento).

En todo caso, el Considerando 18 es muy explícito. Según éste, el Reglamento “debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económico matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges”. Y añade que “el término “régimen económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no sólo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución.”

“Capitulaciones matrimoniales”: es el “acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial”.

“Documento público”. Se da una definición que es sustancialmente la misma que en otros Reglamentos europeos, como el Reglamento 1215/2012 o el Reglamento sucesorio. La autenticidad se tiene que referir a la firma y al contenido del documento y tiene que haber sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin.

“Resolución”. Es “cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba”.

“Órgano jurisdiccional”. Se entiende por tal “toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencia en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial, b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia.”

El Considerando 29 da una explicación acerca de esta norma. Dice que “el término *órgano jurisdiccional* debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no sólo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen funciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional. Todos los órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el presente Reglamento, deben regirse por las normas de competencia establecidas en el mismo. Por el contrario, el término “*órgano jurisdiccional*” no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales.”

El Reglamento utiliza la misma expresión que el Reglamento sucesorio, en un sentido muy amplio, no limitado a lo que en Derecho interno español denominaríamos “órgano jurisdiccional”. Téngase en cuenta la distinción que hace el Considerando que se acaba de transcribir entre órgano o función “judicial” y órgano o función “jurisdiccional”.

Los Considerandos siguientes (30 y 31) se han cuidado de precisar la competencia de los notarios. En el primero de éstos se dice con claridad que la “sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de

competencia establecidas en el presente Reglamento deben depender de si están o no incluidos en la definición de *órgano jurisdiccional* a los efectos del presente Reglamento.” El segundo contempla los documentos autorizados por los notarios, y dice: “Cuando los notarios ejerzan funciones jurisdiccionales, deben estar obligados por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento sobre el reconocimiento, fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones. Cuando los notarios no ejerzan funciones jurisdiccionales, no deben estar obligados por dichas normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento relativas a documentos públicos.”

Es la misma solución a la que habíamos llegado en materia de sucesiones mortis causa.

Dado que el Ordenamiento jurídico español ha atribuido a los notarios algunas competencias en materia de regímenes económico matrimoniales, en concreto, la ley 15/2015, hay que entender que los notarios estamos incluidos en esta definición, pero sólo en cuanto a las materias que puedan calificarse de “función jurisdiccional” en el sentido del Reglamento europeo. Estas materias entran en lo que en el Derecho español denominamos “jurisdicción voluntaria”. En nuestra opinión, se trata sólo de las actas reguladas por el artículo 53 LN y los acuerdos patrimoniales de las escrituras de separación y divorcio reguladas por los artículos 54 y 55 LN, todo ello en la redacción dada por la ley 15/2015.

Ejemplos:

Si se trata de tramitar el expediente para fijar el régimen económico matrimonial existente entre los cónyuges, estaremos en presencia de una actuación jurisdiccional. Habrá que respetar las normas de competencia territorial y el documento que contenga la decisión del expediente circulará como “resolución”, según los artículos 36 y siguientes del Reglamento, y no como documento público (según los artículos 58 y siguientes).

Si se trata de pactar un régimen económico matrimonial, el notario no actúa como órgano jurisdiccional y no se aplican las normas de competencia. Los cónyuges o futuros cónyuges pueden acudir al notario de su elección de cualquier país, sea o no Estado miembro, y el documento autorizado por un notario de un Estado miembro circulará como documento público, según el artículo 58 del Reglamento.



Téngase en cuenta que si el pacto sobre el régimen económico matrimonial tuviera que tramitarse como un expediente, de forma que quedara sujeto a una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional (en el sentido del Reglamento) estaríamos en un caso igual al contemplado en el párrafo anterior.

La diferencia hay que situarla en la naturaleza del acto: si es un convenio entre las partes o si en la fijación de ese convenio, ya sea en la fase de formación o en el momento del otorgamiento, ha de haber alguna intervención pública (de un órgano jurisdiccional).

Si se trata de liquidar de mutuo acuerdo el régimen económico matrimonial, hay que estar a las mismas reglas que si se tratara de fijar el régimen económico matrimonial.

Este supuesto ha sido expresamente tenido en cuenta por uno de los Considerandos (el 39) que dice: “El presente Reglamento no debe obstar a que las partes resuelvan amistosamente y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico matrimonial, por ejemplo, ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro.”

El artículo 3.2 in fine (que reenvía al artículo 64, aunque parece que debiera haber reenviado también al artículo 65) dispone que los Estados miembros comunicarán a la Comisión la relación de estas autoridades y profesionales. La Comisión elaborará una lista, mantendrá actualizada esta información, y la hará pública mediante su publicación en el D.O.U.E. y por cualquier otro medio adecuado. Uno de estos medios será el sitio de internet e-justice.europa.eu. Parece que la fecha límite para el envío de información por los Estados es el 29 de abril de 2018 y la fecha límite para la elaboración de la lista por la Comisión es el 29 de julio de 2018 (artículos 64 y 70.2).

El artículo 65 permite a cada país modificar en cualquier momento las autoridades y profesionales que haya comunicado. La Comisión modificará en consecuencia el listado y dará publicidad a la modificación.

### ***Modificaciones del Reglamento.***

No se regula un procedimiento para la revisión del propio Reglamento, pero el artículo 68 dispone que a más tardar el 29 de enero de 2027 la Comisión presentará al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y social

un informe, basado en la información remitida por los Estados miembros, relativo a la aplicación del Reglamento, con eventuales propuestas de revisión.

### ***Ley aplicable.***

El nuevo Reglamento contiene una serie de normas que regulan los conflictos de leyes en materia de régimen económico matrimonial, entendido éste en el sentido amplio del propio Reglamento, y que van a sustituir a las reglas de Derecho internacional privado de los Estados miembros participantes.

El Considerando 43 justifica la regulación de la ley aplicable con las siguientes palabras: “para que los ciudadanos puedan disfrutar con plena seguridad jurídica de las ventajas que ofrece el mercado interior el Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Tiene que ofrecerse una ley previsible.”

También añade que esa ley previsible tiene que tener estrecha conexión con el régimen económico matrimonial. No obstante, esto último puede que a veces no se consiga, como ahora veremos.

Sobre esta base, el Reglamento ha diseñado un sistema que se caracteriza por tres notas: universalidad, unidad de ley aplicable, e inmutabilidad salvo voluntad manifestada de los cónyuges.

El Reglamento es de aplicación universal, o sea, se aplica aunque sus normas remitan a las de un Estado no miembro. Esto resulta del artículo 20: “La ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. El Considerando 14 también dice que la ley elegida por los cónyuges o la ley aplicable en defecto de elección “debe ser aplicable aunque no sea la de un Estado miembro participante.”

Por “Estado no miembro” hay que entender también los Estados de la Unión Europea que no han suscrito el Reglamento.

Por ejemplo, si el Derecho aplicable resulta ser la ley peruana, por ser el lugar de la primera residencia habitual común de los cónyuges, así debe decidirse y aplicarse por quien corresponda.

La ley aplicable es única y tiene efectos en todos los Estados miembros, con independencia de la nacionalidad o residencia de los cónyuges y del lugar de si-

tuación de los bienes. Dado que el artículo 21 dice que la ley aplicable “se aplicará a todos los bienes” resulta irrelevante la naturaleza mueble o inmueble.

El Considerando 43 justifica la unidad de ley “por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial”.

Si un matrimonio sujeto al régimen económico matrimonial legal holandés de comunidad universal compra un inmueble en Mallorca, las normas sobre régimen económico matrimonial aplicables a este inmueble serán las del Derecho holandés.

Esta regla de unidad de ley no tiene excepciones, salvo los casos de aplicación de las leyes de policía del Estado del foro (art. 30) y del principio del orden público (art. 31).

La ley que resulte aplicable no cambia si no hay una manifestación expresa de la voluntad de los cónyuges, tanto si ha habido elección de ley como si no la ha habido. El Considerando 46 lo justifica “para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges.”

Así, si dos cónyuges italianos sujetos al régimen económico matrimonial legal italiano de sociedad de gananciales vienen a residir a España e incluso adquieren con el tiempo la nacionalidad española, el régimen económico seguirá siendo el del Derecho italiano; salvo que voluntariamente lo cambien.

Estas tres notas se dan también en el sistema español de Derecho internacional privado hoy todavía vigente (arts. 9.2 y 9.3 del Código civil), aunque la regla de la inmutabilidad no es exactamente la misma, pues el Derecho español admite el cambio de régimen económico matrimonial pero no permite que por voluntad de las partes se cambie la ley reguladora de los efectos del matrimonio (aunque alguna opinión minoritaria defiende lo contrario). Es decir, la ley española es mucho más rígida que el nuevo Reglamento.

En todo caso, para que el Reglamento europeo resulte de aplicación tiene que tratarse de un supuesto internacional, no de Derecho interno, aunque se trate de Estados con distintos Ordenamientos jurídico-privados, como es el caso de España. Expresamente dispone el artículo 35 que los Estados miembros “no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente.”

En nuestra opinión, la apreciación de la “internacionalidad” no parece presentar muchos problemas prácticos. En todo caso, se plantea de distinta manera que en el Derecho sucesorio.

Se dará en todos los casos en que los cónyuges tengan distintas nacionalidades o residencia habitual en distintos Estados. El lugar de situación de los bienes nos parece en cambio, irrelevante. El Reglamento no se fija en esto para decidir la aplicación de una u otra ley, ni aun en los supuestos de excepcionalidad (art. 26.3).

La ley aplicable es, en primer lugar, la elegida por las partes. En defecto de elección, el Reglamento designa diversas leyes con criterios jerarquizados.

Comenzamos refiriéndonos a la elección.

### ***Elección de ley:***

En primer lugar, se aplica la ley elegida por los cónyuges o futuros cónyuges (artículos 22 y 26).

Sin embargo, no pueden elegir cualquier ley, sino que tienen que limitarse a una de las previstas por el artículo 22.1: la ley del Estado en que “los cónyuges futuros, o uno de ellos tengan su residencia habitual en el momento de celebración del acuerdo” o la ley del Estado de “la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo”.

Se da a entender por el Considerando 45 que estas son las leyes con las que el matrimonio de que se trate tiene una estrecha conexión.

Cualquiera de estas leyes es válida. La enumeración no establece ninguna jerarquía.

Ejemplos:

Un español residente en España y una francesa residente en España que van a contraer matrimonio pueden elegir la ley española o la ley francesa.

Un español residente en Italia y una francesa residente en Croacia que van a contraer matrimonio pueden elegir la ley española, la ley italiana, la ley francesa o la ley croata. Incluso en el caso de que tras la celebración del matrimonio vayan a residir en un país distinto de esos cuatro, por ejemplo,

Alemania. Pero no podrán elegir, de momento, la ley alemana, sin perjuicio de que sí podrán hacerlo cuando pasen a residir en Alemania, pues la ley aplicable puede cambiarse en cualquier tiempo, según permite el artículo 22.1 del Reglamento.

Un matrimonio formado por dos españoles residentes en Alemania puede elegir la ley alemana o la ley española.

Con otros ejemplos se puede ver que entre matrimonio y ley rectora elegida puede haber muy poca vinculación:

Dos futuros cónyuges de nacionalidad española que tienen residencia habitual en Portugal, pueden elegir la ley portuguesa antes de contraer matrimonio aun en el caso de que piensen establecer su residencia en España tras la celebración del matrimonio. Otro tema es recomendar o no que elijan una ley que no va a coincidir con el Estado de su residencia futura.

Dos futuros cónyuges de nacionalidad portuguesa tienen residencia habitual en España pero tras la celebración del matrimonio van a establecer su residencia habitual en Bruselas. Pueden elegir la ley española. Pero no pueden elegir la ley belga. No obstante, podrán elegir ésta una vez que tengan en Bélgica su residencia habitual.

El Reglamento no permite la elección de otras leyes (por ejemplo la ley del Estado de una nacionalidad futura), ni tampoco ha dado libertad de elegir, sin limitación, cualquier ley siquiera fuera con la cautela de que tuviera que tener algún vínculo más o menos razonable con el matrimonio.

La determinación de la nacionalidad es cuestión no regulada por el Reglamento. Ello tiene que regirse por el sistema de Derecho internacional privado del país cuyos jueces o autoridades estén conociendo del asunto. En el caso español, la determinación de la nacionalidad española de un sujeto tiene que ajustarse a las normas de los artículos 17 y siguientes del Código Civil.

La nacionalidad tiene que probarse, y el momento de la prueba tiene que ser el momento del otorgamiento. La prueba de haber adquirido una determinada nacionalidad resultará en general fácil, pues basta exhibir el documento acreditativo. Por ejemplo, una certificación expedida por el Registro Civil; la existencia de un pasaporte o carta de identidad también lo prueba.

Para la determinación de la vigencia de la nacionalidad no hay que estar a la *lex fori*, sino a la ley de esa nacionalidad. Esta es una materia en la que el Reglamento no ha querido entrar.

El Reglamento se ha fijado en un momento temporal determinado: el de celebración del convenio. El cambio de residencia habitual o de nacionalidad de uno o de los dos cónyuges no afecta a la validez del convenio, que continúa subsistente mientras no se modifique por un nuevo acuerdo.

El acuerdo de los cónyuges es posible en todo momento: antes de la celebración del matrimonio o durante éste. Y todo convenio puede modificarse o dejarse sin efecto en cualquier momento, antes o después de la celebración del matrimonio. El párrafo primero del artículo 22 dice “podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial”.

Cabe dar carácter retroactivo al convenio, pero “salvo acuerdo en contrario de los cónyuges” todo cambio de ley aplicable sólo surte efectos en el futuro (art. 22.2). Y “ningún cambio retroactivo de la ley aplicable afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley”.

En caso de elección de la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges, no se tiene en cuenta la residencia habitual de ninguno de ellos, ni los cambios posteriores de nacionalidad.

En caso de sujetos con doble o múltiple nacionalidad, se podrá elegir cualquiera de estas nacionalidades, aunque no sea la que efectivamente se usa en el momento de suscribir el convenio, pues la norma no pone ninguna limitación. Y tal es el criterio a la hora de interpretar los supuestos de doble o múltiple nacionalidad en otros Reglamentos europeos, sin que encontremos nada en el Reglamento 2016/1103 que obligue a cambiar o matizar este criterio.

Es indiferente que se trate de la nacionalidad de un Estado miembro o de un Estado tercero. No hay falta de certeza por esta múltiple posibilidad, ya que la elección tiene que referirse siempre a una ley concreta. El Reglamento podría haber limitado la elección a la nacionalidad que efectivamente se estuviera utilizando, pero no lo ha hecho. Quizá ello conduciría a una prueba difícil y se ha querido evitar. Probablemente haya pesado más el deseo de facilitar la planificación a los contrayentes. No podemos negar que la norma permite la elección de una ley que quizá tenga muy pocos vínculos con el matrimonio. Contrasta esta facilidad de elección con la imposibilidad de elegir otras que pudieran tener más vinculación con el causante.

El reenvío no será aplicable en ningún, pues el artículo 32 lo prohíbe y no establece ninguna excepción. En el caso de elección de ley, el rechazo del reenvío es fácilmente justificable, pues si se admitiera, se aplicaría una Ley distinta a la que los otorgantes han tenido en cuenta y se podría desbaratar la organización económica de su matrimonio a la que precisamente pretenden dar certeza.

La elección de ley anterior al Reglamento no queda convalidada por éste (si no los permitía el Derecho aplicable en el momento de la elección), a diferencia de lo que dispuso el Reglamento sucesorio (650/2012) en su artículo 83: la elección de ley sucesoria es válida si se ajusta al Reglamento, aunque todavía no hubiera estado vigente, “o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que realizó la elección, en el Estado en que el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea.”

El Derecho español anterior al Reglamento sólo permite la elección de ley de forma muy limitada en el artículo 9.2 CC, antes del matrimonio. Fuera de este caso, el sistema español de Derecho internacional privado no va a reconocer ninguna elección de ley realizada antes del 29 de enero de 2019.

La posibilidad de cambio de ley aplicable, claramente permitida por el Reglamento, contrasta con el vigente Derecho español (art. 9.2 CC), aunque esto sólo es así desde la ley de 15 de octubre de 1990. Con anterioridad, se aplicaba, en defecto o insuficiencia de capitulaciones, la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, la ley del marido al tiempo de la celebración.

### ***La elección de la ley de un Estado plurilegislativo.***

Cabe plantear la cuestión de hasta dónde llega la facultad de elección en el caso de que el Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad de uno o de ambos otorgantes tenga distintos Ordenamientos civiles, como es el caso de España. ¿Tienen que limitarse a disponer que eligen la ley española como ley rectora de su régimen económico matrimonial o pueden o deben señalar uno de los diversos Ordenamientos civiles españoles?

Esta cuestión no está resuelta por el Reglamento. Es lo mismo que ocurrió con el Reglamento sucesorio. El Reglamento europeo permite la aplicación del Derecho internacional privado de cada Estado.

Nuestro compañero Eduardo Hijas (Rev. El notario del siglo XXI n° 69, página 24) ha defendido una opinión afirmativa: “Dado que nuestro Código Civil sí permite –a diferencia de lo que ocurre en las sucesiones– en su artículo 9.2 la elección antes de la de la celebración de ley aplicable a los efectos del matrimonio, parece claro que se podrá elegir la ley de una Comunidad Autónoma”. Ello es así porque interpreta el art. 9.2 CC en el sentido de que sí permite una elección posterior a la celebración del matrimonio, aunque sólo sea en defecto de ley personal común. No estamos de acuerdo con esta interpretación. Decir que la regulación de 1990 no pudo restringir la autonomía de la voluntad en materia conflictual sino que la tuvo que ampliar es decir muy poco. Frente a ello se alza la norma del artículo 9.2 CC. Decir que hay que interpretar las normas españolas con las disposiciones de la UE es hablar para el futuro.

Nuestra compañera Zamora Ipas (en “Jurisdicción voluntaria notarial, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, página 341) ha escrito que podría defenderse que el artículo 9.2 CC no excluye la posibilidad de modificación de la ley reguladora de los efectos del matrimonio, sino que únicamente no la regula. Repetimos que nos parece una interpretación muy forzada de la norma.

En nuestra opinión, la elección de los cónyuges o futuros cónyuges no puede resultar contraria al sistema de Derecho internacional privado español. Los cónyuges pueden referirse a una ley de un Ordenamiento civil español concreto, pero si tienen nacionalidad española no pueden evitar que se apliquen las normas de Derecho internacional privado español. Otra cosa es si el Reglamento europeo obliga a entender modificado, para los casos de elección de ley por matrimonios internacionales, el artículo 9.2 CC. Es difícil defender esto.

En consecuencia:

Si ambos cónyuges tienen nacionalidad española y vecindad civil aragonesa, pero son residentes en Alemania, y quieren convenir la aplicación de la ley española, sólo podrán elegir la ley aragonesa.

Si, en ese mismo supuesto, tienen distinta vecindad civil (aragonesa y catalana) podrán elegir la ley aragonesa o la catalana, siempre que se trate de una elección anterior a la celebración del matrimonio. Si ya están casados, sólo podrán elegir la ley española que resulte aplicable según el vigente artículo 9.2 CC: la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio.



Si ninguno de los cónyuges o futuros cónyuges tiene nacionalidad española, pueden elegir la ley del lugar de la residencia habitual. Mantenemos esto en consonancia con lo que diremos más adelante.

Si sólo uno de los cónyuges tiene la nacionalidad española, y quieren elegir la ley de la nacionalidad del cónyuge español, sólo podrán elegir la ley de su vecindad civil. Pero entendemos que, dado que el supuesto es internacional, no hay que sujetarse al artículo 9.2 CC y también pueden elegir la ley del lugar de la residencia habitual.

Como se ve, si no se modifica el sistema español de Derecho internacional privado, se producirán diferencias de trato poco justificadas entre españoles y extranjeros, en perjuicio de los propios españoles.

### ***El acuerdo de elección de ley:***

El acuerdo de elección se regula brevemente en los artículos 23 y 24. El primero se refiere a la validez formal y el segundo, a la material.

#### A la validez formal se refiere el artículo 23.

Se exige que el convenio conste por escrito y fechado y firmado por ambos cónyuges. Puede hacerse por medios electrónicos si queda un registro duradero del acuerdo. Entendemos que en este último caso no hay propiamente “firma”, aunque la ley realice una equiparación.

No se exige que este acuerdo conste en lo que se denomina “capitulaciones matrimoniales”. Tampoco se prohíbe, de todas formas. Por ello, hay que concluir que la elección de ley puede formalizarse o no en capitulaciones matrimoniales.

No obstante, el Reglamento ha impuesto, para el caso de que no se contenga en capitulaciones, unos requisitos formales adicionales.

Se exige que siempre deberá llenarse la forma que exija “para las capitulaciones matrimoniales” la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio. Si los cónyuges tienen residencia habitual en distintos Estados miembros y las leyes de cada uno establecen requisitos formales diferentes “para las capitulaciones matrimoniales”, deberá llenarse la forma de una cualquiera de las dos legislaciones. Si sólo uno de los cónyuges reside en

un Estado miembro, la forma exigida por la legislación de éste “para las capitulaciones matrimoniales” tiene que aplicarse.

Por ejemplo, si la residencia habitual de los cónyuges es en España, el acuerdo debe formalizarse en escritura pública.

Así, si dos cónyuges nigerianos tienen su residencia habitual en España, pueden suscribir el convenio en España, pero habrán de observar la forma dispuesta por el Derecho español para las capitulaciones, aunque el Derecho de Nigeria no exija ninguna forma especial (extremo éste que desconocemos).

Obsérvese que la ley cuyos requisitos formales deben cumplirse no es la ley que rige la validez material del convenio ni tampoco la Ley elegida, sino la ley del Estado en que ambos cónyuges, o, en su caso, uno sólo, tenga/n su residencia habitual en ese momento. Y el Reglamento sólo exige esto en los casos en que la residencia habitual se tenga, por ambos, o, en su caso, por uno sólo de los cónyuges, en un Estado miembro. De esta forma, cualquier forma exigida en tal supuesto por un Estado no miembro no se tiene en cuenta, aunque fuera el Estado no miembro de residencia habitual de ambos cónyuges al tiempo de celebración del convenio.

Por lo dicho, la validez formal del acuerdo de elección no tiene que cumplir exactamente los mismos requisitos que cualquier convenio de capitulaciones. Probablemente en la mayoría de casos, los requisitos exigibles serán los mismos, pero no siempre tiene por qué ser así.

Para el pacto de capitulaciones, el artículo 25 ordena aplicar los mismos requisitos formales que el artículo 23 exige para el acuerdo de elección de ley aplicable, pero añade uno más: “Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación.”

Entonces surge la pregunta:

Si lo otorgado no se limita a la elección de ley aplicable, sino a otras materias propias de capitulaciones matrimoniales, como por ejemplo, la elección de un determinado régimen económico matrimonial, también hay que llenar los requisitos formales que la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone al convenio de capitulaciones. Pero ¿y si éstos últimos no se llenan? ¿Será nulo el contrato de capitulaciones y válido el pacto de elección de ley contenido en ella? O dicho de otra forma: si se otorgan capitulaciones y en ellas se elige ley aplicable, ¿qué ocurre si las capitula-

ciones no cumplen todos los requisitos formales que exige el artículo 25 y son incluso nulas?

Entendemos que la nulidad del pacto de capitulaciones no arrastra la del pacto de elección de ley, siempre que se hayan cumplido todos los requisitos formales que exige el Reglamento, que son sólo los del artículo 23 y no los del artículo 25.

Así, por ejemplo: si ley aplicable al régimen económico matrimonial elegido exigiera la forma de escritura pública, pero la ley del Estado miembro de residencia habitual común de los cónyuges sólo exigiera una forma escrita a las capitulaciones, el acuerdo de elección será válido en cuanto a su forma.

Basta cumplir los requisitos formales de una de las Leyes señaladas por el artículo 23 del Reglamento. Es irrelevante que las otras leyes que este artículo contempla exijan más requisitos que no hayan quedado cumplidos. El acuerdo será igualmente válido desde el punto de vista de la forma.

¿Es posible que el acuerdo de elección sea el único contenido de unas “capitulaciones matrimoniales”?

Entendemos que ésta tampoco es una cuestión de Derecho interno. Según el artículo 1325 CC, sí sería posible. Pero no hay que fijarse en el CC sino sólo en el Reglamento europeo. Y no vemos por qué no va a poder ser el único contenido de una escritura que se titule “capitulaciones matrimoniales”. Nada del Reglamento lo prohíbe.

De todas formas, no parece muy recomendable titular así la escritura, pues se da la impresión de que el documento también tiene que quedar sujeto, para su validez, a los requisitos formales que exija la ley aplicable al régimen económico matrimonial (que por cierto no se elige directamente).

Finalmente, diremos que resulta llamativo que la norma no tiene en cuenta la nacionalidad de los otorgantes, ni aunque sea común a ambos. Quizá sea porque el criterio “nacionalidad” tiene poco peso en los Reglamentos comunitarios, que priman el criterio de la residencia habitual.

En todo caso, de lo que llevamos dicho se desprende que la elección de ley no puede entenderse realizada de forma tácita.

A la validez material se refiere el artículo 24.

La existencia y validez del convenio o de sus disposiciones se rigen “por la ley que sería aplicable en virtud del artículo 22 si el convenio o la disposición fueran válidos.”

Ejemplo: dos cónyuges alemanes pueden pactar que los efectos patrimoniales de su matrimonio se regirán por el Derecho francés si ambos cónyuges tienen residencia habitual en Francia al tiempo de pactarlo.

Otro ejemplo: dos cónyuges irlandeses, por poner el caso de un Estado que no ha suscrito el Reglamento, con residencia habitual en España, pueden pactar que los efectos de su matrimonio se rijan por el Derecho español si ambos tienen su residencia habitual en España al tiempo de pactarlo. Este pacto es válido a efectos del Derecho español, aunque pudiera no ser válido conforme al Derecho irlandés.

El convenio de elección se regirá, en cuanto al fondo, por el Derecho francés en el primer caso y por el Derecho español en el segundo caso.

Debe quedar claro que esta norma se refiere al propio acuerdo de elección no al régimen económico matrimonial que resulte de aplicación en virtud de la ley elegida.

Hay una excepción en cuanto al consentimiento: el cónyuge que sostenga que no dio el consentimiento puede acogerse a la ley del país de su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda (“sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional” dice el artículo 24.2), si se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley que rige el convenio.

Entendemos que la ley a la que remite este párrafo regulará sólo el consentimiento del cónyuge que alega que no prestó tal consentimiento. Nada más. Y nada menos. Por ello, regulará cualquier cuestión relativa al consentimiento, siempre que sea a los únicos efectos de una eventual invalidación.

La elección de ley es válida aunque la ley elegida no admita el acto de elección. Una cosa es el acto de elección de ley y otra cosa es el contenido del acto de elección.

Una cuestión distinta de la validez material del pacto de elección de ley es la validez material de las capitulaciones matrimoniales, que se rige por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, según dispone expresamente el apartado g) del artículo 27 del Reglamento.

No parece posible elegir una ley rectora de la validez material de las capitulaciones matrimoniales. Sólo cabe elegir ley rectora de los efectos del matrimonio (del “régimen económico matrimonial” si utilizamos la terminología del Reglamento).

### ***Ley aplicable en defecto de elección.***

A esta materia se refiere el importante artículo 26.

En defecto de acuerdo de elección de ley, se aplica la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio; en su defecto, la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio; y en defecto de todas ellas, la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de celebración del matrimonio “teniendo en cuenta todas las circunstancias”.

A diferencia del caso de elección de ley, la norma se fija en el momento de celebración del matrimonio, no en un momento posterior.

Contrasta con los criterios del artículo 9.2 CC, que son los siguientes: ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio; en su defecto, ley elegida por ambos cónyuges (que sólo puede ser la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos) en documento público otorgado por ambos antes de la celebración del matrimonio; en su defecto, ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; y en último término, la ley del lugar de celebración del matrimonio. La ley española también permite (art. 9.3 CC) pactar sobre el régimen económico matrimonial según la ley que rijan los efectos del matrimonio (o sea, no según cualquier ley mencionada por el artículo 9.2 CC) o la ley de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento (no al tiempo de celebración del matrimonio).

El Reglamento ha antepuesto la residencia habitual a la nacionalidad y ha ignorado la ley del lugar de celebración. Y teniendo en cuenta el artículo 22, que acabamos de comentar, ha antepuesto a todos los criterios, el de la ley elegida por los cónyuges en cualquier tiempo.

El Reglamento tampoco distingue, a diferencia de lo que hace la ley española, entre efectos del matrimonio, por un lado, y “pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio”.

Como se ve, en el Reglamento europeo no puede aplicarse un criterio mientras sea posible aplicar uno de los criterios preferentes. Y el último criterio puede dar lugar a la aplicación de distintas leyes, según el criterio de la autoridad que decida.

Hay que destacar el gran cambio que la norma europea va a implicar respecto del Derecho español todavía vigente, pues la residencia común se antepone a la nacionalidad incluso común de ambos cónyuges.

Ejemplos.

Dos cónyuges españoles que fijen su primera residencia habitual común tras el matrimonio en Varsovia, quedarán sujetos al Derecho polaco, en cuanto a todos los efectos patrimoniales de su matrimonio, aunque después se trasladen a vivir a otro país. Esto sólo lo podrán evitar pactando que sea otra la ley aplicable, lo que podrán hacer en cualquier tiempo. Ya no regirá la limitación de que, aunque puedan pactar un régimen económico matrimonial distinto, la ley aplicable a los demás efectos del matrimonio, siempre seguirá siendo el Derecho polaco. En esto, la norma europea es mejor que la española.

Un matrimonio formado por francés y suiza, cuya primera residencia habitual sea en Suiza, quedará sujeto al Derecho suizo. Lo mismo si ambos son franceses. Es irrelevante lo que disponga el Derecho internacional privado suizo. Esto último se tendrá en cuenta por las autoridades suizas, pero no por las autoridades de los estados miembros que han suscrito el Reglamento.

El criterio de la residencia habitual común puede presentar, de hecho, algún problema de prueba. Deberá justificarse de forma suficiente ante el juez, autoridad o funcionario de que se trate. La norma se refiere a un hecho, por lo que no basta acreditar el empadronamiento, o la residencia fiscal, sin perjuicio de que serán indicios que habrá que valorar. En todo caso, estimamos que la prueba no resultará generalmente tan difícil como en Derecho sucesorio, pues en materia matrimonial hay dos partes y, salvo que haya que determinar el régimen matrimonial tras el fallecimiento, ambas estarán vivas.

El mayor problema se va a plantear cuando los cónyuges no hayan tenido residencia habitual común y tengan nacionalidades diferentes. Esta situación no será, de todas formas, muy frecuente, pues sólo se dará cuando no haya habido en ningún momento de la vida del matrimonio una residencia habitual común.

Si ambos cónyuges tienen más de una nacionalidad común, se aplicará la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio y, en su defecto, la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de celebración del matrimonio. Ello, porque así lo dispone el artículo 25.2 del Reglamento. Es decir, se prescinde, en principio, del criterio de la nacionalidad. No quiere decirse, en nuestra opinión, que la nacionalidad sea irrelevante, pues puede resultar decisiva, de hecho, a la hora de apreciar la “vinculación más estrecha”.

Es irrelevante que el Estado cuya ley resulte aplicable sea o no miembro.

El Reglamento ha creado una complicación adicional en el párrafo 3º del artículo 26.

De forma excepcional, señala este párrafo, “la autoridad judicial que tenga competencia para decidir sobre el régimen económico matrimonial” podrá decidir que no se aplique la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, sino la ley de este otro Estado, siempre que los cónyuges tuvieron su residencia habitual común en éste “durante un período de tiempo considerablemente más largo” que en el otro Estado y “ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales”.

Esta decisión judicial no es posible si los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales con anterioridad a establecer su última residencia habitual común en ese otro Estado. Esta regla tiene su lógica porque no parece correcto aplicar criterios legales pensados para el caso de ausencia de voluntad manifestada de los cónyuges cuando esa voluntad sí se ha manifestado.

La ley utiliza la palabra “capitulaciones” y no “elección de ley”. ¿Está pensando en esto último? Hay que entender que no, pues lo que excluye la aplicación de la norma tiene que ser una organización de las relaciones patrimoniales y no una mera elección de ley aplicable a éstas.

Esta decisión corresponde a la “autoridad judicial”. ¿Quiere significarse lo mismo que “órgano jurisdiccional” del artículo 3.2 del Reglamento?

A primera vista hay que responder afirmativamente, pero parece que esta decisión sólo puede ser tomada en un proceso, tras valorar los argumentos de los cónyuges. No parece que esto pueda declararse por un notario español en el acta prevista por el artículo 53 LN, pues el notario sólo declara un régimen matrimonial a partir de la fijación de hechos

notorios. El artículo 3.2, al referirse a “órgano jurisdiccional” distingue entre “autoridad judicial” y “todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económico matrimoniales”. Por coherencia, hay que presuponer que si el artículo 26 utiliza la expresión “autoridad judicial” es porque no pretende incluir a otras categorías de personas.

Hay dos limitaciones a la eficacia de esta decisión judicial.

La primera es que, si uno de los cónyuges no está de acuerdo en que esa ley se aplique desde la celebración del matrimonio, entonces esa ley sólo surte efecto a partir del establecimiento de la residencia habitual común en ese Estado

La segunda es que la aplicación de esa ley no puede afectar negativamente los derechos de terceros derivados de la Ley aplicable según el artículo 26.1.a). Sólo, por tanto, de la ley aplicable cuando ésta sea la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio.

### *Ambito de la ley aplicable (art. 27).*

El artículo 27 otorga vis expansiva a la ley que regula el régimen económico matrimonial, pues la enumeración que realiza es “entre otras cosas”.

Regula la clasificación de los bienes, las transferencias de bienes de una categoría a otra, la responsabilidad de un cónyuge por deudas del otro, las facultades, derechos y obligaciones de los cónyuges respecto del patrimonio, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, los efectos del régimen sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, y la validez material de las capitulaciones matrimoniales.

A la validez formal de las capitulaciones se refiere el artículo 25, ya comentado.

En caso de elección de ley, lo elegido es la ley que rige todo lo relacionado con los efectos patrimoniales del matrimonio, con la misma extensión que si se aplicara la norma de conflicto del artículo 26 (que fija la ley aplicable en defecto de pacto). La ley elegida impide cualquier aplicación de la ley que resultaría aplicable en defecto de elección. Por ello, no se plantea el problema de delimitación de materias entre la ley elegida por las partes y una ley que



regulara otros efectos patrimoniales del matrimonio. Los problemas que se plantean en Derecho sucesorio entre la ley que se aplica al testamento y la ley sucesoria “general” no se van a plantear en materia de régimen económico matrimonial.

Esto no obstante, hay una limitación importante en materia de efectos frente a terceros de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se regula por el artículo 28 del Reglamento. Dispone que la ley rectora de los efectos del matrimonio no puede oponerse a un tercero que litigue contra uno o ambos cónyuges, salvo que el tercero conociera o, actuando con la diligencia debida, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley.

Se considera que el tercero conoce esta ley si es la misma ley que rige el contrato, o es la ley del Estado en que el cónyuge contratante y el tercero tienen su residencia habitual, o es la ley del Estado en que se halle el bien inmueble objeto del contrato. También se considera que el tercero conoce la ley rectora del régimen económico matrimonial si cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos de divulgación o registro impuestos por la ley del Estado que rige el contrato con el tercero, o es la ley del Estado en que el cónyuge contratante y el tercero tienen su residencia habitual, o es la ley del Estado en que se halle el bien inmueble objeto del contrato.

Estos supuestos, en nuestra opinión, no son presunciones que puedan ser desvirtuadas por una prueba contraria, sino efectos legales que se aplican de forma necesaria (ficciones jurídicas, si se quiere).

Si la ley rectora del régimen económico matrimonial no puede ser invocada por uno de los cónyuges ante el tercero, los efectos del régimen frente a ese tercero se regirán por la ley aplicable al contrato, salvo que se trate de inmuebles o de bienes o derechos registrados, en cuyo supuesto se aplicará la ley de situación o de registro, respectivamente.

### ***Estados plurilegislativos (arts. 33 a 35).***

El Reglamento no se fija sólo en los “Estados” sino también en los territorios que, dentro de cada Estado, pueden tener Ordenamientos jurídicos propios. Es el caso de España, por ejemplo.

Por tanto, la competencia no ha de fijarse atendiendo a criterios de Derecho interno, salvo en cuanto el Reglamento lo permita.

El Reglamento 2016/1103, al igual que el Reglamento 1259/2010 contiene una interesante regulación sobre esta materia, que distingue entre conflictos territoriales y conflictos personales.

En primer lugar, hay que distinguir conflictos territoriales y conflictos personales de leyes.

En caso de conflictos territoriales, las normas de conflicto de leyes del Derecho interno serán las que determinen la ley aplicable.

En defecto de tales normas:

La referencia la residencia habitual en un Estado, se entiende hecha a la residencia habitual en la unidad territorial de que se trate. La referencia a la nacionalidad, se entenderá hecha a la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha.

En caso de conflictos personales, la referencia a la ley de un Estado se entenderá referida al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. En defecto de tales normas, se aplicará “el régimen jurídico o el conjunto de normas con el que los cónyuges tengan una vinculación más estrecha”.

¿Cuándo hay un conflicto territorial de leyes y cuándo un conflicto personal?

El artículo 33 emplea las palabras “unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial” y el artículo 34 “regímenes jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de regímenes económico matrimoniales”.

Entendemos que, en el caso de España, que hay que atender a la vecindad civil, el conflicto no es territorial sino personal.

En consecuencia, cuando se trate de españoles, hay que aplicar las reglas sobre vecindad civil y Derecho interregional.

Cuando se trate de extranjeros, la solución tiene que ser distinta, pues un extranjero nunca puede tener una vecindad civil. En nuestra opinión, habrá que proceder como si no hubiera normas internas que regulan la materia. Equiparamos el supuesto de insuficiencia al supuesto de inexistencia.

Esto lleva a una cierta inseguridad, pues la norma del Reglamento lleva a aplicar la ley con la que los cónyuges tengan una vinculación más estrecha, que es un concepto indeterminado. En la práctica, llevará a aplicar el Ordenamiento civil que rija en el territorio en que los cónyuges tengan la residencia habitual común.

Finalmente, diremos en cuanto a esta materia, que por alguna razón el Reglamento considera que debe dar la norma del artículo 35: los Estados miembros no estarán obligados a aplicar las reglas del Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre los sistemas jurídicos o conjuntos de leyes diversos de ese mismo Estado miembro.

### *Exclusión del reenvío.*

Lo excluye completamente el artículo 32. Se trata de una norma tajante, que no contiene salvedades ni excepciones.

### *Actuación del orden público nacional.*

Al igual que el Reglamento 1259/2010, sólo podrá excluirse la aplicación de la ley de cualquier Estado “si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.”

La norma no se refiere a un Ordenamiento, sino a una disposición concreta.

La norma no distingue entre Ordenamientos. Da igual que se trate de un Estado miembro o de terceros Estados.

Distinto del orden público es la aplicación de las leyes de policía, que son aquellas “cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos”. El Reglamento no se opone a la aplicación de estas leyes de policía del Estado del foro (art. 30).

### **Anexo: el Reglamento europeo 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas**

El Reglamento 2016/1104 es prácticamente una copia del Reglamento 2016/1103, salvo lo que ha parecido imprescindible por razón de la diferente naturaleza de las uniones de hecho.

El Reglamento no se aplica a cualquier unión de hecho. Sólo a las registradas. Por “unión de hecho registrada” se entiende, según el artículo 1, el “régimen de vida en común de dos personas regulado por la ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.”

En todo caso, la existencia, validez y el reconocimiento de la unión de hecho es materia excluida del Reglamento por el artículo 1. El Reglamento no se opone a las uniones de hecho homosexuales, pues se han utilizado unas palabras (“dos personas”) que les dan cabida. Su admisión o no es algo que se ha dejado al Derecho de cada Estado.

En cuanto a materias excluidas y definiciones, este Reglamento tiene igual contenido que el Reglamento 2016/1103.

#### *Peculiaridades en materia de ley aplicable.*

La ley aplicable es, en primer lugar, la ley que los convivientes elijan, que pueden cambiar en el futuro, siempre que dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada y que sea una de las siguientes: la ley del Estado en que los miembros o los futuros miembros de la unión tengan su residencia habitual en el momento de celebración del acuerdo, o la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión en el momento en que se celebre el acuerdo o la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

No se establece ninguna jerarquía entre estas leyes.

Sobre validez formal, validez material y validez formal de las “capitulaciones de la unión registrada” hay idéntica normativa a la del Reglamento 2016/1103.

En defecto de elección, se aplica la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

Este es el único criterio aplicable. Es irrelevante que el Estado cuya Ley resulte aplicable sea o no miembro. No obstante, al igual que ocurre en el caso de matrimonios, de forma excepcional “la autoridad judicial que tenga competencia para decidir en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas” podrá decidir que se aplique la ley de otro Estado, siempre que los convivientes tuvieron su residencia habitual común en ese otro Estado “durante un período de tiempo significativamente largo” y

“ambos cónyuges se basaron en la ley de dicho Estado distinto para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales”. La ley de ese Estado distinto sólo se aplica a partir de la creación de la unión registrada, a menos que uno de sus miembros no esté de acuerdo, pues en este caso la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en ese Estado.

Esta decisión judicial no es posible si los cónyuges otorgaron capitulaciones con anterioridad a establecer su última residencia habitual común en dicho Estado.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley aplicable, efectos frente a terceros, Estados plurilegislativos, y en general en las demás materias que también se regulan en el Reglamento 2016/1103, se aplican a las uniones registradas iguales normas que en éste.



## **IX.- MESA DEBATE SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN BALEARES**

*Se celebró el día 29 de mayo de 2017 e intervinieron Antonio Planas Rosselló, Juan Ramallo Massanet y Santiago Cavanillas Múgica. Las ponencias de los dos primeros siguen a continuación. De la del Dr. Cavanillas se reseñó en la revista Missèr del Colegio de Abogados de Baleares lo siguiente: que las últimas décadas han visto dos cambios en los planes de estudio de Derecho: el plan de 1997, (que introduce el “crédito” como unidad de medida, las asignaturas optativas y las de libre configuración), y el de 2009 o “plan Bolonia”, que cambia la denominación de “licenciado”, reduce los estudios a cuatro años y asume que son las horas de trabajo del estudiante y no las de clase las que determinan principalmente el aprendizaje. Lejos de ver en estos hitos movimientos aislados, creo que deben considerarse simples etapas en una evolución constante de los estudios de Derecho para adaptar la formación del estudiante al propio devenir del “planeta jurídico”.*

### **IX. 1. LOS ESTUDIOS DE DERECHO DE LOS MALLORQUINES: DE LA ÉPOCA MEDIEVAL A LA CREACIÓN DE LA ACTUAL UNIVERSIDAD**

**Antonio Planas Rosselló**

#### **1. Los estudios de derecho de los mallorquines hasta la creación de la Facultad de Leyes de la Universidad Luliana**

El reino cristiano de Mallorca se constituyó a raíz de la conquista de Jaime I, en una época en la que se había iniciado la recepción europea del *Ius Commune* romano-canónico y el surgimiento de unos centros educativos –las universidades– en las que se impartían estudios de derecho que tenían por objeto ese derecho culto. Mallorca se incorporó desde un primer momento a la cultura jurídica del derecho común, cuyo influjo se había dejado sentir con

fuerza en Cataluña –de donde procedía la mayor parte de los repobladores– desde mucho tiempo atrás.

Por ello, a lo largo del siglo XIII se instituyó en el nuevo reino una administración de justicia de perfil técnico, impartida por jueces letrados. En esta circunstancia, también los particulares, para conseguir una adecuada defensa de sus pretensiones se veían asimismo obligadas a actuar bajo el patrocinio de abogados profesionales, a quienes se exigía haber estudiado derecho (*oït Dret*) en un estudio general o Universidad. Puesto que no existía en las Baleares un centro universitario donde se pudieran adquirir los grados necesarios para ejercer la judicatura o la abogacía, los insulares que se inclinaron por esas profesiones tuvieron que desplazarse al continente para seguir sus estudios. En el siglo XIII las universidades preferidas fueron las de Bolonia y Montpellier. Esta última, fundada en 1220, se hallaba en los dominios de los reyes de Mallorca, mientras que en los territorios ibéricos de los reyes de Aragón no existió una facultad de leyes hasta la fundación del estudio general de Lérida en 1300. En los siguientes siglos medievales las preferencias se ampliaron sobre todo a las universidades italianas de Pisa, Florencia, Padua, Perugia o Pavía. La existencia de un plan de estudios de Derecho común a todos los centros europeos, que se impartía en todos ellos en una misma lengua, el latín, permitió a los futuros juristas peregrinar de unos a otros sin problema alguno. Los únicos sistema jurídicos considerados dignos de un estudio académico eran el romano justiniano y el canónico, que gozaban de una dimensión universal, mientras los ordenamientos particulares de los distintos reinos quedaban relegados a un aprendizaje meramente práctico. Fue esa época la de una verdadera convergencia europea, de la que los actuales planes de Bolonia no constituyen sino un tímido remedo. Los estudiantes mallorquines gozaron de unas condiciones especialmente favorables para la movilidad universitaria, por la fluidez de las comunicaciones marítimas y por las estrechas relaciones mercantiles y crediticias de la isla con las plazas comerciales de la península itálica; unos vínculos que facilitaron la vida estudiantil de quienes optaron por graduarse en aquellas universidades.

El 30 de agosto de 1483 Fernando el Católico, en respuesta a una solicitud aprobada por el *Gran i General Consell* –la asamblea representativa del reino– autorizó la constitución en Mallorca de un estudio general de todas las artes y todas las ciencias, con los mismos privilegios e inmunidades de que gozaba el de Lérida. Sin embargo, el impulso dado por el monarca careció de efectividad, ya que no vino acompañado de una financiación que permitiera crear las cátedras necesarias para la implantación efectiva de los estudios de Derecho. Para intentar remediar esta frustración en enero de 1512, la



asamblea del reino acordó contratar a un doctor en leyes “*per a legir una lisó de leys per los fills de la terra, los quals, volent studiar, per no haver hic algun que liga, han de anar en Leyda e altres parts fora lo regne, a gran despesa e dan lur, e aquells que no poden anar resten ignorants*”. En cumplimiento de este acuerdo, se contrató al doctor Antoni de Verí para que impartiese lecciones de leyes en el estudio general durante un periodo de dos años, con un salario de cincuenta libras anuales. Verí se obligó a leer la *Instituta* los sábados, días de fiestas colendas y sus vísperas, y el *Codex* u otro libro a voluntad de los alumnos todos los domingos. Probablemente se aspiraba a que tales estudios pudieran ser convalidados en alguna universidad. En todo caso, la experiencia no fue positiva pues sólo un año mas tarde el contrato quedó cancelado. Tras el previsible fracaso de este trasunto de escuela de leyes, no quedaba otra alternativa que la creación de una verdadera facultad en el seno del estudio general. Sin embargo la satisfacción de esa necesidad expresada por los representantes del reino se demoró casi doscientos años.

Durante la época medieval los juristas mallorquines pudieron ascender en un *cursus honorum* que llevó a algunos de ellos a ocupar cargos relevantes. En el ámbito universitario, el archidiácono Bernat Ramon, *Maioricensis*, entre 1302 y 1304 fue profesor de cánones en Montpellier, donde escribió un importante *Apparatus* sobre el *Liber Sextus*, y Bernat de Oleza obtuvo una cátedra de leyes en la prestigiosa universidad de Bolonia en 1398. En el ámbito de la Administración real, por poner algunos ejemplos notables, Mateu Malferit fue miembro del consejo real durante el reinado de Alfonso V y se le encomendaron delicadas misiones diplomáticas ante el duque de Milán y las repúblicas de Siena y de Venecia. Su hijo Tomàs fue regente del Consejo Supremo de Aragón desde 1494, y en los primeros años del siglo XVI ocupaba el cargo de vicescanciller, una de las más altas magistraturas de la Corona de Aragón. Bartomeu de Verí, regente de la Cancillería y Audiencia real desempeñó importantes embajadas durante el reinado de Juan II, y fue regente del Consejo Supremo en la época de Fernando el Católico. Sin embargo, a partir del reinado de Carlos I las expectativas profesionales de los juristas mallorquines quedaron muy reducidas, puesto que el Principado de Cataluña y los reinos de Aragón y Valencia consiguieron que se reservasen a sus naturales las plazas de sus respectivas Audiencias y unos cupos exclusivos en los organismos políticos, administrativos y judiciales de la Corona. Desde entonces la carrera profesional de los juristas mallorquines quedó prácticamente circunscrita al ejercicio profesional como jueces o abogados en el ámbito insular, con escasísimas posibilidades de promocionarse fuera de él. Esta limitación afectaba incluso a los juristas eclesiásticos. Por ejemplo, la plaza de auditor de la Rota Romana que la Santa Sede había reservado a un canonista de la

Corona de Aragón propuesto por el rey de España, se cubrió por riguroso turno entre los aragoneses, catalanes y valencianos, y sólo a finales del siglo XVIII, no sin cierto embarazo, fue concedida a un mallorquín, el futuro Cardenal Antonio Despuig.

En 1568 Felipe II prohibió que los súbditos de la Monarquía estudiasen en las universidades situadas fuera de sus dominios, para evitar que los futuros titulados se pudieran contaminar de ideas consideradas perniciosas. Desde entonces los mallorquines pasaron a cursar la carrera de leyes casi exclusivamente en las universidades peninsulares. Por lo general optaron por hacerlo en las de la Corona de Aragón, cuyas titulaciones eran suficientes para el desempeño profesional al que podían acceder, ya que –como hemos señalado– las plazas de los altos tribunales estaban reservadas a los naturales de otros reinos que disponían de mayor peso político y económico en el conjunto de la Monarquía. Así, muchos de ellos se graduaron en Barcelona, Lérida y Valencia, y otros tantos en las mal reputadas universidades de Huesca, Gandía u Orihuela. En la prestigiosa Salamanca sólo nos constan dos graduados a lo largo del siglo XVII. Entre los eclesiásticos, como ha revelado recientemente Ramis Barceló, hubo algunos que obtuvieron su doctorado en Roma, aunque sus carreras no fueron más allá de sentar plaza en el cabildo de la catedral de Mallorca.

## **2. La facultad de leyes de la Universidad Luliana y Literaria de Mallorca**

El 17 de abril 1673, tras arduas y prolongadas gestiones, el papa Clemente X otorgó un breve apostólico que autorizó la conversión del antiguo Estudio General en una Universidad Luliana, con facultad para otorgar los grados de bachiller, licenciado y doctor con autoridad pontificia y validez universal. A partir de esta fecha hubo extensas negociaciones en la Corte de Carlos II para poder oficializar debidamente los antiguos privilegios reales a fin de que la erección de la Universidad contase asimismo con la autoridad regia. Entre 1691 y 1692 quedaron dotadas las cinco cátedras necesarias para constituir una facultad de leyes y cánones, comenzaron a impartirse las clases, y dos años más tarde se confirieron los primeros grados de bachiller. Por fin, mediante real orden de 16 de octubre de 1697, Carlos II, previa consulta del Consejo Supremo de la Corona de Aragón, confirmó los privilegios y autorizó las constituciones de la nueva Universidad Real y Pontificia.

Una vez que la Universidad Luliana inició su andadura, todos los mallorquines interesados en cursar los estudios de leyes lo hicieron en ella, y solamente algunos eclesiásticos abandonaron la isla para cursar cánones en la Sapienza. Tras la Guerra de Sucesión, el Decreto de Nueva Planta de 1715 suprimió las leyes de extranjería, abriendo a los juristas mallorquines la posibilidad de ascender en la carrera judicial o administrativa en todos los dominios de la Monarquía. Sin embargo, para conseguirlo resultó imprescindible ampliar los estudios en alguna de las Academias de la Corte, con el fin de aprobar el examen de Abogado de los Reales Consejos. Fueron muy pocos los mallorquines que eligieron esta vía. Sin embargo, dos de ellos llegaron a progresar como juristas de gran prestigio. El primero fue Miguel Cirer y Cerdá, que se convirtió en uno de los más reputados abogados de la capital, con un influyente bufete en el que se formó el futuro ministro Campomanes. El segundo, Cayetano Soler Rabassa, culminó su carrera como secretario de Estado de Hacienda y de Gracia y Justicia, la más alta magistratura alcanzada hasta entonces por un insular.

Los planes de estudios de Leyes y Cánones diseñados en los estatutos fundacionales de la Universidad Luliana tuvieron un carácter puramente tradicional, ya que sólo contemplaban la enseñanza de los derechos romano y canónico. No se diferenciaban en esto de lo que era común en todas las universidades europeas de la época. El estudio del derecho propio de Mallorca, que los graduados necesariamente debían conocer para ejercer las profesiones jurídicas en su tierra natal, quedó confiado a un aprendizaje práctico. Por ello, un presidal decreto de 21 de marzo de 1698 dispuso que, para obtener la licencia para el ejercicio de la abogacía, se debería superar un examen de práctica ante la Real Audiencia, tras haber acreditado la realización de una pasantía de dos años con un abogado. En 1717 este periodo se amplió a un cuatrienio.

Para matricularse en ambos estudios era preciso haber cursado por lo menos dos años de artes y Filosofía, y aprobar un examen que acreditase la habilidad en tales materias. Tanto el bachillerato en leyes como el bachillerato en cánones se obtenían tras aprobar cinco cursos. Sin embargo, el Plan de Estudios tenía un carácter mixto, ya que el escaso número de cátedras impedía que cada carrera se centrara exclusivamente en las materias propias de uno u otro derecho. Por ello, para graduarse en ambos derechos bastaba con cursar dos años más de la segunda especialidad.

El claustro de la universidad se caracterizó por una acusada endogamia, pues durante todo el siglo XVIII el profesorado estuvo controlado por unas pocas familias de juristas. El sistema de enseñanza resultó muy deficiente

ya que los cursos se consideraban aprobados a través de la inspección de los cuadernos de apuntes, las declaraciones de testigos fidedignos y las cédulas libradas por los correspondientes catedráticos, que tan sólo acreditaban –en su caso– la regular asistencia a las explicaciones en las aulas. No era esa una particularidad de la Universidad mallorquina, pues la tradición universitaria impuso hasta muy tarde en todas las facultades de Leyes y Cánones de España que no se realizasen exámenes a final de curso. Sin embargo, la colación de los grados se caracterizó por una falta de rigor más acentuada que en la mayoría de centros. De hecho, la Universidad de Cervera –en la que Felipe V había refundido todas las antiguas universidades catalanas– se quejó reiteradamente por la ligereza con la que se otorgaban los grados a los estudiantes venidos de Cataluña, con quienes se tenía una especial benevolencia por considerar que sus deficiencias formativas no tendrían consecuencias en el panorama jurídico de la isla. En todo caso, la Universidad formó a lo largo de su vida académica a un buen número de profesionales de acreditada solvencia y reputación, como queda de relieve en las numerosas alegaciones jurídicas debidas a su pluma que se han conservado.

A partir del reinado de Carlos III se promovieron en España sucesivas reformas universitarias para adaptar los planes de estudios a las nuevas tendencias en el mundo del derecho y garantizar una mejor formación de los futuros profesionales. Sin embargo, la Universidad mallorquina procuró soslayarlas, no sólo por sus dificultades económicas para acomodarse a la nueva normativa, sino también por la inercia conservadora de los miembros de su claustro. Fue también en esta época –en 1772– cuando la Universidad dejó de denominarse Luliana y pasó a ser simplemente Universidad Literaria de Mallorca.

En 1777 el Consejo de Castilla elaboró un informe sobre el plan de estudios de la Universidad Literaria en el que señaló la necesidad de ampliar a ocho el número de cursos y a ocho el número de cátedras de la Facultad leyes y cánones. El dictamen propugnaba el estudio del derecho patrio mediante el análisis de sus discordancias con el derecho romano, pretendía que se explicasen las doctrinas regalistas en el estudio de las instituciones canónicas, y consideraba que la formación práctica debía ser un requisito imprescindible para obtener la Licenciatura. Sin embargo, la Universidad hizo caso omiso a sus recomendaciones. Sólo la preocupación por la formación en materia de práctica jurídica fue atendida, pero no precisamente a través de los estudios universitarios, sino por la vía corporativa, mediante la creación de una Escuela de Práctica que organizó el Colegio de Abogados desde su erección en 1779. En definitiva, la Universidad Literaria continuó durante todo el siglo XVIII con su rancio plan de estudios, con las clases al dictado y una

anticuada exégesis de los textos romanos y canónicos al más puro estilo del *mos italicus*.

La reforma de los planes de estudios introducida en 1802 por el marqués de Caballero con carácter general para todas las universidades españolas, obligó finalmente, de forma efectiva, a incluir la asignatura de Derecho patrio. La Junta de Claustro Plena de la Universidad, como única medida para adaptarse a la nueva norma, ya que carecía de fondos para crear una nueva cátedra, el 21 de marzo de 1803 acordó que su enseñanza corriese a cargo del catedrático de Instituta, Dr. Sebastià Terrers. La Guerra de la Independencia paralizó la aplicación de otras reformas, como las establecidas por Plan de 1807, que aunque suprimió las universidades de Toledo, Osma, Orihuela, Ávila, Irache, Baeza, Osuna, Oñate, Almagro, Gandía y Sigüenza, mantuvo con vida a la mallorquina. Pero llegado el año 1812, el Fiscal de la Real Audiencia elaboró un informe en el que demostró que ni siquiera le enseñanza del derecho patrio había sido efectiva, puesto que Terrers había dado por cumplido su cometido con sus clases de derecho romano, al que calificaba de verdadero derecho patrio de Mallorca. En atención a estas consideraciones, el fiscal consiguió impedir que se recibiesen de abogados las personas que se habían graduado en los últimos años, sin haber superado aquella asignatura conforme a lo dispuesto en las reales órdenes. La más notable mejora introducida en este periodo fue la fundación, a expensas de la Diputación Provincial, de una cátedra de Economía Política, cuya docencia se asignó al prestigioso agustino Eudaldo Jaumandreu, que ejercería más tarde un importante papel en el desarrollo del liberalismo económico catalán. La enseñanza de esa materia duraría muy poco, arrastrada por la derogación de la obra legislativa de las Cortes de Cádiz y la supresión de la Diputación, que la había impulsado.

En los años siguientes el gobierno central dispuso nuevas reformas de los planes de estudios, que la Universidad Literaria consiguió afrontar con unos pocos cambios. Sin embargo, la aprobación mediante Real Orden de 14 de octubre de 1824 del plan de estudios auspiciado por el ministro Calomarde, supuso un desafío que no se pudo afrontar con un mero retoque como se había hecho hasta entonces.

El Plan, a diferencia de los anteriores, impuso una normativa uniforme para todas las universidades, que debía ser aplicada de forma inmediata y directa, con muy escaso margen para su adaptación por parte de los distintos centros. De esta manera, la Universidad Literaria de Mallorca quedó privada del mecanismo que en el pasado le habían permitido soslayar, con mayor o menor fortuna, los mandatos del poder central.

La necesidad de dotar un importante número de cátedras no fue respaldada económicamente por las Instituciones de Baleares. El Colegio de Abogados no manifestó ningún interés, preocupado por la excesiva proliferación del número de profesionales, y la Sociedad Económica de Amigos del País consideró que era más urgente atender a la mejora de la enseñanza secundaria. Sin un plan de viabilidad económica que pudiera ser aprobado por las autoridades centrales, la universidad quedaba sentenciada. Así, por Real Orden de 28 de diciembre de 1829 la Universidad Literaria de Mallorca quedó suprimida, desapareciendo con ella los estudios oficiales de derecho.

La supresión no se enmarcó en el plan general de reducción de universidades fijado por el gobierno. Por el contrario, las universidades de Mallorca y de Canarias, por su carácter insular, habían superado las medidas supresoras que finiquitaron un gran número de centros de la península. La responsabilidad de su desaparición correspondió, por tanto, a las instituciones públicas y privadas mallorquinas, que no aportaron los medios que requería su continuidad.

### **3. De la supresión de la Universidad Literaria a la implantación de los estudios en el último cuarto del siglo XX**

Tras la supresión de la Universidad Literaria, la Real Sociedad Económica Mallorquina de Amigos del País impulsó la creación de un centro de segunda enseñanza, argumentando que Mallorca no precisaba de una universidad, pues consideraba ridículo que para formar a los treinta abogados y sesenta médicos que se necesitaban en la isla, se tuvieran que sostener ocho o más cátedras en cada facultad, en lugar de destinar los recursos a fomentar unos estudios útiles a la generalidad de la población. En su alegato llegaron a manifestar que los estudios superiores “*no sirven sino para alcanzar algunos un modo de vivir improductivo, que perjudica a la sociedad cuando excesivamente se difunde*”. Tras superar algunas dificultades de tipo económico, por Real Orden de 25 de agosto de 1835 el Gobierno aprobó el Plan de la Sociedad Económica, y se constituyó el Instituto Balear que vino, en cierto modo, a sustituir a la antigua enseñanza superior.

Sin embargo, en el contexto de los sucesos revolucionarios que llevaron al general Espartero a la Regencia de España, las autoridades mallorquinas de ideología liberal progresista crearon una universidad provisional, la Universidad Literaria Balear, en la que se impartió la carrera de derecho durante los cursos 1840-1841 y 1841-1842. El 10 de agosto de 1842 la Regencia decretó la supresión de ese centro, al que

calificó como “universidad de hecho”, aunque permitió la incorporación de los cursos aprobados en la Universidad de Barcelona, a cuyo distrito universitario quedaron adscritas las Baleares. El gobierno consideró que había sido un empeño temerario sustituir el centro de segunda enseñanza por una Universidad *“sacrificando a la comodidad de algunas familias que piensan destinar sus hijos a las profesiones literarias, la educación de las clases obreras y los intereses populares de la agricultura, las artes y el comercio”*.

Desde la supresión de la Universidad Literaria hasta la fundación de la Universidad de Palma de Mallorca (cuya denominación se substituyó luego por la de *Universitat de les Illes Balears*) transcurrieron ciento cincuenta años en los que los estudios jurídicos no tuvieron carácter oficial en Mallorca. Durante ese periodo muchos estudiantes se instalaron en las ciudades universitarias para seguir los cursos de forma presencial. Otros, sin embargo, permanecieron en la isla y sólo se desplazaron para presentarse a los exámenes. Estos últimos fueron los llamados estudiantes libres, que se preparaban en la isla bajo la dirección de algunos profesionales del derecho.

Tras la revolución de 1868, el gobierno progresista, mediante decreto de 21 de octubre de ese año, considerando que *“los establecimientos científicos del Estado se han creído en posesión de toda la verdad y han mirado con menosprecio lo que se salía del cuadro de las fórmulas recibidas”*, autorizó a cualquier ciudadano para fundar un centro de enseñanza y dispuso que los alumnos procedentes de los establecimientos particulares pudieran examinarse en los públicos pagando los correspondientes derechos de matrícula.

Al amparo de la normativa liberalizadora de la educación superior, en noviembre de 1868 el letrado Ignacio Perelló fundó una Academia para la enseñanza particular de Derecho y Filosofía y Letras, en la que junto a él impartirían la docencia otros profesionales como Josep Lluís Pons i Gallarza, Miguel Veny, Jaime Sancho y Manuel Guasp. El Colegio de Abogados cedió para ello un espacio en su sede.

La Academia como institución oficializada no sobrevivió al sexenio revolucionario, pero no por ello desapareció la figura de los profesores particulares, como José Font y Arbós, que formó a numerosos estudiantes libres durante los años veinte y treinta del siglo XX. El último de ellos fue Josep Font i Trias, catedrático del Instituto Ramon Llull, que preparó en Mallorca a los estudiantes de Valencia, Zaragoza y Barcelona. Tras la creación en 1951 de un centro cultural que recuperó el nombre de Estudio General Luliano, se programaron unos cursos particulares de Derecho, que se interrumpieron

en 1972, cuando se implantó en Mallorca una extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

A partir de ese momento se abre un nuevo periodo de los estudios de Derecho en Mallorca, sobre el que, desde un punto de vista sociológico, considero que será interesante estudiar dos etapas separadas por la implantación del distrito único universitario en 2001. Pero esta cuestión desborda el marco cronológico de este trabajo.



## **IX. 2. LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN MALLORCA EN LA ÉPOCA ACTUAL**

**Juan Ramallo Massanet**

Los estudios de Derecho en Mallorca en la época actual dieron comienzo en los años setenta del pasado siglo. Y comenzaron sin ninguna originalidad pues fueron un mero seguidismo de lo que eran estos estudios en el resto de España.

La creación de Facultades de Derecho y otros centros de enseñanza del Derecho en España durante el pasado siglo no respondió a una planificación pensada y diseñada sino, por el contrario, a una combinación de elementos más propios de la anarquía y del favoritismo político. La última Universidad –y, dentro de ella, la Facultad de Derecho– que se había creado en España hasta finales de los años sesenta había sido la Universidad de Murcia, en 1914. Su origen se debió, además de a las intensas presiones periodísticas y populares, a la intervención decisiva de los políticos murcianos Isidoro de la Cierva, que lo consiguió mediante la introducción de una enmienda en la Ley de Presupuestos de aquel año y de su hermano Juan De la Cierva que fue ministro, entre otros, en un gobierno presidido por Antonio Maura, del que no se recuerda haber ejercido favoritismo alguno para la creación de una Universidad en Mallorca, aunque también es posible que no hubiese alguien que la quisiera. Con doce Universidades, y Facultades de Derecho, se pasó gran parte del siglo a través de los distintos regímenes políticos (monarquía, república y dictadura) y situaciones bélicas (dos guerras mundiales y la guerra civil).

Los años sesenta fueron en general años de cambios sociales profundos en los que la Universidad, tanto española como extranjera (recuérdese el mayo francés de 1968), estuvo muy presente. El gobierno español tuvo que reaccionar ante la convulsión universitaria y lo hizo a través, por un lado de las vías represivas de costumbre, y por otro del Decreto-Ley 5/1968, de 6 de junio “De medidas urgentes de reestructuración universitaria”. En esta norma se crean la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad

Autónoma de Barcelona (ambas bien alejadas de las respectivas ciudades) y varias Facultades en Santander, Badajoz y San Sebastián. A Mallorca todavía no le tocaba ni Universidad ni Facultades. En la Ley 22/1972, de 10 de mayo, de Desarrollo Económico y Social, se crearon (Disposición Final 4ª) las Universidades de Córdoba, Málaga, Santander, Extremadura, Alcalá de Henares y “se autoriza la creación de Facultades en Alicante, Cádiz, Palma de Mallorca, que serán dotadas adecuadamente”. Las Facultades de Palma fueron las de Filosofía y Letras y la de Ciencias, dependientes, la primera de la Universidad (central) de Barcelona y la segunda de la Universidad Autónoma de Barcelona. A Mallorca todavía no le tocaba ni Universidad propia ni una Facultad de Derecho, aunque fuese dependiendo de alguna Universidad catalana. En estos momentos comienzan los estudios de Derecho en Mallorca pero sólo como “Sección Delegada” de la Universidad Autónoma de Barcelona, período en el que Román Piña (Patronato de Estudios Universitarios) y José Mª Lafuente (Decano-comisario) estuvieron al frente de dichos estudios.

Sólo una vez entrados en la etapa democrática de la transición política se aprobó la Ley 18/1978, de 15 marzo de creación de una Universidad con sede en Palma de Mallorca, que constaba de tres Facultades, la de Filosofía y Letras y la de Ciencias ya creadas en 1972 y la de Derecho que se creaba en dicha Ley. Desde estos momentos los estudios de Derecho en España han tenido una evolución vertiginosa: si en 1975 había 25 centros de enseñanza del Derecho (entre ellos seis Colegios Universitarios y dos Secciones Delegadas, una de ellas la de Palma) a final de siglo, 25 años después, existían ya 75 centros, de todo tipo, naturaleza y nivel. Como decía un gran maestro, Rodrigo Fernández de Carvajal: “La carrera de Derecho tiene muy pocas salidas pero tiene muchos desagües” .

Una vez visto en **dónde** se podía estudiar Derecho en España y cómo se integra Mallorca en estos estudios, podemos analizar **qué** se estudiaba.

La contestación a esta pregunta es muy sencilla pues en todos los centros españoles se estudiaba el mismo Plan de Estudios. Hasta que no entró en vigor el llamado Plan Bolonia y cada Facultad, dentro de unas directrices, elaboró su propio Plan de Estudios, los licenciados en Derecho españoles, hasta hace unos seis años, estudiaban exactamente lo mismo. El Plan de Estudios vigente durante casi sesenta años venía regulado por el Decreto de 11 de agosto de 1953 que aprobó los “Planes de estudio en distintas Facultades” (Derecho, Medicina, Filosofía y letras, Ciencias, Veterinaria, etc.). El artículo 10 regulaba los estudios de Derecho y establecía un mandato de gran utilidad pero que nunca se ha llevado a la práctica: las Facultades “organizarán cursos

prácticos de contabilidad de interés habitual para el ejercicio de la profesión de la abogacía”. El Plan del 53 fue un paso importante en la enseñanza ya que supuso pasar del estudio pandectístico del Derecho a la especialización en distintas ramas jurídicas. Las modificaciones que se produjeron en el “Plan del 53”, durante sus años de larga vigencia, no fueron ni muchas ni tuvieron carácter estructural, aunque algunas lo pudieran parecer. La Orden de 13 de agosto de 1965 aprobó “por vía de ensayo” el Plan de estudios de las Facultades de Derecho de las Universidades de Valencia y Sevilla, en el que después de tres cursos comunes se establecía, para los dos últimos, la posibilidad de elegir entre tres especialidades: Derecho público, Derecho de la empresa y Derecho privado. La otra modificación del Plan del 53 vino establecida por la Orden de 20 de noviembre de 1970 en que la asignatura de Hacienda Pública se convirtió en Derecho Financiero y Tributario, quedando aquella ubicada en las Facultades de Ciencias Económicas. Por último, y ya en el periodo constitucional, el Derecho Político pasó a ser Derecho Constitucional y el Derecho Canónico se convirtió en Derecho Eclesiástico.

Hay que dar respuesta, ahora, a la pregunta del **quién**, es decir del elemento personal que se hizo cargo de la enseñanza del Derecho y de las personas que la recibieron. En la primera etapa (1972-1978) fue el esfuerzo de muchas personas dedicadas al Derecho en distintas especialidades y en diversas profesiones jurídicas lo que hizo posible el funcionamiento docente. Era un profesorado externo a la profesión universitaria pero de gran competencia y entrega: Abogados en ejercicio (Lafuente, Palmer Homs, Garcías Planas, Miguel Masot, Félix Pons); Magistrados (Bañón, Presencia, Infante, Ledesma, Lecumberri, Suau); Abogados del Estado (Rodríguez Miranda, Mir, Medina); Notarios (Jaime Ferrer, Mateu Oliver, Martínez Piñero, Alvarez Sala, Luís Pareja y el Registrador de la Propiedad Juan Vidal Perelló); Inspección de Hacienda (Pradell); Inspección de Trabajo (Badenes); Jurídico militar (Antonio Martínez, Calderón); de la Curia (Antonio Pérez Ramos); de la Administración Local (Román Piña); alguno difícilmente clasificable (Andrés Ferret). Incluso había personas que se ofrecían para dar clase de cualquiera de las materias (Miguel Contestí, “Doctor en ambos derechos”, y que sólo excluía explicar Hacienda). Las primeras cátedras que se cubrieron eran técnicamente cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, que en las Ordenes Ministeriales de convocatoria especificaban “con destino en Palma de Mallorca” (en esta situación estuvimos Samper y yo mismo).

Creada la Universidad, y en consecuencia la Facultad de Derecho, empezaron a convocarse plazas de Adjunto y de Catedrático en distintas asignaturas. El problema era que el sistema de selección del profesorado (las

“oposiciones”) no permitía a la Universidad intervenir en dicha selección y, en consecuencia, eran votados y propuestos por tribunales que respondían a intereses completamente ajenos a los de nuestra Facultad, sobre todo ajenos al interés de su permanencia en la Facultad. Así tuvimos un tiempo en que los candidatos a cátedras de Palma, una vez obtenida la plaza, venían, tomaban posesión e inmediatamente pedían el traslado a otra Universidad, normalmente a aquella de donde venían y a donde volvían siendo ya catedráticos. Es lo que yo llamaba, “catedráticos de firmar y comer” pues una vez firmada la toma de posesión y celebrada la comida de bienvenida y de despedida invitados por el Decano de la Facultad, marchaban directos al aeropuerto (Ignacio de Otto, Badosa, Carmen Gete, Ignacio Arroyo, Pablo Salvador Coderch, Francisco Cabrillo). Paulatinamente, sin embargo, fueron ocupando plazas profesores que se quedaban por unos años en permanencias no excesivamente largas (Samper, Rafael Gómez-Ferrer, José M<sup>a</sup> Bricall, Manuel Atienza, Javier Boix, García Fernández, Miguel Angel Fernández, Zurita, yo mismo). Estas situaciones planteaban el problema de que el Profesorado local contratado tenía que entrar o salir de su función docente según en cada caso (cada curso) estuviesen cubiertas las plazas de numerarios en las distintas asignaturas. Hasta que se aprobó la Ley de Universidades y, sobre todo, hasta que los Presupuestos Generales del Estado en los años ochenta no se tomaron muy en serio la financiación de la enseñanza universitaria no se estabilizó el problema del personal docente.

Si desde el punto de vista del Profesorado la situación fue durante esta larga etapa inicial más bien precaria, el factor personal, desde el punto de vista de los estudiantes, también se caracterizaba por lo que podríamos llamar falta de profesionalidad ya que los alumnos que se matriculaban eran, en su gran mayoría, trabajadores y funcionarios para los que el estudio de la carrera era algo secundario a su ocupación principal, aunque en muchas ocasiones iba dirigida a mejorar su situación laboral. Lo anterior se comprenderá mejor si tenemos en cuenta que la Facultad funcionaba sólo por las tardes, en horario de cuatro a ocho, en donde se impartían todas las clases. Tanto el profesorado como el alumnado, en su gran mayoría, no hubiesen podido seguir la carrera si la actividad hubiese sido en horario de mañana. Era una “Facultad de tarde”. Otro dato que indica el origen dual de una buena parte del alumnado es la tasa de abandono de los estudios. Por ejemplo, entre el curso 1972/1973 (primero en que se impartieron clases de Derecho en la Sección Delegada de la UAB en Palma) y el curso 1976/1977 (en que esa promoción terminó), la tasa de abandono fue del 67%; otro dato, en el primer curso de actividad se matricularon 142 alumnos, y sólo pasaron a segundo curso en 1973/1974 73 alumnos.

En último lugar, por lo que hace referencia al **cómo**, es decir, en qué condiciones funcionaban los estudios de Derecho, hay que reconocer que la precariedad de medios materiales era patética, por no decir escandalosa. Aquella realidad respondía al mito de que “Derecho es una facultad barata”! Y bajo esta premisa los dos centros que ya eran Facultades (Filosofía y Letras y Ciencias) eran los principales destinatarios de los exiguos presupuestos de entonces. Ya he hecho referencia al profesorado contratado, cuya dedicación respondía a la vocación que no al sueldo. Y a ello hay que añadir dos datos de la máxima importancia.

Cuando me incorporé a la Sección Delegada en 1977, la biblioteca estaba compuesta por un total de 1.402 volúmenes, con la peculiaridad de que la mayoría de ellos eran varios ejemplares de un mismo manual de las distintas asignaturas recomendado por cada profesor y de ejemplares de colecciones de leyes o de Códigos de las distintas materias, todo ello con la finalidad de que los estudiantes pudieran utilizarlos sin tener que comprarlos.

El segundo dato hace referencia a los locales en donde desarrollar la actividad docente. La idea imperante era que con tener unas cuantas aulas un rato al día ya era suficiente. Así, las clases se daban en las aulas de la antigua Escuela de Comercio, que por las tardes estaban desocupadas ya que ella desarrollaba su actividad docente por la mañana. No existían despachos para el profesorado. Sólo había un despacho (el Decanato) que cuando tome posesión de él estaba impoluto, si hacemos excepción del intenso polvo que lo cubría. Al personal de la Secretaría (que durante años fue el soporte viviente de la Facultad: Pilar Maldonado, Marga Sastre, Marga Carrión, Marga Cardona y el bedel Don Pep) le parecía extraño que un señor viniese por la mañana a aquél despacho y estuviese todo el día allí. El concepto de profesional universitario y de la dedicación exclusiva eran totalmente desconocidos, con lo cual, de paso, es fácil imaginar la ausencia más absoluta de “ambiente” universitario. Todo ello suponía, por otra parte, que teníamos que “compartir” los locales con la Escuela de Comercio, aunque, ante el arraigado sentido patrimonialista que de los mismos tenía la Dirección de la Escuela, la negociación era permanente y, al final, la utilización era más bien debida a una graciosa concesión.

Esta situación de precariedad se prolongó bastantes años (hasta mitad de los ochenta por lo menos) y dio lugar a importantes conflictos. Cuando se promulgó la Ley de creación de la Universidad de 15 de marzo de 1978, su órgano rector fue una Comisión Gestora (presidida por el Dr. Roig y compuesta por tres Vicepresidentes y un Secretario General) de la que formé parte como Vicepresidente de “Ordenación Académica y Profesorado” y,

por lo tanto, responsable de organizar tanto las licenciaturas existentes y sus planes de estudio, como las plazas de profesores contratados y las nuevas del profesorado numerario. Uno de los problemas que se planteó de inmediato –y que tenía una directa repercusión en la Facultad de Derecho– fue la alternativa entre consolidar lo existente o acometer ya nuevas enseñanzas. Mi posición personal (como antiguo Decano de Derecho y a partir de entonces Vicerrector de Ordenación Académica) estaba claramente a favor de la primera. Sin embargo no era esta la única postura. Ya en la misma primera reunión (la “inaugural”, como dice el Acta de la sesión) de la nueva Comisión Gestora, celebrada el 19 de junio de 1978, se planteó la necesidad de ampliar los estudios con una Facultad de Medicina y otra de Ciencias empresariales. Creo que vale la pena reproducir lo que el acta recoge acerca de dichas intervenciones: *“Toma la palabra D. Miguel Durán (que formaba parte de la Comisión Gestora como Diputado por Baleares en el Congreso) para solicitar de la Presidencia que se pronuncie sobre si existe algo previsto acerca de la implantación de la Facultad de Medicina, ya que manifiesta que ello no se planteó durante la tramitación de la Ley hoy en vigor precisamente para no crear dificultades de circulación (sic) del precepto, entendiendo los parlamentarios que sería mucho mejor no poner trabas para evitar demoras y reenvíos (sic) de los proyectos de Ley; pero que en la actualidad entiende que ha llegado el momento de plantear la cuestión. El Sr. Lafuente manifiesta a su juicio que también deberá plantearse al mismo tiempo el problema del segundo ciclo de la Facultad de Ciencias Empresariales, manifestando el Sr. Durán que este es un tema que tiene otra perspectiva ya que a su juicio primordialmente la Facultad de Medicina debe primar”*. Aparte de algunos sabrosos comentarios que estas intervenciones podrían suscitar, lo cierto es que estas fervorosas precipitaciones lograron ser contenidas en aquel momento inicial, y al final la Facultad de Medicina se ha creado casi 40 años después.

Era evidente que la Facultad de Derecho estaba estrangulada y sin posibilidad de consolidación debido tanto a sus exiguos presupuestos como, sobre todo, al problema del edificio. En relación a los presupuestos, efectivamente se ponía de manifiesto que Derecho era una “Facultad barata”. El presupuesto de la Facultad en el año 1978 (expresado en euros) fue de 36 mil; en 1979: 60 mil; en 1980: 70 mil; en 1981: 120 mil; en 1982: 150 mil. Considero que no hace falta comentario alguno. En relación al edificio no quiero extenderme porque la historia es larga, compleja y triste. En esencia se trataba de decidir sobre la ubicación de la Facultad: si debía estar en un “campus” nuevo fuera de la ciudad (que se había iniciado con la Facultad de Ciencias, a raíz de la compra del Seminario de los Padres Blancos en la carretera de Valldemosa) sin fechas de construcción o, por el contrario, debía

y podía situarse en la ciudad aprovechando edificios emblemáticos a cuya recuperación y conservación ayudaría, por un lado, y, por otro, acercaría los servicios propios de una Facultad tan vinculada con un buen número de profesiones jurídicas a todos estos “operadores” jurídicos. La Facultad se decantó por la segunda opción, de la que yo era también claramente partidario. Pero no fue la que se adoptó, a pesar de los compromisos rectorales asumidos. Las fuerzas y los intereses en juego debían ir por otros caminos, que desconocí y desconozco.

A pesar de estos inconvenientes y limitaciones, durante estos primeros dos años de los ochenta, creamos los “Cuadernos de la Facultad de Derecho”, pusimos en marcha la colección “Ensayos” y tuvo lugar la lectura y defensa de la primera tesis doctoral, como resultado de un esforzado trabajo de investigación (de eso que algunos llaman “trabajo inútil” frente a lo que se considera trabajo útil, únicamente el de la práctica) y la Facultad tuvo su primer Doctor, D. Tomás Mir de la Fuente.

Ya para finalizar, debo resaltar que esta intervención mía –a diferencia de la anterior del Dr. Planas– es sobre hechos que gran parte de nosotros hemos vivido y por tanto responden a aquella reflexión de que “hay cosas que sólo se pueden contar si se ha pasado por ellas. Y tienen que haber sido vividas, para poder ser contadas. Y en la manera de contarlas se perciben las huellas, rastros y cicatrices de lo vivido” (Juan Antonio Marcos). En definitiva: no soy partidario de que “cualquier tiempo pasado fue mejor” (Jorge Manrique) pero tampoco de que “cualquier tiempo pasado fue peor, somos más jóvenes ahora” (Joaquín Sabina) sino simplemente de que “cualquier tiempo pasado fue anterior” (Les Luthiers).





# **X.- MESA DEBATE SOBRE LAS ISLAS Y LOS ESTADOS INSULARES ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL Y ANTE EL DESARROLLO ECONÓMICO**

## **X. 1. LOS ESTADOS INSULARES Y EL DERECHO INTERNACIONAL**

**José María Pons Irazazábal**

### **INTRODUCCIÓN**

Las islas, los archipiélagos, siempre han tenido un atractivo especial. ¿Qué es un estado insular? Los hay de dos tipos básicamente. Los que son una sola isla y los que son Estados archipelágicos. Esta segunda es la más clásica ya que son escasos los Estados insulares de una sola isla (no incluyo islotes). Este concepto, en cualquier caso, es distinto del de Estados continentales que tienen islas.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 fue la que estableció definitivamente conceptos y métodos.

Artículo 46

Para los efectos de esta Convención:

- a) Por “Estado archipelágico” se entiende un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos y que podrá incluir otras islas. El ejemplo más claro y complicado desde el punto de vista del Derecho Internacional es Indonesia.

- b) Por “archipiélago” se entiende un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales, que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal.

### **- Delimitación de los archipiélagos (artículo 47 de la Convención de Naciones Unidas de 1982)**

- Los Estados archipelágicos podrán trazar líneas de base archipelágicas rectas que unan los puntos extremos de las islas y de los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago, a condición de que dentro de tales líneas de base queden comprendidas las principales islas y un área en la que la relación entre la superficie marítima y la terrestre sea entre 1 a 1 y 9 a 1.
- La línea de base recta archipelágica que se use no podrá ser superior a 100 millas, salvo la excepción de que un 3% total que puede llegar hasta 125 millas.

También se exige que el trazado de las líneas rectas siga la “configuración general del archipiélago” (art. 47.3); que comprenda las principales islas (art. 47.1); y que no se utilicen elevaciones secas solo en bajamar, excepto que se haya construido en ellas instalaciones que permanezcan siempre sobre el nivel del mar o estén situados dentro del mar territorial de una isla (art. 47.4).

### **- Régimen jurídico de los archipiélagos**

En principio, se afirma la soberanía del Estado archipelágico sobre sus aguas archipelágicas (artículo 49) pero sometida a tres clases de restricciones.

- Restricciones específicas.

Compromisos de respetar los acuerdos existentes con otros estados, los derechos de pesca tradicionales y otras actividades, el tendido de cables submarinos, ya existentes de otros estados y su conservación y reemplazo. Con ello se trata de no perjudicar los derechos adquiridos en ciertas partes de las aguas archipelágicas cuando era alta mar por los Estados vecinos de los Estados archipelágicos. Siempre, se exige la notificación al Estado soberano.

- Derecho de paso inocente tanto marítimo como aéreo.

- Derecho de libre tránsito por los estrechos internacionales.

En este sentido hay que recordar que una gran cantidad de las controversias sometidas a dictamen o sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya sobre todo en una primera etapa desde 1948 hasta 1991, se referían a la delimitación de espacios marinos bien entre Estados Continentales o entre islas de esos estados o entre Estados Insulares. Un total de 28 sobre 89 casos, un tercio, pues.

#### A) Estados Insulares miembros de la ONU

Hay 193 Miembros de la ONU, de ellos son Estados Insulares o archipelágicos unos 48, dependiendo de cómo se contabilicen.

#### B) Casos especiales: Islas con dos o más estados

- 1) La Española (Haití y Rep. Dominicana)
- 2) Borneo (Brunei, Fed. Malasia e Indonesia)
- 3) Timor (Indonesia y Timor Oriental)

#### ¿Importa el tamaño?

Obviamente, el tamaño y, parcialmente, la ubicación condicionan por igual el desarrollo económico y la aplicación del Derecho Internacional en todo lo que se refiere a derecho de paso o explotación de recursos. Un buen ejemplo es, por una parte, el Reino Unido (gran tamaño, perfecta ubicación), por otro, Indonesia (un laberinto de islas con importantes rutas aéreas y marítimas a través o por encima de sus aguas) o el caso de Tuvalu, remoto estado insular en medio del Océano pacífico al que me referiré más adelante.

Unos estados insulares pueden tener una renta de situación a todos los efectos incluyendo el de seguridad o todo lo contrario. Cuba sería un ejemplo de perjuicio e Islandia uno de beneficio. Un pequeño estado puede hacerse valer internacionalmente como el caso de Malta en la negociación de la CSCE y el Acta final de Helsinki. Más difícil será que un Gran estado insular quede marginado. Pero veamos algunas características:

C) Los estados insulares más pequeños del mundo. Entre los diez países más pequeños del mundo hay seis estados insulares y cuatro micro estados (Vaticano, Santa Sede, San Marino y Liechtenstein)

- 1) Nauru – 21,3 Km<sup>2</sup>
- 2) Tuvalu – 26 Km<sup>2</sup>
- 3) Islas Marshall – 181 Km<sup>2</sup>
- 4) San Cristóbal y Nieves - 216 Km<sup>2</sup>
- 5) Maldivas - 298 Km<sup>2</sup>
- 6) Malta - 316 Km<sup>2</sup>
- 7) Granada - 344 Km<sup>2</sup>
- 8) San Vicente y las Granadinas - 388 Km<sup>2</sup>
- 9) Barbados - 430 Km<sup>2</sup>
- 10) Antigua y Barbuda - 443 Km<sup>2</sup>

### COMPARACIÓN DEL TAMAÑO PARA EL CASO DE MALTA

|            | SUPERFICIE (km <sup>2</sup> ) | POBLACIÓN (hab.) |
|------------|-------------------------------|------------------|
| MALTA      | 316                           | 430.000          |
| IBIZA      | 572                           | 105.000          |
| MENORCA    | 701                           | 133.000          |
| FORMENTERA | 83                            | 11.878           |
| LA GOMERA  | 370                           | 20.940           |
| EL HIERRO  | 269                           | 11.000           |

- **Estados insulares más grandes**

Australia – 7.617.930 Km<sup>2</sup>

Indonesia – 1.919.440 Km<sup>2</sup>

Ocupan el sexto y el décimo quinto puesto en lista de países más grandes del mundo.

- **Estados insulares más poblados**

Indonesia – 241 millones hab.

Japón – 127 millones hab.

Ocupan respectivamente los lugares 4 y 5 en la lista de países más poblados del mundo.

▪ **Los estados insulares con mayor densidad**

- 2) Singapur – 8.017 hab/km<sup>2</sup>
- 3) Bahrein – 2.617 hab/Km<sup>2</sup>
- 5) Malta – 1.387 hab/Km<sup>2</sup>
- 6) Maldivas – 1.188 hab/Km<sup>2</sup>
- 8) Barbados – 610 hab/km<sup>2</sup>

▪ **Los estados insulares con menor densidad**

- 2) Australia 3 hab/km<sup>2</sup>
- 3) Islandia 3 hab/km<sup>2</sup>

▪ **Paraísos fiscales según la OCDE y España**

Para ser paraíso fiscal hay que reunir por lo menos cuatro características:

- 1) Baja o nula fiscalidad para las sociedades extranjeras domiciliadas en el país o territorio.
- 2) Falta de transparencia respecto del sistema fiscal.
- 3) La sociedad inscrita no tiene actividad económica en el país.
- 4) El país huésped no facilita información ni colabora internacionalmente en el intercambio de información.

De acuerdo con estos criterios, seis de los países insulares más pequeños del mundo son paraísos fiscales y otros tienen ventajas muy especiales. Lo seis son: Antigua y Barbuda, Granada, Maldivas, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas y Naurú.

Pero aquí hablamos de estados. Si nos refiriéramos a territorios, entonces la cosa es muy distinta. Prácticamente todas las colonias británicas son paraísos fiscales y uno de ellos es el paraíso fiscal por antonomasia. Me refiero a las Islas Vírgenes Británicas (curioso nombre que deriya de una abreviatura del primero que le puso Cristóbal Colón “Santa Úrsula y las 11 mil vírgenes”).

De acuerdo con los datos que hemos conocido a través de los famosos papeles de Panamá, de las cerca de 200.000 empresas del bufete Mossack y Fonseca, unas 113 mil están registradas en las Islas Vírgenes

británicas. ¿Por qué un territorio insular? No hay una respuesta evidente salvo el hecho de que el tamaño de una isla condiciona su desarrollo económico, la mayoría de las veces los micro estados (casi todos insulares) no tienen recursos naturales para basar su desarrollo. Lo que es cierto es que un país del tamaño de Alemania o España tendría muy complicado basar su desarrollo económico en una baja o nula imposición cuando hay que asegurar el bienestar de 45 o de 80 millones de habitantes.

### **¿Cómo afecta la existencia de los paraísos fiscales a la economía?**

Bruselas estimó que las arcas públicas europeas dejan de ingresar entre 50.000 y 70.000 millones de euros al año debido a la evasión fiscal. Respecto a sus consecuencias económicas, Oxfam Intermón, en su reciente informe titulado “Una economía para el 99%” alertaba sobre el hecho de que a nivel mundial los paraísos fiscales esconden 7,6 billones de dólares de fortunas individuales, una cantidad superior al PIB del Reino Unido y Alemania juntos.

Es evidente que los paraísos fiscales provocan un doble problema. Por una parte, reducen los ingresos fiscales de aquellos países en los que ciudadanos y empresas han decidido situar sus capitales en un paraíso fiscal. Por otra parte, existe la tentación de reducir la tributación a empresas de todo el mundo en una “competencia” por atraer más inversiones. Todos tenemos muy presente el escandaloso caso de Irlanda y la tributación de Apple. Recuerden, un 0,005. Sí, es correcto. Mientras esto ocurría, se aumentaba el IVA para obtener más ingresos, lo que, sin duda, afecta a las personas con menos ingresos.

### **¿Posibilidades de desarrollo de pequeños países insulares?**

Dependerá de la situación y de los recursos naturales. Básicamente, el turismo, la fiscalidad y los recursos excepcionales. Citaré dos casos especiales. Uno, el de Tuvalu con el dominio **.tv**. Tuvalu es un micro estado. La Unión Internacional de telecomunicaciones le adjudicó el prefijo o distintivo **.tv**. Como es muy atractivo, el gobierno de Tuvalu firmó un contrato de cesión de uso de tv que le ha reportado más de un millón de dólares al trimestre en los últimos doce años. Gracias en parte a este dinero, Tuvalu pudo financiar su ingreso en la ONU y desde allí ayudar a Taiwan su principal aliado económico. Algo políticamente muy comprometido.

El segundo caso es el de Naurú. Otro pequeño país insular (una sola isla) que durante setenta años vivió -y muy bien- de la explotación de los fosfatos. Pero no supo gestionar los beneficios y así todas las inversiones, más

de 2 mil millones de dólares, realizadas se dilapidaron hasta el extremo de que en 2004 firmó un acuerdo con Australia para acoger inmigrantes a cambio de dinero para pagar su deuda externa. El 90% del terreno no es ahora apto para el cultivo y no tiene agua. Resultado: paraíso fiscal y poco más.

### **El caso de Malta**

No deja de ser curioso que Malta nunca se ha definido a sí misma como un Estado archipelágico aunque está compuesto por cinco islas:

La entrada en la UE fue fundamental para su desarrollo. En La UE no hay estatuto alguno para los países pequeños pero Malta se ha manejado muy bien. Recibe enormes cantidades de los distintos fondos estructurales, por ejemplo, mil millones en los últimos siete años.

Desarrollo económico. Principales indicadores. Malta tiene un PIB cercano a los 9 mil millones de euros (Baleares en torno a los 27 mil millones) y una renta per cápita de unos 22 mil euros (Baleares unos 25 mil euros). La economía crece a buen ritmo, no tiene apenas paro y mantiene la deuda pública en el 60% de su PIB. Digamos que las cifras macroeconómicas son buenas, por tanto, 53 años después de su independencia goza de buena salud económica o eso parece.

- Distribución del PIB:

|             |       |
|-------------|-------|
| Agricultura | 1,4%  |
| Industria   | 15,5% |
| Servicios   | 81,1% |
  
- Sector Servicios: turismo y juegos on line (más del 33% del PIB)
  
- Centro financiero: 53 mil empresas que mueven cerca de 130 mil millones de euros. El éxito de este centro financiero está basado en el régimen fiscal. Aunque nominalmente impone un 35% a las sociedades inscritas, si éstas reparten dividendos, les devuelve hasta un 30% por lo que el impuesto real es de solo un 5%.

Malta cumple dos de los criterios para ser paraíso fiscal pero no los cuatro requeridos. La UE no se lo permitiría. Es obvio que el régimen fiscal es un elemento clave para el desarrollo económico de Malta y que este país se opondrá frontalmente a todos los intentos de la UE de armonizar los impuestos.

La seguridad y la defensa. Malta obviamente no tiene recursos suficientes para garantizar su seguridad ante una agresión o un ataque importante. Es un país neutral desde la independencia. Podríamos discutir que significa hoy en día la neutralidad. La Constitución maltesa la define así ya en el artículo 1: *Malta es un estado neutral que busca activamente la paz, la seguridad y el progreso social entre las naciones mediante una política de no alineamiento y el rechazo de participar en cualquier alianza militar.*

*Este estatuto implica que.....a) No se permitirá ninguna base militar extranjera en territorio maltés....b) Ninguna facilidad militar maltesa podrá ser usada por ninguna fuerza militar extranjera excepto si lo pide el gobierno de Malta (en caso de agresión).....de acuerdo con los principios de no alineamiento se negará el acceso a los astilleros malteses a cualquier navío militar de las dos superpotencias.*

### **Las islas ante el cambio climático. El caso de Tuvalu y otros estados del Pacífico.**

Tres problemas fundamentales:

- La falta de agua
- La falta de elevación. Maldivas y Tuvalu no tienen más de tres y cinco metros de elevación del terreno sobre el nivel del mar
- La falta de recursos.

Hay además un hecho muy relevante. Los países que más expuestos están al cambio climático son los que menos han contribuido a ese cambio.

Para los micro-estados insulares, el cambio climático es además un problema de seguridad nacional.

Los países insulares del Caribe, en general, están en mejores condiciones para el desarrollo que los de Pacífico por su renta de situación de cara al turismo. Pero el cambio climático les supone también un enorme desafío, incluso teniendo en cuenta el turismo.

En Tuvalu la situación es muy crítica porque pueden plantearse la desaparición del país. Esto podría llevar al surgimiento de toda una clase



de “refugiados medioambientales” cuyos países habrían desaparecido. De hecho, Tuvalu se ha dirigido a Australia y a Nueva Zelanda solicitando garantías de acogida para sus ciudadanos en el caso de que las islas se convirtieran en inhabitables. Sólo Nueva Zelanda ha respondido que aceptaría a los tuvaluneses en el caso de que se produjera una situación de estas características.

Para el Gobierno de Tuvalu la situación plantea un dilema desgarrador. Como Tuvalu se compone sobre todo de atolones, no se trata de construir un muro para protegerse de oleajes porque el país se hunde, las islas se hundeen y el agua salada va ganando terreno. Si la poca agua dulce de que disponen se contamina, quizá tengan que abandonar el país antes de lo previsto. Nos podemos encontrar con una nueva categoría del Derecho Internacional, refugiados sin país, peticionarios de asilo pero no por razones políticas sino literalmente porque el país desaparece.

No es el único caso. Kiribati tiene una altura media de dos metros y las autoridades ya se han dirigido a las de Fiji con la intención de trasladar a toda la población (actualmente unos 103 mil habitantes) a Fiji.

Para ello pretenden comprar un terreno de 20 kilómetros cuadrados para reasentar a toda la población.

## **Conclusiones**

Los Estados insulares dependen mucho de su ubicación y de su tamaño para cumplir con sus obligaciones de Derecho Internacional. Digamos que los mediterráneos o atlánticos lo tienen mejor, pero los del Pacífico, sobre todo, los micro estados, están en permanente riesgo ya sea por catástrofes naturales o por el cambio climático. Nadie está a salvo.

¿Pueden por sí mismos cambiar el Derecho internacional? Parece que no pero a veces pueden condicionarlo (Malta en la CSCE y en la OSCE). Malta en la UE, sin el Reino Unido, se va a sentir más sola y quizá algo impotente. Sin duda tendrá menos margen de maniobra en asuntos que puedan afectarle. Los países del Caribe necesitan de la OEA para hacerse sentir y los países del Pacífico necesitan del concurso de Australia y de Nueva Zelanda, a su vez países insulares pero no pequeños.

El Derecho Internacional clásico proclamaba la igualdad de todos los estados soberanos. Pero que sean iguales ante el derecho no quiere decir

que pesen lo mismo. Hoy, los desafíos del desarrollo económico exigen la construcción de alianzas para conseguir resultados concretos. La estatalidad no siempre ayuda. Un territorio insular de un Estado puede obtener más beneficios en ocasiones que un territorio independiente. Por ejemplo, no me cabe ninguna duda de que Cabo Verde hubiese obtenido muchos más recursos de la Unión Europea si hubiese seguido siendo un territorio portugués que como país independiente. Al fin y al cabo la soberanía no es garantía ni de justicia ni de desarrollo.

Lo verdaderamente cierto es que hoy nadie puede diseñar su futuro de manera autónoma. La globalización impone soluciones comunes y esto es mucho más acusado para los estados insulares pequeños o medianos. Y no solo los pequeños. Hoy en día, a pesar del brexit, sería irrepetible el famoso titular del diario The Times: “El continente aislado a causa de la tempestad”. O a lo mejor sí, quien sabe.

## X. 2. LAS ISLAS ANTE EL DERECHO DEL MAR

Aleix Garau Montané

### I.- INTRODUCCIÓN

Los mares y océanos<sup>1</sup> constituyen un lugar neurálgico en la vida actual, dada su importancia y valor en ámbitos como el medioambiental (en la lucha contra el cambio climático), geoestratégico y de seguridad (las rutas marítimas siguen siendo hoy vía preferente de comunicación y transporte<sup>2</sup>), económico (las aguas y los fondos marinos albergan una ingente riqueza, aunque limitada y menguante, de recursos vivos<sup>3</sup> y no vivos, entre ellos minerales e hidrocarburos, amén de utilizarse para producir energía) o científico (en el innovador campo de la investigación biomédica, por ejemplo).

En este contexto y desde la perspectiva del derecho internacional, las **islas** cobran un valor singular en tanto **generadoras de espacios marítimos de soberanía** (aguas interiores y mar territorial) y de **jurisdicción** (zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental) **de los Estados**, al igual que sucede con la costa continental. En España, los aproximadamente 1.400 km de costa balear y 1.500 de costa canaria contribuyen de manera destacada a conformar nuestra superficie marítima, cercana al millón de km<sup>2</sup> <sup>4</sup>, es decir, casi el doble de la terrestre. Esta superficie podría incluso

---

1.- Cubren aproximadamente el 71% de la superficie del planeta. El 67% de la superficie marítima es alta mar, quedando fuera de la jurisdicción de los Estados.

2.- Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), aproximadamente el 80 % del volumen del comercio mundial y más del 70 % de su valor financiero transitan por mar y por los puertos del mundo entero. En España, según Eurostat, el transporte marítimo representó en 2015 la principal vía de comercio internacional con un 74% del total transportado, siendo la media de la UE el 51%.

3.- Los mares y océanos abarcan el 99% de la biosfera, es decir, el espacio donde se desarrollan los seres vivos.

4.- EEUU es el país con mayor superficie marítima del mundo, con más de 12 millones de km<sup>2</sup>, seguido de Francia (gracias a sus territorios ultramarinos) que supera los 11 millones de km<sup>2</sup>. Microestados insulares como Kiribati o Micronesia alcanzan una superficie marítima de **3,4 y 3 millones de km<sup>2</sup>**. Portugal, con un territorio continental de algo más de 90.000 km<sup>2</sup>, genera 1'7 millones de km<sup>2</sup>, en buena parte gracias a las islas Azores y Madeira.

incrementarse en 300.000 km<sup>2</sup> (el equivalente al territorio terrestre de Italia) si la Comisión de Límites de la Plataforma Continental reconoce a España la plataforma continental residual en las Islas Canarias, más allá de **las 200 millas marinas**<sup>5</sup>. Dicho organismo técnico, creado por la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar, ya reconoció a nuestro país una plataforma continental geológica ampliada en el Cantábrico de 78.000 km<sup>2</sup> y, al igual que sucede con el caso de Canarias, debe también pronunciarse sobre la plataforma continental ampliada en nuestras costas gallegas, que sumaría otra superficie de unos 50.000 km<sup>2</sup>.

## II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ISLAS

El **derecho internacional** regula el concepto y régimen jurídico de las islas en la **Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar (Convemar)**, de ámbito cuasi universal al haber sido ratificada por 168 países, entre ellos España en 1997. Pese a algunas ausencias significativas, por razones diversas, como EEUU o Turquía, la mayor parte de su contenido es aplicable *erga omnes* al tratarse de normas de derecho internacional ya existentes o que han ido cristalizando como costumbre internacional. Su **art 121** define las **islas** como extensiones naturales visibles en pleamar, lo que las diferencia de otras formaciones marítimas con estatuto jurídico distinto (islas artificiales y bajíos o elevaciones de bajamar), dando lugar a mar territorial, zona contigua, plataforma continental y zona económica exclusiva. Aunque no lo cite expresamente, como es lógico las islas disponen también de aguas interiores.

Las **rocas** quedan englobadas en el concepto de isla, si bien aquellas que no sean aptas para mantener habitación humana ni vida económica propia no dispondrán de plataforma continental ni zona económica exclusiva. Ambos requisitos han sido recientemente interpretados por el **Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya**, en un **laudo arbitral del 12 de julio de 2016**<sup>6</sup> instado por Filipinas sobre ciertas formaciones marítimas controvertidas en el Mar Meridional de China, en el que se considera que la presencia de un destacamento militar o la realización de una actividad

---

5.- La Convemar permite extender la plataforma continental hasta las 350 millas, en los casos de plataforma geológica amplia, que sobrepasan las 200 millas. Toda referencia posterior hecha en millas se entenderá que son marinas o náuticas, equivalentes a 1.852 metros

6.- El fallo de este laudo arbitral del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, que se puede consultar en <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>, no entró en cuestiones de soberanía para resolver las disputas territoriales ni los límites de las fronteras marítimas que afecta a varios países en el Mar Meridional de China, ya que la Corte no tiene competencia para ello. Pero sí dictaminó sobre el carácter de una serie de rocas e islotes al amparo de la definición del art 121 de la Convemar, para lo que realizó un profundo estudio interpretativo de dicho precepto.

económica de mera subsistencia o extractiva (que no involucre a la población local) no son condiciones suficientes para generar zona económica exclusiva o plataforma continental.

Las **islas artificiales**<sup>7</sup>, junto a otras construcciones y plataformas, no tienen la consideración de isla ni su régimen jurídico, previsto en el art 121 de la Convemar. Su regulación se halla en el art 60 de la Convención, en la parte referida a la zona económica exclusiva, ya que el derecho internacional reconoce jurisdicción a los Estados ribereños para construir islas artificiales en dicho espacio, siempre y cuando no entorpezcan vías marítimas utilizadas para la navegación internacional. En cualquier caso, no generan para el Estado ningún espacio de soberanía y jurisdicción, pudiendo dar lugar, a lo sumo, a una zona de seguridad de 500 metros. Tampoco pueden utilizarse como líneas de base para medir los espacios marítimos, a diferencia de lo que sucede, bajo ciertas condiciones, con los bajíos o las elevaciones de bajar.

La Convemar introdujo un nuevo espacio marítimo, las aguas archipelágicas –art 46-, con un régimen parecido al de las aguas interiores que, sin embargo, únicamente se aplica a los llamados Estados archipelágicos<sup>8</sup>. Por tanto, ni Baleares ni Canarias, ambos **archipiélagos de Estado**<sup>9</sup>, generan aguas archipelágicas para nuestro país. No obstante, no sería contrario a la Convemar la utilización de líneas de base archipelágicas (uniendo los puntos extremos de las diferentes islas que forman el archipiélago, conformando un perímetro archipelágico) para medir el mar territorial u otros espacios marítimos de acorde con la Convención. De hecho, dicha posibilidad ya se contemplaba para Baleares y Canarias en la Ley 15/1978 sobre zona económica exclusiva, habiéndose hecho efectiva por primera vez en la Ley 44/ 2010 de aguas canarias<sup>10</sup>.

---

7.- China ha construido centenares de hectáreas de estas islas en el Mar Meridional de China.

8.- Tratados en la intervención del Embajador José M<sup>a</sup> Pons Irazazábal.

9.- Además de los dos archipiélagos españoles principales, cabe recordar la existencia de otras islas españolas, como las plazas de soberanía al norte de Marruecos (las islas Chafarinas, Alhucemas y el peñón de Vélez de la Gomera, este último unido al continente por un istmo tras el terremoto de 1930) o la isla de Alborán (dependiente administrativamente de Almería). Se trata de islas o islotes, cuya extensión es de unas pocas hectáreas, que cuentan con la presencia de guarniciones militares y que en algunos casos fueron presidios y llegaron a tener una población de centenares de personas. En cualquier caso generan mar territorial y zona contigua. El eventual cumplimiento de los requisitos del art 121 de la Convemar para generar ZEE es irrelevante en este supuesto dado la proximidad geográfica con Marruecos.

10.- Dicha ley define las aguas canarias como el especial ámbito marítimo de Canarias, donde el Estado y la comunidad autónoma ejercen respectivamente sus competencias establecidas en la Constitución y el Estatuto de Autonomía. En su disposición adicional única incide en el respeto al derecho internacional, en tanto en cuanto el contorno perimetral establecido, dice, no alterará la delimitación de los otros espacios marítimos (aguas interiores, mar territorial o zona contigua) tal y como están establecidos por el ordenamiento español en virtud del derecho internacional. Por tanto, es difícil vislumbrar la trascendencia práctica de esta norma.

Junto al ordenamiento jurídico internacional, existe un amplio elenco de **normas internas españolas de carácter estatal** que, de manera dispersa, regulan aspectos relacionados con el régimen jurídico marítimo de las islas. La atribución y regulación de los espacios marítimos según el derecho internacional, es una competencia exclusiva del Estado. Estas normas van desde la Constitución de 1978 (arts 132, 148 y 149), pasando por leyes (ley 10/1977 sobre mar territorial; ley 15/1978 sobre zona económica exclusiva; ley 44/2010 de aguas canarias; ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuyo texto fue refundido por el RD Legislativo 2/2011; o ley 14/2014 de Navegación Marítima, etc) hasta disposiciones de rango reglamentario (RD 2519/1977 sobre trazado de líneas de base rectas; RD 1315/1997 sobre Zona de Protección Pesquera en el Mediterráneo; RD 236/2013 por el que se establece una Zona Económica Exclusiva para España en el Mediterráneo noroccidental; u órdenes ministeriales como la de Defensa de 1985 sobre escalas de buques de guerra extranjeros).

A todo ello hay que añadir los **Convenios bilaterales** en vigor, suscritos por España, para la delimitación de espacios marinos con países vecinos: dos con Francia en 1974 para delimitar respectivamente en el golfo de Vizcaya el mar territorial y la zona contigua, y la plataforma continental; y uno con Italia del mismo año, para delimitar la plataforma continental entre las islas de Menorca y Cerdeña. España firmó con Portugal un Convenio en 1978 en Guarda sobre la delimitación del mar territorial y la zona contigua que, si bien no llegó a entrar en vigor, es respetado por ambos países en los términos pactados para la región del Miño<sup>11</sup>.

---

11.- En cuanto a la delimitación de los espacios marítimos entre Madeira y Canarias, de acuerdo con el derecho internacional las **Islas Salvajes** (archipiélago bajo soberanía portuguesa, situado entre Canarias y Madeira, que constituye una reserva natural y está deshabitado, con la sola presencia de un pequeño retén de guardas forestales) no tienen ni zona económica exclusiva ni plataforma continental ya que no cumplen los requisitos exigidos por el art 121.3 de la Convemar para generar dichos espacios: ser aptas para mantener habitación humana o vida económica propia. Por otro lado, España no tiene firmado con Marruecos ningún acuerdo de delimitación de espacios marinos. La delimitación de ambos mares territoriales en el estrecho de Gibraltar ha venido determinada por la línea media o equidistante, de acuerdo con las respectivas leyes nacionales (Ley 10/1977 del mar territorial, en el caso español), que coincide con el criterio principal de la Convemar (aplicación de la línea media o equidistante, salvo acuerdo en contrario, derechos históricos o circunstancias especiales, para delimitar el mar territorial entre países vecinos con costas adyacentes o situadas frente a frente). En la costa atlántica, para delimitar las zonas económicas exclusivas, ambos países han respetado en la práctica el principio de la equidistancia (por ejemplo, para autorizar prospecciones petrolíferas) si bien Marruecos ha alegado la necesidad de corregir dicho criterio en base a la concurrencia de circunstancias especiales, por la concavidad de su costa (sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, dicho factor sólo es aplicable a las costas adyacentes y no situadas frente a frente). En el Mediterráneo, en cambio, no ha lugar a la delimitación de la zona económica exclusiva ya que ninguno de los países la ha declarado enfrente del otro (el RD 236/2013 no proclama la ZEE española en el mar de Alborán). El pasado 6 de julio de 2017, Marruecos aprobó dos proyectos de ley y uno de decreto modificando normas internas anteriores a la entrada en vigor de la Convemar, relativas a sus aguas territoriales y la ZEE y plataforma continental, así como a las líneas de base para medir dichos territorios. Estos textos pueden consultarse en: (<http://www.sgg.gov.ma/ProjetsTextesDiffusesMembresGouvernement.aspx>)

### III.- LAS ISLAS BALEARES

De acuerdo con el marco normativo señalado en el epígrafe anterior y ciñéndonos al **ámbito balear**, cada isla del archipiélago genera individualmente sus propios espacios marítimos a partir de las líneas de base recta previstas en el RD de 1977, que tienen la particularidad de unir o enlazar varias islas a efectos de su medición (Mallorca con Cabrera y Sa Dragonera; e Ibiza con Formentera). La eventual utilización del perímetro archipelágico en Baleares para la medición de la zona económica exclusiva o la plataforma continental no hubiera aportado beneficios en términos de superficie marítima (a diferencia de lo que sucede con Canarias) ya que en cualquier caso estos espacios marítimos no llegan a las 200 millas marinas que prevé la Convemar, por estar eventualmente superpuestos con los de otros países vecinos.

Las **aguas interiores**, donde el Estado ejerce su soberanía plena, abarcan los diferentes **puertos** del archipiélago (que pueden ser de “interés general”, cuya competencia es exclusiva del Estado, conforme al art 149.1.20 CE, y son gestionados por el Ministerio de Fomento a través del ente público Puertos del Estado - es el caso del de Palma, Alcudia, Maó, Eivissa y la Saviona- ; el resto, incluyendo los puertos deportivos y de refugio, como los de Ciutadella, Fornells, Andraitx, Sóller o Portals, son de competencia autonómica, en base al art 148.1.6 CE, y gestionados por Ports Ib), las **bahías** cuyos puntos extremos no estén separados por más de 24 millas (lo que incluye todas las bahías del archipiélago, entre ellas las de Palma, Alcudia y Pollença) y las **radas y ensenadas**.

En el **mar territorial**, hasta las 12 millas marinas, el Estado ejerce también su soberanía aunque con la limitación del derecho de paso inocente de buques extranjeros, inclusive de guerra, regulado en la Convemar. A diferencia del régimen de paso en tránsito, previsto para los estrechos de navegación internacional (como el de Gibraltar), no cabe la navegación en inmersión ni sobrevuelo. En todo caso, el paso deberá ser inocente (lo que excluye no sólo el uso de armas sino también la realización de otras actividades como la pesca o investigación científica durante el mismo), rápido e ininterrumpido, y ajustarse a las normas españolas de seguridad, medio ambiente y tráfico marítimo. No cabe en principio el ejercicio de la jurisdicción penal sobre el buque que lo realiza, salvo que provenga de las aguas interiores.

Más allá de estos espacios de soberanía, en las aguas de la costa balear hay una **zona contigua** de 12 millas, adyacente al mar territorial, donde rige el principio de libre navegación pero donde España puede ejercer competencias

funcionales para impedir y sancionar infracciones fiscales, aduaneras, sanitarias y de inmigración, de acuerdo con la Convemar. En cuanto a la **zona económica exclusiva** (donde el Estado tiene derechos de soberanía sobre los recursos naturales, sean vivos o no, lo que incluye la pesca o la exploración y explotación de hidrocarburos), España estableció con carácter genérico en la Ley 15/1978 una zona económica exclusiva hasta las 200 millas, únicamente para el Cantábrico y el Atlántico, incluyendo las Islas Canarias.

El Mediterráneo, y Baleares, quedaban por tanto excluidos, lo que permitía que en las aguas de nuestra costa, más allá del mar territorial, pudieran navegar y faenar libremente, sin ningún tipo de cortapisa, flotas pesqueras de terceros países. En 1997 se puso fin a esta situación con la creación de una “zona de protección pesquera” en el Mediterráneo (RD 1317/1997), del cabo de Gata a la frontera marítima con Francia, en la que España declaraba sus derechos soberanos para la conservación de recursos marinos vivos y el control y gestión de la actividad pesquera.

Posteriormente, en 2013, España proclamó una Zona Económica Exclusiva en el Mediterráneo noroccidental, que incluía a Baleares, mediante el RD 236/2013, en base a la D.F 1ª de la mencionada Ley 15/1978 que habilitaba al gobierno a extender la ZEE a “otras costas españolas”. Esta ZEE en el mediterráneo noroccidental viene determinada por coordenadas geográficas precisas (a diferencia de lo que sucede en las costas españolas atlántica y cantábrica) y delimitada por el trazado de una bisectriz en la línea media equidistante con los países ribereños vecinos, entre los cabos de Gata y de Creus, dejando al margen el mar de Alborán, frente a la costa marroquí. Pese a que el RD 236/ 2013 no derogó expresamente el RD 1317/1997, cabe entender que la zona de protección pesquera queda subsumida en la ZEE.

Por su parte, la **plataforma continental** en las distintas islas baleares (en ella el Estado también ejerce derechos de soberanía en la exploración y explotación de los recursos naturales, en este caso sin necesidad de declaración expresa) es exigua desde un punto de vista geológico y en ningún caso alcanza las 200 millas. Su extensión coincide con la de la zona económica exclusiva. España tiene suscrito el Convenio de 1974 con Italia sobre la delimitación de la plataforma continental entre Menorca y Cerdeña, en el que se aplica de manera estricta el principio de la equidistancia.

No cabe hablar, en sentido estricto, de unas aguas de les Illes Balears (por eso llama la atención la utilización, algo impropia, del término aguas canarias, que hemos visto anteriormente) ya que como recuerda el art 132.2



CE el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental son bienes de dominio público estatal. La creación de unas llamadas “aguas canarias” por la Ley 44/2010, dentro de un perímetro archipelágico en el que el Estado y Canarias ejercerán sus competencias, no presupone en ningún caso la titularidad canaria de dichas aguas, siendo ésta estatal.

En consonancia con ello, el art 2 del EAIB no se refiere a los espacios marítimos adyacentes a su territorio como parte integrante del mismo. Sin embargo, ello no es óbice para que Balears (así como el resto de CCAA con litoral) pueda ejercer en dichos espacios marinos las competencias que tenga atribuidas por la Constitución (arts 148.1.6ª y 11ª; art 149.1.19ª, 20ª, 21ª) y el EAIB (arts 30.5, 6, 22 y 50<sup>12</sup>; 31.8; 32.12, 15, 16, 17). Entre ellas cabe destacar la pesca en aguas interiores, incluyendo la cría y recogida de marisco y la acuicultura; la competencia ejecutiva en salvamento marítimo; la ordenación del sector pesquero (en tanto actividad económica y comercial, pero no extractiva, como ha precisado el TC) o la competencia en materia de puertos deportivos y que no sean de interés general.

Por su parte, el Estado (en el sentido del art 149 CE, es decir, las Cortes Generales y el Gobierno de la Nación) tiene competencia exclusiva en materia de pesca marítima más allá de las aguas interiores; en iluminación de costas y señales marítimas; o en los puertos de interés general y comercial que hemos visto. Las escalas en puerto de buques de guerra están sometidas, en tiempos de paz, a la autorización previa, caso por caso, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, oído el Ministerio de Defensa<sup>13</sup>, y en el caso de otros buques de Estado, a la autorización previa de la autoridad marítima. La Ley 25/1964 de seguridad nuclear preveía, en el caso de los buques de propulsión nuclear, la posibilidad de realizar inspecciones previas en el mar territorial antes de autorizar la entrada a puerto o aguas interiores.

Por último, no hay que olvidar que las aguas adyacentes a la costa balear, bajo soberanía y jurisdicción española, forman parte también de las llamadas **aguas de la Unión** (art 4 del Reglamento UE 1380/2013 del PE y del

---

12.- El art 30.50 EAIB establece como competencia exclusiva de la CAIB, sin perjuicio de lo dispuesto en el art 149.1 CE, la pesca marítima en las aguas de les Illes Balears. Este precepto quedaría vacío de contenido ya que su redacción literal no parece muy compatible con los arts 148.1.11ª CE y 149.1.19ª CE, y además no sería del todo correcto jurídicamente hablar de unas aguas de les Illes Balears, que por otro lado no define.

13.- Ley14/2014 de Navegación Marítima y Orden de Defensa de 1985 sobre escalas de buques de guerra extranjeros, en tiempos de paz.

Consejo, de 11 de diciembre de 2013<sup>14</sup>), lo que conlleva la aplicación en las mismas de la política pesquera común y su sometimiento a dicho régimen jurídico comunitario.

---

14.- A efectos del presente Reglamento se entenderá por “aguas de la Unión”, las aguas bajo soberanía o jurisdicción de los Estados miembros, con excepción de las aguas adyacentes a los territorios relacionados en el anexo II del Tratado, que son los países y territorios de ultramar.

## **Bibliografía y fuentes de consulta:**

- Díez de Velasco, M., "Instituciones de Derecho Internacional Público" (18ª ed.), Tecnos 2013
- Pastor Ridruejo, J.A, "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", (19ª ed.), Tecnos 2015
- Remiro Brotons, A. y otros, "Curso de Derecho Internacional", Tirant lo Blanch, 2010
- <http://www.realliganaval.com/noticias/wp-content/uploads/2016/06/20160527-manual-de-derecho-del-mar-version-definitiva.pdf>
- Jorge, J. y Ponte, M.T, "Protección de intereses colectivos en el derecho del mar y cooperación internacional", Iustel, 2012
- Pastor Palomar, A., "La delimitación marítima entre estados. Formaciones insulares y bajíos", Tirant lo Blanch, 2017
- Yturriaga Barberán, J.A, Orihuela Calatayud, E., y Lacleta Muñoz, J.M, "España y la práctica del derecho internacional. El derecho del mar", Colección Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014
- Juste, J. y Bou Franch, V. "Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo", Tirant lo Blanch, 2014
- De Faramiñán, J.M y Gutiérrez, V.L, " El Mediterráneo y la delimitación de su plataforma continental", Tirant lo Blanch, 2007
- Garau Juaneda, L., "art.2" en Blasco.A y otros autores, "Comentarios al Estatuto de Autonomía de les Illes Balears", Civitas-Thomson, 2008



# XI.- COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO

## XI. 1. ESTUDIO SOBRE LAS LEYES 8/2015, DE 22 DE JULIO Y 26/2015, DE 28 DE JULIO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

*En la sesión académica celebrada el 16 de febrero de 2009 se acordó crear, en el seno de nuestra Real Academia, las Comisiones de Derecho Público y de Derecho Privado, las cuales han venido realizando desde entonces una labor muy fructífera, de la que hacen amplio eco los Boletines de nuestra Corporación, según puede verse a partir del número X y siguientes. Los temas abordados por la Comisión de Derecho Público han sido de gran variedad, mientras que la Comisión de Derecho Privado se ha centrado –de acuerdo con el mandato estatutario que nos impone una especial dedicación al Derecho propio– en las instituciones de nuestro Derecho civil. De esta manera, el sistema legitimario, los contratos sucesorios, la definición, las reservas sucesorias, las parejas no casadas y la sustitución fideicomisaria han sido objeto de amplios estudios y debates. Y en ocasiones las dos Comisiones han trabajado conjuntamente, cual ocurrió al abordarse el tema de la sucesión intestada, dado que la preconizada sucesión de la Comunidad Autónoma, en vez del Estado, en la sucesión de las personas fallecidas sin testamento o contrato sucesorio y sin parientes con derecho a heredar ab intestato, contempla situaciones que son de interés tanto para el Derecho público como para el Derecho privado.*

*En la presente ocasión han trabajado también conjuntamente las dos Comisiones, aunque en este caso no ha sido para estudiar una institución de nuestro Derecho, sino para centrarse en la amplia*

*reforma que, en materia de protección de menores, han llevado a cabo las dos leyes indicadas en el encabezamiento; una de las cuales reviste forma de ley orgánica por afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en diversos artículos de nuestra Constitución. Son muchas las normas de nuestro ordenamiento jurídico que quedan modificadas por las dos leyes estudiadas y algunas de tanta importancia como el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y la Ley de Adopción Internacional.*

*Venturosamente, en el seno de nuestra Corporación se encuentran Académicos conocedores de las diversas ramas del ordenamiento jurídico en las que inciden las modificaciones legales efectuadas. Los estudios se abren con una introducción de la que es autora la Catedrática de de Derecho procesal Isabel Tapia Fernández, a la que siguen la contemplación de las normas objeto del análisis desde una óptica constitucionalista, civilista, administrativista, procesal e internacional, a cargo de los Académicos Joan Oliver Araujo, Pedro A. Aguiló Monjo, Isabel Tapia Fernández y Carlos Gómez Martínez, respectivamente. El de Miguel Coca Payeras se incluirá en el próximo Boletín.*

## XI. 1.A. INTRODUCCIÓN

**Isabel Tapia Fernández**

Entre la abundante normativa referente a la protección de la familia y, en especial, de los menores de edad, sendas leyes de julio de 2015 (orgánica una: la LO 8/2015; y ordinaria otra: la Ley 26/2015, de 28 de Julio, además de las importantes reformas que se contienen en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio de 2015) han venido a modificar la legislación anterior y, sobre todo, a poner al día una materia tan sensible como es la regulación de los derechos de los menores de edad.

En efecto, la protección jurídica del menor venía regulada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; ley que supuso en su día un gran avance con relación a la anterior normativa (Ley 21/1987, de 11 de noviembre). Téngase en cuenta que la Convención de los Derechos del Niño de 1989 supuso un avance extraordinario en la consideración del niño, que pasó de ser considerado un objeto de protección a ser considerado sujeto de derechos.

Pero, transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, y producidos importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores, se hacía necesario una mejora legislativa que recogiera asimismo los diversos instrumentos internacionales universalmente reconocidos por el legislador y que afectan a una mayor protección de los derechos del menor (menores con discapacidad, protección contra la explotación y abuso sexual, adopción internacional... etc.). Como se dice en el Preámbulo de la LO 8/2015, se hace necesario adaptarla a las necesidades sociales tan cambiantes y a las diversas observaciones realizadas por el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas, el Defensor del Pueblo y la Fiscalía General del Estado, que abordan determinados aspectos relativos a la protección del niño.

El marco normativo en el que se desarrolla esta materia hay que encontrarlo en diversas Leyes y Tratados Internacionales, de modo que se dé cumplimiento a lo prevenido en la norma fundamental, la Constitución Española, que en su art. 39 establece que los poderes públicos habrán de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia; y asimismo, la “protección integral de los hijos”. Los niños –se dice en el nº 4 de este art. 39 CE– “gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

A la protección de la juventud y de la infancia se hace referencia también en el art. 20.4 de la Constitución Española, para establecer límites a la libertad de información cuando no se respeten los derechos constitucionales al honor, la intimidad y la propia imagen, y “a la protección de la juventud y de la infancia”.

1. Entre los numerosos acuerdos e instrumentos internacionales que hacen referencia a la protección del niño y adolescente, se pueden citar:

- El más importante texto jurídico: La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada el 30 de noviembre de 1990) y sus Protocolos facultativos. Este texto jurídico (CDN, Resolución 44/25) es el primer tratado específico para el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia, y supuso la culminación de un proceso histórico que durante todo el siglo XX se produjo en los distintos países (Declaración de Ginebra de 1924, Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959). Se adopta el criterio del “interés superior del niño” como un concepto que será el elemento central del derecho de la infancia (art. 3 de la CDN<sup>1</sup>).
- La Convención de las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada el 23 de noviembre de 2007).
- El Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (ratificado el 30 de junio de 1995).
- El Convenio de la Haya de 28 de mayo de 2010, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (ratificado el 6 de septiembre de 2010).

---

1.- Art. 3.1 de la Convención sobre derechos del niño: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño*”.



- El Convenio del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, relativo a la adopción de menores (ratificado el 16 de julio de 2010).
- El Convenio del Consejo de Europa, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (ratificado el 22 de julio de 2010), referente a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual.
- El Convenio Europeo, hecho en Estrasburgo, el 25 de enero de 1996 (ratificado el 11 de noviembre de 2014), sobre el ejercicio de los derechos del niño.
- La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (que sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo).
- El Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, que trata de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (por el que se deroga el Reglamento CE n° 1347/2000).

2. Además de esta prolija normativa internacional, diversas Leyes nacionales abordan la materia:

En primer lugar, como se ha dicho y como marco de referencia, el art. 39 de la Constitución Española, relativo a la protección de la familia y los hijos; que proclama en su apartado 4 que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Y los acuerdos internacionales más importantes son, con anterioridad a la Constitución, la Declaración de Derechos del Niño de 1959; y con posterioridad, el fundamental: La Convención Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989; textos ambos ratificados por España y que, por mandato constitucional (art. 96.1 CE), forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

En segundo lugar, una serie de normas (orgánicas y ordinarias) al respecto. Dado que muchos cambios afectan a derechos fundamentales y libertades públicas, las leyes que regulan la materia han de ser de dos tipos: orgánicas unas, y ordinarias otras<sup>2</sup>. Así:

---

2.- Desde luego, no es una enumeración exhaustiva, sino simplemente ejemplificativa de los más significativos textos legales afectantes a la materia

– La fundamental Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta Ley es la que ha sido modificada mediante las que ahora se examinan: la LO 8/2015, y la L 26/2015: leyes que reforman, entre otras muchas, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

– La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que, entre otras variadas materias, regula los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia; y sobre todo, en materia de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

– El Código Civil.

– La Ley de Enjuiciamiento Civil.

– La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

3. La correspondiente legislación de las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias. El art. 148.1.20 de la Constitución Española confiere a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias en materia de asistencia social; y, en este sentido, los distintos Estatutos de Autonomía han posibilitado el dictado de normas relativas a los derechos del menor y de la familia<sup>3</sup>.

Para finalizar esta breve introducción, dos advertencias:

Se comprende que con este trabajo no pretenden los autores presentar un tratado acerca del menor, sino, más modestamente, poner de manifiesto las reformas operadas en la materia y ordenar las normas afectantes a los diversos aspectos que han sufrido la reciente transformación.

Aunque no es exacto distribuir las materias en apartados estancos, no obstante y para simplificar la enmarañada materia que se trata en este estudio, dividiremos el trabajo en cinco apartados, correspondientes a los diversos aspectos: a) administrativos, b) constitucionales, c) civiles, d) internacionales, y e) procesales.

De cada unos de estos aspectos es autor un miembro de la Academia.

---

3.- El art. 16 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, prevé, dentro de la defensa y promoción de los derechos sociales de los ciudadanos de las Illes Balears, que *“En todo caso, la actuación de las Administraciones públicas de las Illes Balears deberá centrarse primordialmente en... la defensa integral de la familia... la protección específica y la tutela social del menor...”*.

**XI. 1.B. DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES:  
MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA  
8/2015 Y POR LA LEY 26/2015 EN LA LEY (PARCIALMENTE)  
ORGÁNICA 1/1996, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR**

**Joan Oliver Araujo**

**SUMARIO**

1.- INTRODUCCIÓN: DE LA CONSTITUCIÓN A LAS LEYES DE  
DESARROLLO

2.- DERECHOS DEL MENOR

*2.1. Interés superior del menor (nuevo artículo 2 LOPJM).*

*2.2. Referencia a Instrumentos Internacionales (nuevo artículo 3 LOPJM).*

*2.3. Derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su  
desarrollo (nuevo artículo 5 LOPJM).*

*2.4. Derecho a participar plenamente en la vida social, cultural,  
artística y recreativa de su entorno (nuevo artículo 7 LOPJM).*

*2.5. Derecho a ser oído y escuchado (nuevo artículo 9 LOPJM).*

*2.6. Derechos de los menores acogidos (nuevo artículo 21 bis LOPJM).*

*2.7. Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos del menor (nuevo  
artículo 10 LOPJM).*

3.- DEBERES DEL MENOR

*2.1. Introducción: se añade el capítulo III del título I (nuevos artículos  
9 bis a 9 quinquies LOPJM).*

- 2.2. *Deberes relativos al ámbito familiar (nuevo artículo 9 ter LOPJM).*
- 2.3. *Deberes relativos al ámbito escolar (nuevo artículo 9 quáter LOPJM).*
- 2.4. *Deberes relativos al ámbito social (nuevo artículo 9 quinquies LOPJM).*
- 2.5. *El menor como un ser potencialmente transgresor de las normas.*

# 1. INTRODUCCIÓN: DE LA CONSTITUCIÓN A LAS LEYES DE DESARROLLO

La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores. En concreto, el artículo 39.4 afirma taxativamente que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. La redacción de este apartado cuarto excede a todas luces del Derecho de familia, habiendo sido más conveniente, a nuestro juicio, que se hubiera “singularizado la protección del niño, como sucede con la juventud”, en otro artículo, enclavado en el mismo capítulo tercero<sup>4</sup>. De hecho, como nos explicó el profesor Óscar Alzaga<sup>5</sup> pocos días después de aprobarse la Constitución, este apartado “es hijo de la polvareda que se organizó a la vista del olvido que al respecto sufrió el *Borrador [de Constitución]* de la Ponencia”. Polvareda que inició UNICEF-ESPAÑA con motivo de la celebración del Día Mundial del Niño el 9 de noviembre de 1977.

La primera respuesta *de conjunto* a esta preocupación constitucional por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección se concretó en la importante Ley (parcialmente) Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM). Se trata de un marco regulador que, desde su aprobación, garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

A pesar del indudable avance legislativo que supuso la aprobación de dicha norma, han transcurrido más de veinte años desde su entrada en vigor, habiéndose producido en este tiempo importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores. Cambios que demandan una

---

4.- Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: “Sistema normativo español sobre protección de menores”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 125-126.

5.- Vid. ALZAGA VILLAAMIL, Ó.: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Marcial Pons, Madrid, 2016, segunda edición, pág. 244. Como es sabido, la primera edición de esta obra clásica, que todos los constitucionalistas usamos con fruición durante bastantes años, apareció en diciembre de 1978, unos días antes de la entrada en vigor de la Carta Magna española.

mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución. Así se constata en las “Recomendaciones” contenidas en el “Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social” (2009) y en el “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia” (2014), ambos del Defensor del Pueblo; en las “Recomendaciones” contenidas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2010; en las “Observaciones finales” a España de 3 de noviembre de 2010 del Comité de los Derechos del Niño; y en el “Informe” de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines<sup>6</sup>. Además, son varios los convenios internacionales que han entrado en vigor en nuestro país en este periodo y que exigen una adaptación normativa.

Con el objetivo de dar concreción legislativa a las propuestas y recomendaciones referidas, las Cortes Generales aprobaron, con pocos días de diferencia, dos leyes (una orgánica y una ordinaria)<sup>7</sup> que modifican la LOPJM:

- a) La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE*, núm. 175, de 23 de julio de 2015). Esta norma, por lo que a nosotros nos interesa, tiene como objeto introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución.
- b) La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE*, núm. 180, de 29 de julio de 2015). Dicha norma tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia (que no exijan ley orgánica) que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Para nuestro objeto de estudio, resulta de especial

---

6.- Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, el día 17 de noviembre de 2010.

7.- Valiosos comentarios a ambas leyes pueden consultarse en CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

interés la nueva regulación de determinados derechos y la inclusión *ex novo* de deberes.

Estas dos leyes, como subraya la profesora Julia Ramiro<sup>8</sup>, representan la culminación de un trabajoso proceso de reforma para actualizar la protección de la infancia y los derechos de los niños y adolescentes, que se había iniciado en el año 2011.

## 2. DERECHOS DEL MENOR

Como se ha señalado con acierto<sup>9</sup>, la percepción del niño y del adolescente como ciudadano de hoy y de mañana tiene un indiscutible carácter cultural. Por ello, las declaraciones legales de los derechos de los menores<sup>10</sup> están elaboradas socialmente en y desde contextos estatales e internacionales muy diferentes<sup>11</sup>. Su posición en el ordenamiento jurídico experimenta sensibles cambios a tenor de los paradigmas jurídicos, sociales, morales y políticos que se van imponiendo en el mercado de las ideas. Para bien y para mal, evidentemente. Las distintas épocas históricas, a veces cronológicamente muy cercanas unas a las otras (pensemos en el rápido tránsito de la dictadura franquista a la democracia en España), y los diversos contextos políticos, en ocasiones a pocos kilómetros unos de otros (pensemos, por ejemplo, en las dos orillas del Mediterráneo), nos muestran el referido carácter histórico y cultural de la posición jurídica del menor y de los derechos que se le reconocen<sup>12</sup>.

---

8.- Vid. RAMIRO, J.: “Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 95, 2016, pág. 136.

9.- *Ibidem*, págs. 119-118.

10.- Para un estudio de los derechos humanos de los niños, son recomendables, entre otros, los siguientes trabajos: HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L.: “Los derechos humanos de los niños”, en Marzal, A. (coord.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1999; IDEM: “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Revista de Educación*, núm. 294, págs. 221-233; VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETILLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *Los derechos de la infancia y la adolescencia. Congresos Mundiales y temas de actualidad*, Ariel, Barcelona, 2006.

11.- Vid. KJØRHOLT, A. T.: “Children as New Citizens: In the Best Interest of the Child?”, en James A. y James A. L. (eds.), *European Childhood. Cultures, Politics and Childhoods in the European Union*. Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008, págs.14-37.

12.- Vid. LISTER, R.: “Why citizenship: Where, when and how children?”, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, núm. 2, 2007, págs. 693-718; COCKBURN, T.: “Children and Citizenship in Britain: A Case for a Socially Interdependent Model of Citizenship”, en *Childhood*, vol. 5, núm. 1, 1998, págs. 99-117.

## **2.1. Interés superior del menor (se modifica el art. 2 LOPJM por el art. 1.2 LO 8/2015)**

Los cambios introducidos en la LOPJM por la LO 8/2015 desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Aunque se trata de un principio fundamental en esta materia, es un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones<sup>13</sup>. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 LOPJM, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Este concepto de “interés superior del menor” se define, en la nueva legislación, desde un contenido triple. *Por una parte*, es un derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. *Por otra*, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, *en último lugar*, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador, que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso. Criterios y valores que, además, deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación de aquel principio fundamental.

Portodoello, se modifica la rúbrica del capítulo I del título I (originariamente: “Ámbito y principios generales”), que queda con el siguiente tenor: “Ámbito e interés superior del menor”, y se da una nueva redacción del artículo 2 de la LOPJM. Veamos el cambio. La redacción originaria de este precepto era la siguiente:

---

13.- Vid. MARRE, D. y SAN ROMÁN, B.: “El interés superior de la niñez en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, en *Scripta Nova*, Vol. XVI, núm. 395, 2011.



*“Artículo 2. Principios generales.*

En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

La nueva redacción del artículo 2 de la LOPJM, introducida por el artículo 1.2 de la LO 8/2015, reza así:

*“Artículo 2. Interés superior del menor.*

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad<sup>14</sup>, cultura, religión<sup>15</sup>, convicciones, orientación e identidad sexual<sup>16</sup> o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

---

14.- La LOPJM fue criticada, en el momento de su aprobación (1996), por no incluir el derecho del niño a preservar su identidad (ya consagrado entonces en el art. 8 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989). Solventando en parte esta criticable omisión, la nueva Ley Orgánica 8/2015, si bien no contiene “de manera autónoma este derecho”, sí se refiere al mismo de forma indubitada (nuevo art. 2.2.d LOPJM). Vid. BARTOLOMÉ TUTOR, A.: “El derecho a la identidad”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 727-728.

15.- Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia según los estándares del TEDH”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 75, 2016, págs. 147-188.

16.- Como destaca A. BARTOLOMÉ TUTOR (“El derecho...”, *op. cit.*, pág. 729), “si bien, tradicionalmente, el derecho a la identidad quedaba circunscrito al derecho al nombre, a la nacionalidad y al conocimiento de la filiación, el devenir de los tiempos y, sobre todo, los cambios sociales hacen que este derecho esté matizado, concurriendo el derecho a la identidad genética y el derecho a la identidad sexual o de género”. Ver, en la misma línea, los nuevos artículos 2.3.b) y 9 quinquies.2.a) de la LOPJM.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.

Merece la pena subrayar que este nuevo precepto indica, expresamente, que el “interés superior del menor” siempre será atendido con preferencia “sobre cualquier otro interés legítimo”, siendo evidente que los conflictos que puedan suscitarse entre diferentes intereses protegidos por el Derecho solo pueden resolverse de forma casuística, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. En el ordenamiento jurídico español, “son los jueces y tribunales los garantes de que este principio se interprete y aplique correctamente por las instituciones encargadas de velar por el bienestar del menor, los titulares de la patria potestad y tutela, los acogedores, los guardadores, las Administraciones Públicas, el Ministerio Fiscal e incluso cualquier persona interesada”<sup>17</sup>. Aunque en ningún caso el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio del “interés superior del menor” como *único* criterio en el que apoyar su decisión, lo ha invocado –en algunas sentencias que resolvían recursos de amparo– para justificar que los padres o tutores gozaran de legitimación para dirigirse al mismo solicitando el restablecimiento del derecho del menor que estimaban conculcado (v.g., SSTC 197/1991, 134/1999 y 141/2000).

Sobre el “interés superior del menor”, el profesor Francisco Rivero<sup>18</sup> ha subrayado que la aplicación de este principio no se lleva a cabo de forma neutral, esto es, de manera huérfana de intereses, sino que, al contrario, se efectúa desde la óptica de los valores, los prejuicios y las convicciones del adulto que traduce el principio a decisiones concretas, normalmente representantes

---

17.- Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I: *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 118; ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: “Sistema...”, *op. cit.*, pág. 135-136.

18.- Vid. RIVERO, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, *passim*.

legales o jueces. De hecho, la misma posición sobre en qué materias y a partir de qué edad el menor debe ser escuchado antes de tomar decisiones que le pueden afectar, refleja una determinada concepción del “interés superior del menor”. También ha sido frecuente invocar dicho principio para justificar la restricción de los derechos de participación impuesta a los menores de edad, invocando su insuficiente madurez y su incapacidad para decidir sus mejores opciones<sup>19</sup>.

## ***2.2. Referencia a Instrumentos Internacionales (se modifica el artículo 3 LOPJM por el art. 1.3 LO 8/2015)***

Se modifica el artículo 3 de la LOPJM para incluir la referencia oportuna a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, firmada por España el 30 de marzo de 2007 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008. En consecuencia, se adapta el lenguaje, sustituyendo el término “deficiencia” por el de “discapacidad”. A nuestro juicio, a pesar de ciertas insuficiencias y claroscuros, hay que valorar en términos positivos los cambios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015 y por la Ley 26/2015 en la LOPJM en lo que se refiere a los menores con discapacidad. Esta valoración positiva se debe, en esencia, a que estas dos leyes reformadoras de 2015 han hecho presente en el texto de 1996 “la realidad de la diversidad y de la discapacidad de forma acorde con el modelo social, superando la ausencia de dicha realidad” en la versión originaria de la LOPJM. En este sentido, las aportaciones de las nuevas normas muestran, de forma diáfana, su pretensión de “garantizar que los niños con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás”<sup>20</sup>. Las modificaciones en el texto del nuevo artículo 3 las reproducimos en cursiva:

### *“Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales.*

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y *la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, y de los demás derechos

---

19.- Vid. RAMINO, J: “Los derechos...”, *op. cit.*, pág. 130; RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, núm. 2, 2012, págs. 89-108.

20.- Vid. CAMPOY CERVERA, I.: “Los niños y niñas con discapacidad ante la modificación legislativa del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 743-764, esp. págs. 749-751.

garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, *discapacidad* o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas *y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional<sup>21</sup>.

La tarea fundamental que deben asumir los poderes públicos, para hacer efectivo el mandato legislativo de que los niños con discapacidad puedan disfrutar de todos sus derechos en *igualdad de condiciones* que los demás niños, es, sin duda, eliminar las barreras que aún existen y garantizar el acceso universal a los niños con discapacidad<sup>21</sup>. Para ello se les ha de aplicar el denominado “diseño para todos y han de recibir los apoyos necesarios y, en su caso, los ajustes razonables en el ejercicio” de los derechos que tienen reconocidos<sup>22</sup>.

### ***2.3. Derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo (se modifica el art. 5 LOPJM por el art. 1.2 L 26/2015)***

El artículo 5 LOPJM experimenta, también, las modificaciones derivadas de la ratificación por España de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y la necesidad de adaptar la regulación en coherencia con dicha ratificación. Asimismo, se introduce una mención expresa a la alfabetización digital y mediática, como herramienta imprescindible para que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en la sociedad participativa y en el mundo actual, que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En concreto, se reforman, a través del artículo 1.2 de la Ley 26/2015, los apartados 1 y 3 del artículo 5 LOPJM, que quedan redactados como sigue (lo nuevo va en cursiva):

---

21.- Sobre esta cuestión, vid. VV. AA.: *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, “Colección Cuadernos Bartolomé de las Casas” (núm. 42), Dykinson, Madrid, 2007; DE ASÍS ROIG, R.; AIELLO, A. L.; BARRIFFI, F.; CAMPOY CERVERA, I.; PALACIOS, A.: “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, en *Derechos y Libertades*, núm. 16, 2007, págs. 57-82.

22.- *Ibídem*, págs. 751-752.

“1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. *Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.*

2. [...]

3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales, *incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual.*

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, *diversidad* y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. *En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.*

*Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas”.*

**2.4. Derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno (se modifica el art. 7 LOPJM por el art. 1.3 L 26/2015)**

La Ley 26/2015 modifica el primer apartado del artículo 7 LOPJM. En concreto, por una parte, añade las palabras “y adolescencia” al final del

segundo párrafo y, por otra, incorpora un tercer párrafo como consecuencia de la reiterada ratificación por España de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. La nueva redacción del artículo 7.1 LOPJM queda así (los cambios van en cursiva):

“1. Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia y *adolescencia*.

*Se garantizará la accesibilidad de los entornos y la provisión de ajustes razonables para que los menores con discapacidad puedan desarrollar su vida social, cultural, artística y recreativa”.*

Las ideas de participación y de “incorporación progresiva a la ciudadanía activa” “hacen referencia a procesos de aprendizaje y ensayo democrático, con el objetivo de maximizar la integración cívica, social y (en un futuro) política de los niños y adolescentes, minimizando los conflictos sociales. A nivel nacional, se trata de la difusión y promoción de un modelo de ciudadanía definido «desde arriba» acorde con los valores culturales y morales propios de las sociedades liberales democráticas occidentales. En este sentido, si la participación infantil es un proceso, la ciudadanía es un estado que requiere de la autonomía” y comporta, evidentemente, responsabilidades de carácter cívico<sup>23</sup>.

### ***2.5. Derecho a ser oído y escuchado (se modifica el art. 9 LOPJM por el art. 1.4 LO 8/2015)***

Mediante la modificación del artículo 9 de la LOPJM (brillantemente estudiada, en estas mismas páginas, por la profesora Isabel Tapia Fernández en su trabajo titulado: “Protección de la infancia y la adolescencia. Aspectos procesales. Modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil”) se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado. La nueva redacción se ha elaborado, por una parte, de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para

---

23.- Vid. RAMINO, J: “Los derechos...”, *op. cit.*, pág. 139.



la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual<sup>24</sup> y, por otra, con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Se sustituye el término “juicio” por el de “madurez”, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros. Se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. Se toma, además, en cuenta en esta regulación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Bellerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 96/2009, de 10 de marzo). La nueva redacción se hace en los siguientes términos (en cursiva los cambios):

“Artículo 9. Derecho a ser oído y *escuchado*.

1. El menor tiene derecho a ser oído y *escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia*, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que *incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

---

24.- Hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo Instrumento de ratificación fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de noviembre de 2010.

En los procedimientos judiciales *o administrativos*, las comparencias o audiencias del menor *tendrán carácter preferente*, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad *y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento*<sup>25</sup>.

2. Se garantizará que el menor, *cuando tenga suficiente madurez*, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. *La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. *Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración*".

---

25.- Vid. DÍAZ RIAZA, S.: "El derecho del menor a ser oído en el proceso", en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 561-584.

## **2.6. Derechos de los menores acogidos (se introduce el artículo 21 bis LOPJM por el art. 1.17 L 26/2015)**

El menor acogido, *con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre*, tendrá los siguientes derechos: a) Ser oído en los términos del artículo 9 y, en función de su edad y madurez, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable (para ello tiene derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento). b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo. c) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento. d) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública. e) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas. f) Recibir –con la suficiente anticipación– la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad. g) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que, sobre las circunstancias de su acogimiento, formule. h) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública, para superar trastornos psicosociales de origen, medida ésta aplicable tanto en acogimiento residencial, como en acogimiento familiar. i) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario. j) Acceder, una vez alcanzada la mayoría de edad, a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos.

En los supuestos de *acogimiento familiar*, tiene, además, los siguientes derechos: a) Participar plenamente en la vida familiar del acogedor. b) Mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento (si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor –si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años–, la familia de acogida y la de origen). c) Solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar.

En los supuestos de *acogimiento residencial*, tiene, además, los siguientes derechos: a) Respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que no sean inadecuadas para el contexto educativo. b) Participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de las mismas. c) Ser escuchado en caso de queja y ser informado de todos los sistemas de atención y reclamación que tiene a su alcance, incluido el derecho de audiencia en la Entidad Pública.

*2.7. Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos del menor (se modifica la letra “c” y se añade la letra “e” al apartado 2 del art. 10 LOPJM por el art. 1.5 LO 8/2015; y se modifican los apartados 1, 3 y 4, y se introducen una nueva letra “f” en el apartado 2 y un nuevo apartado 5 en el art. 10 LOPJM por el art. 1.5 L 26/2015)*

La Ley Orgánica 8/2015 modifica el apartado 2 del artículo 10, añadiendo la posibilidad de facilitar a los menores el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas. También se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial. Además, de acuerdo con la Ley Orgánica 26/2015, se refuerzan, en el mismo artículo 10 LOPJM, las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores y se establece un marco regulador adecuado para los menores extranjeros, reconociendo –respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa– sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen. Tras las reformas introducidas por las dos leyes estudiadas, el nuevo artículo 10 LOPJM, consolidado, tiene la siguiente redacción (los cambios se destacan en letra cursiva):

*“1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto.*

2. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede:

a) Solicitar la protección y tutela de la Entidad Pública competente.

b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos, con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.

c) Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo *o ante las instituciones autonómicas homólogas*. A tal fin, uno de los Adjuntos del Defensor del Pueblo se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores, *facilitándoles el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades y garantizándoles la confidencialidad*.

d) Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

e) *Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso, el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores.*

f) *Presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle.*

3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, *asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley.*

*Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

4. *Cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen,*

*y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.*

*5. Respecto de los menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas”.*

### **3. DEBERES DEL MENOR**

***3.1. Introducción: se añade el capítulo III del título I (artículos 9 bis a 9 quinquies LOPJM, incorporados por el artículo 1.4 L 26/2015)***

Se introduce en la LOPJM un nuevo capítulo III en el título I (que ahora pasa a denominarse “De los derechos *y deberes* de los menores”) con la rúbrica “Deberes del menor” (artículos 9 bis a 9 quinquies), en línea con diversas normas internacionales y también autonómica. En este capítulo, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes. En concreto, el nuevo artículo 9 bis (introducido, como los otros tres, por el art. 1.4 de la Ley 26/2015) afirma que los menores –de acuerdo a su edad y madurez– deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida: familiar, escolar y social. En este sentido, los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

***3.2. Deberes relativos al ámbito familiar (se introduce el artículo 9 ter LOPJM por el art. 1.4 L 26/2015)***

Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores, hermanos y otros familiares. Además, con independencia de su sexo, deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y su capacidad. Vale la pena subrayar que en este precepto se plasma la voluntad de que niños y niñas asuman indistintamente

(“con independencia de su sexo”) las labores que se generan en el ámbito doméstico, educando a las futuras generaciones de adultos en el convencimiento de que los *trabajos de casa* no son “especialmente de mujeres”, quedando la obligación de los hombres limitada a una mera colaboración puntual y opcional, como así se venía entendiendo tradicionalmente.

### ***3.3. Deberes relativos al ámbito escolar (se introduce el artículo 9 quáter LOPJM por el art. 1.4 L 26/2015)***

Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo. Tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como a sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas (incluyendo el ciberacoso). A través del sistema educativo, se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

### ***3.4. Deberes relativos al ámbito social (se introduce el artículo 9 quinquies LOPJM por el art. 1.4 L 26/2015)***

Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven. En concreto, los deberes sociales incluyen: a) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social. b) Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad. c) Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad. d) Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, colaborando en su conservación dentro de un desarrollo sostenible.

No puede dejarse de subrayar que la idea de la “ciudadanía activa”, invocada expresamente en el artículo 7.1 de la LOPJM, remite a la necesidad de formar niños y adolescentes con una “actitud responsable y constructiva en la sociedad”, que es la que demanda el citado art. 9 quinquies, punto 2.b,

de la misma norma. En la misma línea, el *II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (PENIA)* afirma, de forma taxativa, que “el derecho a la educación implica también educación en derechos, en deberes y en responsabilidades”<sup>26</sup>.

### ***3.5. El menor como un ser potencialmente transgresor de las normas***

El análisis de los deberes asignados a los menores en la LOPJM, a través de la Ley 26/2015, posibilita vislumbrar al menor “como un ser potencialmente transgresor” del orden social. De este modo, “se establecen un conjunto de deberes que parten de la consideración de que el niño no respeta las normas y leyes, no asume una actitud constructiva con el medio social (art. 9 quinquies, 2.b) o que no respeta a los adultos, familiares o grupo de iguales (arts. 9 ter y quáter) en sus relaciones sociales. Así, en el marco jurídico y político, la redefinición de los derechos de participación de los niños desde la perspectiva de la ciudadanía activa (sustantiva), se realiza desde la representación del niño y del adolescente como un ser potencialmente irresponsable, ofensor y peligroso”<sup>27</sup>. De ahí se hace derivar la necesidad de incorporar, junto a la tabla de derechos, un listado de deberes y obligaciones de los menores en los diferentes ámbitos en los que se desarrolla (familiar, escolar y social).

---

26.- *II PENIA* (2013-2016), pág. 7.

27.- Vid. RAMINO, J: “Los derechos...”, *op. cit.*, pág. 141.



## **XI. 1.C. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE ASPECTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO DERIVADOS DE LAS LEYES ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO, Y ORDINARIA 26/2015, DE 28 DE JULIO DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA.**

**Pedro A. Aguiló Monjo**

### **I. CUESTIÓN PREVIA: RECORRIDO HISTÓRICO ACERCA DE LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL DE DICHA MATERIA EN LAS ILLES BALEARS.**

Como es bien sabido, los denominados “Pactos de la Moncloa” que asumieron las conclusiones del Comité de Expertos que encabezó el recordado profesor Eduardo García de Enterría determinaron un cambio de rumbo en el desarrollo del proceso autonómico en cuya virtud los Estatutos de Autonomía que no habían alcanzado la aprobación definitiva, cualquiera que fuera su estado de tramitación parlamentaria, debían seguir la vía del artículo 143 de la Constitución Española. En aquellos que estaban ya en su fase final, caso de las Comunidades Autónomas valenciana y canaria, la aprobación de los Estatutos de Autonomía se simultaneó con sendas aprobaciones de leyes orgánicas de transferencia de competencias al amparo del artículo 150 de la Constitución Española que les permitió, desde el inicio, un ámbito competencial análogo a las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 de la Constitución Española, aunque ostentaran, junto a competencias propiamente estatutarias, otras únicamente transferidas, sometidas éstas últimas a un mayor control del Estado. En el caso de las Illes Balears, el Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, contenía un artículo 16 que contemplaba en el apartado 1 e) el ejercicio de la competencia en materia de “Instituciones públicas de protección y tutela de menores”, aunque supeditaba su asunción, así como la de aquéllas otras que, reguladas en el Estatuto, estuvieren incluidas en el artículo 149 de la Constitución Española, a que transcurrieran cinco años y se produjera la reforma del Estatuto, en los términos del artículo 148.2 CE o a que se aprobara una ley orgánica de transferencias al amparo del artículo 150 CE. Se trataba pues de una competencia *latente, dormida*, reflejada en el Estatuto de Autonomía pero en realidad no asumida por nuestra Comunidad Autónoma.

Por todo ello cuando se produjo la primera gran reforma postconstitucional del sistema de protección de menores, mediante la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, las Illes Balears no habían, todavía, asumido competencias sobre dicha materia.

Hubo que esperar, no cinco años, sino casi diez para que, mediante la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se atribuyera a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears la competencia exclusiva en materia de Instituciones Públicas de protección y tutela de menores. Y aún entonces la competencia se asumió como transferida ex artículo 150 CE, no como plenamente estatutaria, pero ya posibilitó que mediante el Real Decreto 2170/1993, de 10 de diciembre, se materializara la transferencia con el traspaso de funciones, servicios y medios personales y materiales. Habrá que esperar hasta la modificación del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, efectuada por la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo, para que el artículo 10. 33º contemple como competencia estatutaria propia y exclusiva la materia de “Instituciones públicas de protección y tutela de menores”.

Dos precisiones resultan pertinentes en este momento: a) la primera consiste en distinguir la competencia examinada, que supone una protección de carácter jurídico y se desarrolla mediante las instituciones jurídicas de la guarda, tutela, curatela, acogimiento y adopción en los términos regulados en el Código Civil, de la contemplada en el artículo 148.20 CE bajo la denominación de asistencia social, asumida desde el momento inicial por el artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía de 1983 y destinada a toda la población en general aunque pudiera establecer actuaciones determinadas en favor de los colectivos más desfavorecidos; y b) la segunda supone que las leyes estatales, tanto la citada 21/1987 (en su disposición final), como la posterior Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su disposición final vigésimo primera, apartado 3) y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en su disposición final decimoquinta) dejan a salvo la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. El derecho civil propio de las Illes Balears no contiene norma alguna que pueda servir de punto de partida para que el legislador autonómico regule desde la perspectiva del derecho civil la materia de que tratamos. La Exposición de Motivos de la ley balear 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados se refiere a esta cuestión en los siguientes términos:

“...la present llei no incideix en els aspectes de la matèria propis del Dret civil, com el contingut de la pàtria potestat o els efectes de l'acolliment o de l'adopció, que tampoc no poden quedar coberts per la competència sobre conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil propi de les Illes Balears recollida a l'article 10.22 del nostre Estatut *-avui article 30.27 de l'Estatut de 2007-*. Això no seria factible ni tan sols aplicant la teoria de les matèries o institucions connexes de què s'ha servit el Tribunal Constitucional en la sentència 88/1993, de 12 de març, per declarar constitucional una llei reguladora d'alguns aspectes parcials de l'adopció i que reitera per a Balears la sentència del Tribunal Constitucional 156/93, de 6 de maig; perquè en el nostre cas, resulta impossible trobar una connexió de les institucions de guarda, acolliment o adopció amb la legislació civil balear actualment vigent. I, per altra banda, la sentència del Tribunal Constitucional 49/1988, de 2 de març, manifesta clarament que, quan una figura es pot subsumir en dos o més títols competencials, ha de donar prioritat al que sigui més específic sobre el més genèric”

Las recientes SSTC 82 y 192/2016 han reiterado la doctrina de las materias conexas sin variación alguna.

Asumida la competencia sobre instituciones públicas de protección y tutela de menores, en los términos expuestos, el Parlamento de las Illes Balears aprobó las leyes 6 y 7/1995, de 21 de marzo. La primera, de actuación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores que reguló la ejecución de las medidas dictadas por los Juzgados de Menores en los términos contenidos en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio; y la segunda, de guarda y protección de los menores desamparados. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorpora al Código Civil las distintas clases de acogimiento familiar (simple, permanente y preadoptivo) que ya se habían regulado en muchas legislaciones autonómicas; completa lo establecido para la guarda administrativa en cuanto a su formalización por la entidad pública a petición de los padres o tutores cuando éstos no puedan cuidar a un menor y amplía la facultad de aquélla para variar su forma de ejercicio; precisa determinadas cuestiones de la tutela administrativa como consecuencia de la declaración de desamparo de un menor; clarifica la ley sustantiva aplicable a la adopción y refuerza la posición del Ministerio Fiscal como superior vigilante de las distintas instituciones de protección de menores que ya había establecido la anterior Ley 21/1987.

Una de las singularidades más acusadas del proceso autonómico de las Illes Balears ha sido que la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma se ha visto sometida, con escaso tiempo para el ejercicio por parte de esta última, a un segundo proceso de transferencia desde ésta a los Consejos Insulares.

Así ocurrió también con la competencia relativa a las instituciones públicas de protección y tutela de menores. Y ello a pesar de que no se contemplaba entre las enumeradas en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía entonces vigente. Se hizo en virtud de la cláusula residual de dicho artículo que se refiere a “... en general, cualesquiera otras que en su ámbito territorial correspondan a los intereses respectivos, de acuerdo con las transferencias o delegaciones que a tal fin se establezcan, a demanda de los Consejos Insulares...”. El Consejo Consultivo emitió Dictamen facultativo núm. 27/96 sobre la viabilidad jurídica de la transferencia a los Consejos Insulares de las funciones ejecutiva y de gestión en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores y consideró más adecuada para el caso la técnica de la delegación de competencias. El Parlamento balear, en cambio, aprobó la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores, estableciendo en su artículo 2 que “la atribución de las competencias se realiza en régimen de transferencia... y en los términos que se establecen en esta Ley”. Los Consejos Insulares asumen, mediante un largo listado de funciones –19 apartados– contenido en el artículo 3, las funciones ejecutivas y de gestión que la Comunidad Autónoma había recibido del Estado, excepto la coordinación, las estadísticas autonómicas, determinadas actuaciones de ámbito autonómico y la representación ante otras Comunidades Autónomas, el Estado y Organismos Internacionales (artículo 4); el ejercicio de las acciones legales pertinentes en defensa de los derechos del menor en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/1996 (artículo 5); y la potestad reglamentaria normativa (artículo 7) que se reservan al Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Casi diez años después, el Parlamento balear aprobó la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears que establece una completa regulación análoga a la de otras Comunidades Autónomas e inspiradora –incluso en la propia denominación de la Ley– de alguna de las novedades contempladas en la legislación estatal de 2015 objeto del presente estudio. A efectos de la Ley se entiende por infancia el período de vida comprendido desde el nacimiento y los doce años y por adolescencia desde los doce a la mayoría de edad. El Título II se refiere a las competencias de las Administraciones Públicas de

las Illes Balears, reiterando para el Gobierno autonómico (arts. 9 a 12) las reservadas al mismo por la Ley 8/1997, de 18 de noviembre y añadiendo (art. 13) las potestades en aplicación de las medidas judiciales sobre personas menores de edad infractores (tradicionalmente denominadas de “reforma” y consideradas extramuros de la protección) y la planificación (art. 14), según la cual el primer año de cada legislatura el Consejo de Gobierno ha de aprobar un plan integral de apoyo a la infancia y a la adolescencia, aplicable por un período no inferior a tres años. Las competencias de los Consejos Insulares se recogen en el artículo 15 en términos similares a los establecidos en el art. 3 de la Ley 8/1997, de 18 de noviembre. Las de las Corporaciones Locales (art. 18) se limitan a la asunción de la responsabilidad más inmediata sobre el bienestar de los menores, la sensibilización de la opinión pública y la promoción de las medidas positivas para la defensa de sus derechos, la suscripción de convenios de colaboración con las demás administraciones para la protección de menores en situación de riesgo o de conflicto social y al fomento en su territorio de la iniciativa social, la participación ciudadana y el voluntariado para las actuaciones reguladas en esta Ley.

Con todo ello llegamos a la reforma integral del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, operada por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que supuso un claro reforzamiento institucional y competencial de los Consejos Insulares. Por un lado, el artículo 70 enumera en 20 apartados las materias que son consideradas competencias propias *ex estatuto* de los Consejos Insulares. Muchas de ellas reproducen la denominación de las anteriores leyes de atribución, lo que supone, a mi juicio, un importante elemento interpretativo para su delimitación y alcance. Así ocurre con el apartado 8 del referido artículo 70 que se refiere a “Tutela, acogimiento y adopción de menores” reproduciendo la denominación de la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, en contraposición del artículo 30.39 que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia en materia genérica de “protección de menores”. Por otro lado, además, el artículo 72.1º introduce una novedad de gran relevancia al establecer que “en las competencias que son atribuidas como propias a los Consejos Insulares, éstos ejercen la potestad reglamentaria”. Comprende con ello la potestad reglamentaria normativa de desarrollo de las leyes, lo que, obviamente, supone una importante limitación del Gobierno autonómico al respecto. En compensación, o al menos como contrapeso, el artículo 58.3º del Estatuto afirma que “en las competencias que, de acuerdo con este Estatuto, los Consejos Insulares hayan asumido como propias, el Gobierno de las Illes Balears podrá establecer los principios generales sobre las materia, garantizando el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejos Insulares”. A este respecto, la doctrina unánime y repetida del Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 101 y 104/2007; 116/2008; 114 a 116/2020; 69/2011 y 20/2015) señala lo siguiente:

“a) Els principis generals només es poden establir per decret del Govern, sempre respectant el principi de jerarquia normativa, atès l’article 58.3 de l’EAI. Per tant, no variarà la naturalesa de la norma reglamentària, sinó l’abast de la disposició, l’objecte de la normativa.

b) Correspon al Govern de la Comunitat Autònoma la definició del principis generals normatius (que, en tot cas, són d’emissió voluntària “podrà”), però no es pot obligar els consells insulars a esperar que el Govern determini aquests principis.

c) L’expressió formal de que estam davant aquests principis generals (el concepte formal de norma bàsica) és obligada en la norma (n’és l’objecte); és a dir, el dit reglament s’ha d’identificar expressament com a norma de principis.

d) Els principis generals no poden exhaurir la matèria i s’ha de deixar un marge ampli a la reglamentació dels consells insulars. Els principis generals han de constituir un mínim denominador normatiu comú a tot el territori autonòmic, basat en aspectes d’interès suprainsular, de relacions amb l’Estat i les Comunitats Europees, de bona administració i de respecte als drets dels ciutadans.

e) Aquests aspectes seran controlats pels previsibles recursos davant la jurisdicció contenciosa-administrativa i, en canvi, no són susceptibles de provocar el plantejament del conflicte de defensa de l’autonomia local (atès l’article 75 bis de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional) perquè només poder ser objecte d’aquest conflicte disposicions amb rang de llei.

f) Els reglaments dictats pels consells insulars en desenvolupament d’aquestes matèries requeriran, amb caràcter previ, el dictamen preceptiu del Consell Consultiu”.

Cuestión distinta es la de la coordinación atribuida al Gobierno autonómico por el artículo 72.2º y 3º del Estatuto de Autonomía, ya que, como afirma, entre otros, el Dictamen del Consejo Consultivo núm. 91/2016 ... “malgrat que es comprèn en un article referit a la “potestat reglamentària”, en el nostre dret la coordinació és una tècnica de relació interadministrativa la finalitat de la qual ha estat precisada per la doctrina del Tribunal Constitucional (per exemple, en la sentència 80/1984, de 20 de juliol), que admet que comporta un cert poder de direcció, conseqüència de la posició de superioritat en què es troba qui coordina respecte dels coordinats i implica poder establir un límit efectiu a l’exercici de les competències...” aunquede añaade que “...res no s’oposa

al fet que les tècniques coordinadores... puguin situar-se en determinats casos en vehicles normatius. Així succeiria, per exemple, en relació amb objectius d'actuació administrativa establerts en plans o directius que es fixessin com a vinculants per als ens insulars”.

Finalmente, el artículo 69 del Estatuto de Autonomía de 2007 establece una cláusula de cierre competencial en favor del Gobierno de las Illes Balears que no permite la transferencia de competencias a los Consejos Insulares, más allá de las que tienen atribuidas como propias *ex estatuto*, cuando “...por su propia naturaleza tengan un carácter suprainisular, que incidan sobre la ordenación y la planificación de la actividad económica general en el ámbito autonómico o aquellas competencias cuyo ejercicio exija la obligación de velar por el equilibrio o la cohesión territorial entre las diferentes islas”. Por otra parte, es claro que el territorio se configura como un elemento definidor y limitativo del ejercicio de la competencia (*vide*, por ejemplo, SSTC 38/2002, de 14 de febrero, FJ 6 y 8/2013, de 17 de enero, FJ 5) de modo que la autonomía se predica de los entes territoriales “... para el ejercicio de los intereses respectivos (artículo 137 CE, 61.2 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 2007 y 1.2 de la Ley 7/1989, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). Por ello, los Dictámenes del Consejo Consultivo 116/2010, 85/2013 y 91/2016 han sostenido la competencia del Gobierno autonómico para la aprobación de disposiciones reglamentarias reguladoras de intereses suprainisulares (en el último caso, por ejemplo, para crear una renta para personas en proceso de autonomía que han sido sometidas a medidas administrativas de protección de menores).

## **II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REFORMA DE 2015 EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

Transcurridos casi veinte años desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y aprobadas distintas y numerosas leyes en el ámbito autonómico (por todas, la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de les Illes Balears y la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, de Cataluña) se aborda la necesaria reforma de la legislación estatal en materia de protección de menores. Y se hace mediante dos leyes, una de carácter orgánico, la 8/2015, de 22 de julio, y otra ordinaria, la 26/2015, de 28 de julio. El Preámbulo de la primera señala que “...tiene como objetivo principal introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios

en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución Española; y el de la segunda añade que “...es necesario mejorar los instrumentos de protección jurídica para conseguir el cumplimiento efectivo del artículo 39 de la Constitución... (e) introducir los cambios necesarios para que la legislación de protección a la infancia y a la adolescencia permita continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio y constituya una referencia para las Comunidades Autónomas.

El inciso final del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1996, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, pone de manifiesto que el sistema de protección de los menores por los poderes públicos se articula a través de tres principios básicos de actuación al afirmar que “...deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales, y las consensuales frente a las impuestas”.

Según el primero la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar, priorizando la permanencia en su familia de origen, si ésta no es posible en la familia extensa y si no en una familia ajena, de modo que sólo en último término deba acudir al acogimiento residencial. El reformado artículo 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996 establece que “se priorizará la permanencia en la familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno...”

Para hacer efectivo el segundo, los apartados 5 y 6 del citado artículo 12 establecen un control más intenso y continuado de las medidas de protección no permanentes frente a las que sí lo son y exigen justificar la no adopción de medidas más estables. Afirman, en concreto, que:

“5.- Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.

6.- Además de las distintas funciones atribuidas por la ley, la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento



residencial o acogimiento familiar temporal durante un período superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo”.

En cuanto al tercero basta resaltar el hecho de que, ante una situación de riesgo, la nueva redacción del artículo 17.4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996 impone que la valoración preceptiva conlleva que será oída y tenida en cuenta la opinión de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en el intento de consensuar un proyecto de intervención social y educativo familiar, que también se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años, de tal modo que sólo la omisión de la colaboración prevista podrá dar lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor mediante la correspondiente resolución administrativa motivada.

En cualquier caso, tanto la aplicación de dichos principios como la adopción de cualquier decisión que afecte a un menor exige tener en cuenta su interés superior como regla en la materia. Así ha sido desde la ley 21/1987 y, en particular, desde la Ley Orgánica 1/1996, pero, dado su carácter de concepto jurídico indeterminado, ha dado lugar a muy diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido el concepto mencionado, la Ley 8/2015, de 22 de julio, modifica extensamente el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como, en especial, los criterios de la Observación General nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

En concordancia con ello, parte de que el concepto de interés superior del menor se define desde un triple contenido: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento.

El reconocimiento como derecho tiene la relevancia de permitir su exigibilidad como tal, teniendo en cuenta para su aplicación los criterios y los elementos generales enumerados en los apartados 2 y 3 del artículo 2 reformado de la Ley Orgánica 1/1996, que deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara.

Su consideración como principio general de carácter interpretativo, además de lo ya expuesto, exige que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la que más y mejor responda a los intereses del menor.

Como norma de procedimiento, el apartado 5 del tantas veces citado artículo 2 proclama los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente; a la intervención en el proceso de profesionales cualificados y expertos; a la participación en el proceso tanto del Ministerio Fiscal, en defensa de sus intereses, como de los progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiere conflicto o discrepancia con ellos; a la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados; y a la existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada.

Íntimamente conectado con lo establecido en el artículo 2 está la modificación introducida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 que regula el derecho del menor a ser oído y escuchado de manera mucho más detallada y de acuerdo con los criterios recogidos en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. El Defensor del Pueblo ya había llamado la atención sobre el hecho de que, en su redacción original, el artículo 9, bajo la rúbrica “derecho a ser oído”, presentaba alguna diferencia conceptual con la Convención de las Naciones Unidas que pone el acento en la escucha. En este sentido, indica que en la tradición jurídica española *ser oído* implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de *escucha* en el marco de la Convención es más exigente, pues además de atender a lo escuchado, ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño (Defensor del Pueblo: Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014, pág. 14).

Para el ejercicio de dicho derecho en cualquier procedimiento, proceso o decisión que afecte al menor deberá recibir la información que le permita su ejercicio en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Sus comparecencias y audiencias en los procedimientos judiciales y administrativos tendrán carácter preferente y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y sólo podrán denegarse por resolución motivada en el interés superior del menor. Además, se establece expresamente que no puede existir ninguna discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia.

Por otra parte, el apartado 2 del citado artículo 9 sustituye, siguiendo el precedente de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, el término *juicio* por el de *madurez*, cuando se afirma que “se garantizará que

el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado...Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuanto tenga doce años cumplidos”.

Finalmente, en este apartado debemos aludir a dos cuestiones: la primera consiste en la modificación por parte de la Ley Orgánica 8/2015, del apartado c) del artículo 10.2 de la Ley Orgánica 1/1996 para establecer que los menores pueden plantear quejas ante el Defensor del Pueblo pero también “...ante las instituciones autonómicas homólogas...” y aclarar que “los Adjuntos que se hagan cargo de tales asuntos deberán facilitarles el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades y garantizándoles la confidencialidad”. Respecto a las Illes Balears, el artículo 117 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, atribuye a la Sindicatura de Greuges velar especialmente por el cumplimiento de las previsiones contenidas en dicha Ley y añade, en su apartado 2, que “a tal efecte es podrà nomenar un defensor o una defensora de la infància i l’adolescència adjunt o adjunta a la Sindicatura de Greuges”. No obstante, conviene precisar que, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 1/1993, de 10 de marzo, de Síndic de Greuges de les Illes Balears (BOCAIB nº 52 Ext, de 7 de abril de 1993) todavía no se ha puesto en marcha la institución nombrando al primer Síndic de Greuges, para lo cual, por cierto, la disposición final primera de la citada Ley 1/1993 otorgaba el plazo de un año; la segunda cuestión se refiere a la inclusión por la Ley Orgánica 8/2015 de un apartado d) al mismo artículo 10.2 de la Ley Orgánica 1/1996, estableciendo así que, para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: “....d) Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores”.

### **III. LA SITUACIÓN DE RIESGO EN LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

La situación de riesgo del menor aparece ya apuntada en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, en su primitiva redacción, y su distinción con la situación de desamparo se basaba, y se basa, en la menor gravedad de la desprotección en el primer caso, lo que daba lugar a la adopción de medidas dentro de la propia familia de origen, y en la mayor gravedad de aquélla y la decisión de separar al menor de su familia de origen, en el segundo.

La práctica había desembocado en una desproporción en favor de la declaración de la situación de desamparo, sin agotar las posibilidades que la declaración de riesgo, sin separación de la familia de origen, posibilitaba ya entonces. No es ajeno a ello que esta última situación requiere una más amplia protección de la familia afectada con medidas de ayudas y de apoyo técnico y asistencial para las que la Administración interventora no ha contado con medios suficientes. En cualquier caso, la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, se alinea con la regulación integral de la situación de riesgo del menor incluyendo su definición, los procedimientos para declararla, así como también las particularidades del riesgo prenatal y del motivado por la ausencia de tratamientos médicos. Conviene advertir, antes de entrar en el análisis de la situación de riesgo, que le puede preceder la obligación de atención inmediata, obligación que puede provocar que la Entidad Pública asuma la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil para practicar diligencias, investigar circunstancias y constatar la posible situación real de riesgo o de desamparo existente (art. 14 Ley Orgánica 1/1996, reformado) y que la situación de riesgo, ni antes ni ahora, tiene reflejo en el Código Civil, por cuanto no afecta a la situación personal del menor, que seguirá sometido, bien a patria potestad, bien a tutela.

El artículo 17.1 reformado de la Ley Orgánica 1/1996 considera situación de riesgo “...aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”.

El artículo 17 no contiene una enumeración de las diferentes situaciones que comportan una situación de riesgo para el menor, contrariamente a lo que sí hace el artículo 18 para la situación de desamparo, pero sí contempla, en cambio, dos indicadores de riesgo: en primer lugar, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente; y, en segundo lugar, la concurrencia de circunstancias o carencias materiales que, sin embargo, no podrán nunca desembocar en la separación del entorno familiar. Es importante añadir que el artículo 18.2, como veremos más adelante, también señala de modo coherente que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.

Para lograr que el menor no sea separado de su entorno familiar, las medidas de protección giran alrededor de la intervención de la Entidad Pública en la propia familia, garantizando los derechos del menor, disminuyendo los indicadores de riesgo y la dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra y promoviendo medidas para su protección y preservación del entorno familiar (art. 17.2). El instrumento consiste en el ya citado proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá consensuarse con la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y cumpliendo el derecho del menor a ser oído y escuchado, en los términos del artículo 9 reformado de la Ley Orgánica 1/1996. En cuanto a su contenido, dicho proyecto de intervención deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniéndolo en su entorno familiar. Sólo si la aludida colaboración activa no se produce, la administración pública competente procederá a la declaración de la situación de riesgo mediante resolución administrativa motivada, previa audiencia de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años, que deberá incluir las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo, incluidas las atinentes a los deberes respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 de la LEC. Si durante el desarrollo del proyecto de intervención se produce el traslado del menor al ámbito de otra entidad territorial, el apartado 7 del artículo 17 prevé la comunicación, con remisión de la información y documentación necesaria, entre ambas administraciones para que pueda continuar surtiendo efecto el proyecto de intervención aprobado.

Cuando la administración interventora en la situación de riesgo (generalmente la local) estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su entorno familiar, o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública (en las Illes Balears, los Consejos Insulares) para que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Si estima que no procede declarar la situación de desamparo, lo pondrá en conocimiento de la administración interviniente en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal para que éste último supervise la situación del menor, pudiendo recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros (artículo 17.8).

Cierran la regulación de la situación de riesgo dos supuestos específicos que merecen especial atención: la situación de riesgo prenatal (artículo 17.9) y la de riesgo motivado por la ausencia de tratamiento médico (artículo 17.10).

a) El riesgo prenatal.

Se define la situación de riesgo prenatal como “...la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido”.

Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente y al Ministerio Fiscal y aquélla adoptará, en colaboración con los servicios de salud, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

La cuestión de si el *nasciturus* puede ser declarado en situación de desamparo se resuelve de modo afirmativo en algunas legislaciones autonómicas. Sin duda la que lo regula más extensamente es la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, que considera como situación de desamparo no sólo los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal (artículo 105.2 c), sino que admite la declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido (artículo 110.4). Son múltiples las sentencias, sobre todo en Cataluña, que confirman resoluciones administrativas de declaración de desamparo a un *nasciturus*. Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª) núm. 670/2013, de 6 de noviembre, cuando afirma que “...no se ha constatado la existencia de un maltrato prenatal pero sí la concurrencia de otros indicadores que conducen a considerar que la menor no tiene garantizados sus cuidados en el seno familiar...” y, en consecuencia, confirma la declaración de desamparo realizada por la entidad pública competente antes de su nacimiento.

b) El riesgo motivado por la ausencia de tratamientos médicos.

Se considera situación de riesgo la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o la integridad física o psíquica de un menor. En tales casos, las autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (artículo 17.10 reformado). De modo paralelo, para completar dicha regulación, la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, modifica el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, en el que se establece que cuando el consentimiento haya de ser prestado por los representantes del menor, después de haber escuchado su opinión en los términos del artículo 9 reformado de la Ley Orgánica 1/1996, y las decisiones sean contrarias al interés del menor, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

#### **IV. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO EN LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

El artículo 18.2 reformado de la Ley Orgánica 1/1996, tras remitirse a lo establecido en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, define la situación de desamparo como "...la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Se completa la definición de modo negativo añadiendo que la situación de pobreza de progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo ni tampoco la discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Y se considera indicador de desamparo tener un hermano en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de modo evidente.

En cualquier caso, la novedad más importante de la reforma operada en esta materia por la Ley 26/2015 consiste en el establecimiento de un listado de circunstancias determinantes de la situación de desamparo si concurren con la suficiente gravedad para suponer una amenaza para la integridad física o mental del menor. Son éstas, resumidamente, las siguientes:

- a) El abandono del menor, bien por faltar las personas a las que corresponda la guarda o porque no quieran o no puedan ejercerla.
- b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria (dos años según el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 1/1996), salvo prórroga excepcional, si los representantes legales del menor no pueden o quieren hacerse cargo del mismo.
- c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, en caso de malos tratos, abusos sexuales, negligencia grave alimentaria o de salud, trata de menores y consentimiento o tolerancia al consumo por parte del menor de sustancias adictivas.
- d) El maltrato psicológico continuado o la falta de atención crónica de las necesidades afectivas o educativas que ponga en riesgo la salud mental del menor.
- e) El grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares que incumplan el deber de guarda y perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.
- f) La inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra explotación del menor.
- g) La ausencia de escolarización obligatoria y la continuada inducción al absentismo escolar.
- h) Cualquier otra (cláusula residual de *numerus apertus*) situación gravemente perjudicial que traiga causa del incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda.

Conviene resaltar que las circunstancias enumeradas, plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, deben darse con la suficiente gravedad, valorada y ponderada conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, considerando la declaración de desamparo como medida extraordinaria y de interposición restrictiva, ya que la consecuencia es la separación del



menor de su entorno familiar y la asunción por parte de la Entidad Pública de su tutela por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (artículo 18.1º reformado de la Ley Orgánica 1/1996). La asunción de la tutela lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Debe hacerse notar que la concurrencia de las circunstancias enumeradas lo que en realidad conlleva es el inicio de un procedimiento administrativo que concluirá con una resolución administrativa motivada que declare la situación de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela automática por ministerio de la ley, comunicándolo al Ministerio Fiscal en su función de vigilancia y salvaguarda del interés superior del menor. Se omite, pues, la intervención judicial sea previa o ratificadora de la declaración administrativa. Claro es que en dicho procedimiento administrativo deberá respetarse el derecho de audiencia tanto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores como del propio menor, en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996.

Una vez adoptada la resolución administrativa, y las medidas consecuentes, en el plazo máximo de 48 horas, se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, con información clara, comprensible y en formato accesible y si es posible, especialmente en el caso del menor, de forma presencial (art. 172.1 Código Civil). Y, obviamente, gozará de la presunción de legalidad y consiguiente ejecutividad característica de los actos administrativos pero, de igual modo, podrá ser impugnada mediante el proceso civil regulado en el artículo 780 de la LEC denominado “oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa, desde la reforma introducida en la LEC por la Ley 54/2007, de Adopción Internacional. Además, según la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 1/1996, contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley los recursos se admitirán, en todo caso, en su sólo efecto, lo que implica que mientras se sustancian no se suspenderán los efectos de la resolución administrativa impugnada. El plazo de impugnación ha sido modificado por la Ley 26/2015 que lo fija en dos meses para oponerse a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores superando una anterior redacción del artículo 780 LEC (derivada de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional) que otorgaba tres meses, en vez de dos, para oponerse a la declaración de desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley. Por otra parte, dado el interés jurídico

tutelado, el artículo 779 de la LEC otorga carácter preferente a la tramitación de los procesos relativos a la protección de menores de que tratamos.

Para concluir, el artículo 18 reformado de la Ley Orgánica 1/1996 regula por primera vez la competencia de las entidades públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta, cuestiones que no estaban contempladas hasta el momento.

## **V. APUNTE DE OTRAS CUESTIONES DE LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

Lo hasta ahora expuesto, ya excesivamente extenso, no agota las reformas en materia administrativa derivadas de la legislación de 2015 del sistema de protección de menores. Veamos, aunque sólo sea como mero apunte, algunas de ellas:

1.- El artículo 19 regula la guarda de menores por parte de la Entidad Pública cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. La guarda voluntaria tendrá una duración máxima de dos años, salvo prórroga excepcional. Y el artículo 19 bis impone a la Entidad Pública que asume la tutela o guarda la elaboración de un plan individualizado de protección que incluya el programa de reintegración familiar que se desarrolla en los apartados 2 a 5 de dicho artículo. Los requisitos que se exigen para el retorno familiar resultan muy estrictos y de difícil cumplimiento, en particular si ha transcurrido bastante tiempo y no se ha incentivado un régimen de visitas de los padres naturales progresivamente más intenso.

2.- La Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 26/2015 sustituye las referencias al acogimiento preadoptivo por la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva y las de acogimiento simple por las de acogimiento familiar temporal.

3.- Los artículos 20, 20 bis, 21 y 21 bis reformados de la Ley Orgánica 1/1996 modifican la regulación del acogimiento familiar y residencial. Para el primero, se desarrolla extensamente su formalización detallando minuciosamente el contenido de la resolución administrativa y del documento

anexo que debe acompañarla (artículo 20). Así mismo se regulan los derechos y deberes de los acogedores familiares de modo que suponen un completo estatuto jurídico de las relaciones generadas (artículo 20 bis). Para el segundo, el artículo 21 detalla las obligaciones básicas de las Entidades Públicas y de los servicios y centros donde se encuentren menores en acogimiento residencial. Finalmente, el artículo 21 bis establece los derechos de los menores acogidos con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre.

4.- Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamento han adquirido progresiva importancia, en particular en cuanto a los reglamentos ya que contienen su motivación, de modo que su omisión puede comportar su anulación en vía de control jurisdiccional. Su contenido viene cada vez más predeterminado por distinta legislación sectorial. A este respecto, la Ley 26/2015 introduce un artículo 22 quinquies en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que exige que dicha memoria de impacto normativo incluirá el impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia. En el mismo sentido, se añade una disposición adicional en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas para que las referidas memorias también incluyan el impacto de la normativa en la familia.



## **XI. 1.D. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA. ASPECTOS PROCESALES. MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL<sup>28</sup>**

**Isabel Tapia Fernández**

**I. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. A) Artículo 1 de la LO 8/2015: modificación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. 1. Derecho del menor a ser oído. 2. Protección específica del menor con problemas de conducta. B) Artículo 2 de la LO 8/2015: modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 1. El procedimiento de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos. 2. El procedimiento para adoptar la medida de entrada y registro en el domicilio y otros lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores. C) Disposición Adicional Tercera: modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género.**

**II. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. A) Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. B) Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.**

En el amplio marco jurídico de protección del menor, que en los últimos veinte años se ha ido desarrollando en nuestro país, los aspectos procesales adquieren considerable importancia, partiendo de dos principios esenciales: la consideración del interés superior del menor (también en sus relaciones con

---

28.- No me voy a referir aquí a los aspectos penales de protección al menor (ni como víctima, ni como sujeto infractor), puesto que las dos normas básicas de reforma de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (la LO 8/2015, de 22 de julio; y la L 26/2015, de 28 de julio) apenas han supuesto novedad alguna en materia criminal. Sólo unas normas con relación a los procesos sobre violencia de género, y la creación del registro central de delincuentes sexuales, que afectan a los menores como sujetos dignos de especial protección.

la Administración de Justicia), y la consideración del menor como verdadero sujeto de derechos (también procesales).

Como se dice en la Introducción de este trabajo, no se trata de efectuar un completo tratado de la protección jurídica del menor, sino simplemente de poner de relieve las modificaciones que sendas leyes (la LO 8/2015, y la Ley 26/2015) han introducido en la regulación que, en una evolución imparable de la protección de la infancia, protegen la integridad del menor en todos los sentidos.

Para mejor sistematización de las novedades procesales que dichas leyes han aportado en la materia de que se trata, seguiré el desarrollo de ambas leyes y sus principales innovaciones.

### **I. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a adolescencia.**

Esta Ley, que modifica y desarrolla aspectos orgánicos referentes al menor, consta de dos artículos y tres disposiciones finales.

En el artículo 1 se modifica la LO de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.

En el artículo 2 se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En la Disposición Final Primera, se modifica la LOPI, de 1 de Julio de 1985.

En la Disposición Final Segunda, se modifica la LO 4/2000, relativa a los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Finalmente, la Disposición Final Tercera modifica la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género.

Evidentemente, es el artículo 2 (modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la norma que más interés tiene en relación con los aspectos procesales. Pero aun así, las restantes normas también contienen modificaciones de interés en relación del menor y su actuación ante los Tribunales.

En todo el contexto legal, la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos del menor es una constante.

## **A) Modificación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (Art. 1 LO 8/2015).**

A este respecto, lo más significativo es el desarrollo de las garantías procesales cuando en un proceso se adopte una medida en interés superior del menor. El art. 2 de la LO 1/1996 queda reformado en el sentido de desarrollar ampliamente el derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Y, en concreto, en el punto 5 de este artículo se establecen una serie de derechos y garantías procesales, que se pueden sistematizar en tres apartados: a) derecho del menor a participar en el proceso (siendo oído, informado, asesorado y acompañado en el proceso por personal cualificado, progenitores, representantes legales y Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses); b) derecho a que las decisiones judiciales contengan una motivación precisa razonando los criterios que se han utilizado para llegar a tal decisión y argumentando que se han respetado todas las garantías procesales; c) derecho a que las decisiones judiciales puedan ser revisadas por el mismo tribunal u otro superior cuando no se haya considerado el interés superior del menor como primordial, o existan cambios significativos que hagan necesaria la revisión de tal decisión. Y, por supuesto, derecho del menor a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

Verdaderamente, estos derechos y garantías procesales que el art. 2.5 reformado establece no suponen una novedad, en cuanto que tales derechos y garantías se contienen en las propias normas procesales con relación a los mayores de edad. Pero, a mi juicio, lo que la Ley de reforma ha querido subrayar es la importancia que la observancia de estos derechos y garantías procesales exige cuando se trata de menores de edad que, de una forma u otra, se ven relacionados con un proceso judicial.

### **1. Derecho del menor a ser oído.**

El art. 9 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, resulta modificado por la LO 8/2015; desarrolla el contenido del derecho del menor a ser oído en un proceso judicial; y amplía enormemente la redacción originaria.

Ya diversas normas internacionales habían hecho hincapié en la necesidad de reconocer al niño su derecho a ser escuchado<sup>29</sup> en todos los ámbitos de su vida, y también en sus relaciones con los Tribunales; y la Ley de Protección del Menor en su redacción originaria así lo establecía. Ahora, con la reforma del art. 9 de esta Ley, se refuerza el derecho del menor a ser oído, y se recogen las prevenciones que la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño establece al respecto y que se concretan en una serie de prescripciones. Así, según las prevenciones del art. 9 reformado:

- a) El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, en el ámbito familiar o en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. Sus opiniones se deberán tener en cuenta en función de su edad y madurez.
- b) Para ejercitar este derecho, el menor deberá recibir la debida información, con criterios accesibles y adaptados a sus circunstancias.
- c) En los procedimientos judiciales (y administrativos), las audiencias del menor y sus comparecencias tendrán carácter preferente. Se realizarán de acuerdo con la madurez y situación del niño, y con la asistencia de profesionales cualificados.
- d) En las comparecencias ante los Tribunales se cuidará preservar su intimidad.
- e) Se utilizará un lenguaje comprensible y cuidando de que entienda lo que se le pregunta y las consecuencias de su opinión.
- f) Se respetarán plenamente todas las garantías del procedimiento.

Prevé el número 2 del art. 9 que cuando el menor tenga “suficiente madurez” pueda ejercitar este derecho de audiencia por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Se le garantiza la asistencia de intérprete, en su caso; y se prevé que el menor pueda expresar su opinión verbalmente o a través de otras formas de comunicación no verbales.

---

29.- En especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en su art. 12 dice: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.



Como el concepto de “madurez suficiente<sup>30</sup>” es indeterminado y poco preciso, la propia norma establece unas objetivaciones del mismo, entendiendo que cuando tenga el niño doce años cumplidos, se considera en todo caso que tiene suficiente madurez; y que en los demás casos, la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el concreto asunto.

Cuando no sea posible el ejercicio del derecho de audiencia por sí mismo o “no convenga” al interés del menor, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales o a través de profesionales o personas del confianza del menor.

El punto aquí más conflictivo es averiguar cuándo no “conviene al interés del menor” que ejercite por sí el derecho de audiencia. Entiendo que como en todo caso la presencia del Ministerio Fiscal es indispensable en cualquier asunto que afecte al niño con relación a la Administración de Justicia, será el propio Ministerio Público y los Servicios Técnicos Psicosociales los que indicarán el grado de conveniencia de actuar el niño por sí mismo o no.

Finalmente, el art. 9, párrafo 3, prevé la forma en que se producirá la resolución denegatoria de la comparecencia o audiencia de los menores: será motivada incidiendo en que tal resolución se toma en el interés superior del menor. Se comunicará al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante. Y en ella constarán explícitamente los recursos que caben contra tal decisión.

El resultado de la audiencia del menor y la valoración que de ella hace el Tribunal deberá constar en la resolución que en su día se pronuncie sobre el fondo del asunto.

## **2. Protección específica del menor con problemas de conducta.**

La LO 8/2015 introduce “ex novo” un Capítulo IV en el Título II de la Ley de Protección Jurídica del menor, referido a los centros de protección de menores con problemas de conducta.

Este Capítulo comprende los arts. 25 a 35, y contiene una serie de normas administrativas variadas, incluidas medidas de seguridad y medidas de contención y disciplinarias, que ya han sido examinadas en los apartados

---

30.- La Ley de reforma sustituye el anterior término “juicio” por “madurez”, más adecuado.

anteriores. Por lo que afecta a los aspectos procesales, el más significativo es que el ingreso del menor en uno de estos Centros de protección específicos exige autorización judicial y ha de seguir el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que será examinado más adelante.

Estos Centros, sometidos a estándares internacionales y a control de calidad (dice el art. 25), estarán destinados al acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta (conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros), siempre que esté justificado por las necesidades de protección del niño y determinado por una valoración psicosocial especializada. La finalidad del ingreso del menor es su educación y la normalización de la conducta; y constituirá el último recurso con vistas siempre a su educación.

Exigencia inexcusable es la autorización judicial; y la solicitud será a instancia de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor, o del Ministerio Fiscal. La solicitud de ingreso será motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos por personal especializado en la protección de menores (art. 26).

Por razones de urgencia, podrá acordarse por la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal el ingreso en el Centro sin la preceptiva autorización judicial; pero inmediatamente se deberá comunicar al Juez competente, y en todo caso en un plazo máximo de 24 horas, aportando la información de que se disponga y el justificante del ingreso inmediato. El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas.

Una vez efectuada la solicitud de ingreso, con los requisitos vistos, se seguirá el procedimiento regulado en el art. 778 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho procedimiento se examinará en el epígrafe B.

Todas las medidas que se adopten con ocasión del ingreso del menor en un Centro especializado, que signifiquen una limitación del régimen de visitas y los permisos de salida, podrán ser recurridas por el menor o por el Ministerio Fiscal ante el órgano judicial que conozca del ingreso del menor en el Centro. El Juez resolverá lo que estime procedente a la vista de los informes del Centro, de las audiencias del menor, de las personas interesadas y del Ministerio Fiscal. Igualmente se procederá cuando se adopte una medida restrictiva del derecho de comunicaciones al menor y del secreto de las mismas; o cuando se adopten medidas de seguridad con finalidad educativa.

## **B) Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Art. 2 LO 8/2015).**

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se introducen dos artículos nuevos<sup>31</sup>: los arts. 778 bis, y 778, ter.

### **1. El procedimiento de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos: art. 778 bis.**

Se acaba de ver cómo esta LO 8/2015 modifica la LO de Protección del Menor para tratar de los Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta; y cómo se exige que el internamientos en estos Centros cuenten con la necesaria autorización judicial. Pues bien, ahora, se reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular el procedimiento de internamiento de estos menores en esos Centros<sup>32</sup>. De este modo, el art. 778 bis, en una extensa norma, regula el procedimiento de ingreso en los siguientes términos:

– El Juez competente para autorizar el ingreso es el de Primera Instancia<sup>33</sup> del lugar donde radique el Centro (núm. 2 del art. 778 bis).

El Juez de Primera Instancia del lugar donde radique el Centro es el competente para conocer de todo el proceso de internamiento. Pero si el menor fuera trasladado de Centro Específico, prevé el núm. 6 del art. 778 bis que será el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el nuevo Centro el encargado de conocer del procedimiento (no se produce así la norma general de la *perpetuatio iurisdictionis*).

---

31.- Sendas normas se insertan en el Capítulo IV (del Título Primero del Libro IV), que lleva por rúbrica “De los procesos matrimoniales y de menores”. Se podía haber aprovechado la reforma para dividir el Capítulo en dos secciones independientes, comprensivas, la primera a los procesos matrimoniales; y la segunda a los procesos de menores.

Téngase en cuenta que el Cpítulo IV bis (del Título Primero del Libro IV) también constituye una novedad; pero esta vez no la produce la LO 8/2015, sino la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de Julio. Este Capítulo IV bis, comprensible de los arts. 778 quater, quinquies, y sexies regula las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que han sido estudiadas en un apartado anterior de este trabajo.

32.- Con anterioridad a esta nueva regulación, el ingreso de un menor con trastornos de conducta en un Centro especializado se regía por el art. 271 del Código Civil. Y el procedimiento para solicitar la autorización judicial era el de jurisdicción voluntaria previsto en el art. 273.

33.- Obsérvese que no se atribuye la competencia a los Juzgados de Menores, como sería lo más lógico. La LOPJ, cuando en el art. 97 hace referencia a las competencias de los Jueces de Menores se está refiriendo a “conductas tipificadas por la ley como delito o falta (i) y aquellas otras que les atribuyan las leyes así como de la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley”.

– La legitimación para solicitar la autorización judicial del ingreso del menor la ostentan la Entidad Pública que tiene la tutela o guarda del menor, y el Ministerio Fiscal (núm. 1 del art. 778 bis). No prevé la Ley que puedan solicitar la autorización de internamiento los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad. Entiendo que no es una exclusión consciente, sino un olvido del Legislador; puesto que una vez que el órgano judicial admita la solicitud, se dará audiencia a la Entidad Pública y también a los progenitores; y éstos pueden también recurrir la resolución judicial que se adopte con ocasión de la solicitud de ingreso.

– La autorización judicial previa es obligatoria. Sin embargo, cuando razones de urgencia aconsejen la inmediata adopción de la medida, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública podrán acordarla, comunicando al Juzgado competente (el de Primera Instancia del lugar en que radique el Centro especializado), dentro de las 24 horas siguientes, la adopción de la medida. El Juez, en el plazo máximo de 72 horas deberá pronunciarse, ratificando la medida. Si no la ratifica, se deberá dejar sin efecto inmediatamente el ingreso acordado (núm 3 del art. 778 bis).

– Una vez que recibe el Juez la solicitud de ingreso, deberá:

- examinar y oír al menor. Ya hemos dicho que el menor tiene derecho a ser informado sobre el ingreso en términos que sean accesibles a su edad y circunstancias;
- oír a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad o tutela, y a cualquier persona que estime procedente o sea solicitada;
- recabar el dictamen al menos de un facultativo por él designado;
- practicar cualquier otra prueba que considere relevante o le sea instada.

– El Ministerio Fiscal deberá emitir un informe sobre la conveniencia del internamiento del menor.

– Realizadas las anteriores diligencias, el Juez deberá pronunciarse sobre la solicitud (o ratificación, si se adoptó con urgencia) de ingreso. Prevé la Ley que el ingreso sea la última medida, y solamente tendrá lugar cuando no resulte posible atender al menor con medidas menos restrictivas (núm. 4 del art. 778 bis).

– La resolución<sup>34</sup> del Juez podrá ser recurrida en apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutores que tengan legitimación para oponerse en materia de protección de menores (las que enumera el art. 780 LEC). El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo, lo que significa que mientras se resuelve, el menor continuará ingresado en el Centro (núm. 5 del art. 778 bis).

– La resolución que acuerda el ingreso, por expresa disposición del art. 2.5 de la LO 1/1996, de Protección del Menor (reformada por la LO 8/2015), será motivada razonando los criterios utilizados para su adopción y los elementos aplicados, así como se expresará en ella que se han respetado todas las garantías procesales (derecho de información, de asistencia, de participación... etc.).

Además, el núm. 6 del art. 778 bis, exige que en la misma resolución en la que se autorice el ingreso, se exprese la obligación de la Entidad Pública y del Director del Centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y necesidad de mantener la medida. Estos informes periódicos se emitirán cada tres meses, a no ser que el Juez considere que debe señalar un plazo inferior.

– Por resultar una medida restrictiva de los derechos del menor, prevé la Ley que el período de permanencia del menor en el Centro especializado sea el estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas. Por eso, prevé la Ley que se produzcan estos informes periódicos; de modo que una vez recibidos los informes y previa práctica de la prueba que el Juez considere pertinente, oído siempre el menor y el Ministerio Fiscal, el Juez acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

– El cese de la medida se puede producir bien de oficio por el Juez competente, bien a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, fundamentada en un informe psicológico, social y educativo (núm. 7 del art. 778 bis).

– De todas las resoluciones que se adopten será informado el menor (núm. 8 del art. 778 bis).

---

34.- No dice la Ley qué tipo de resolución será; pero entendemos que habrá de adoptar la forma de Auto, por ser una resolución interlocutoria motivada que no pone fin al proceso.

## **2. Procedimiento para adoptar la medida de entrada y registro en el domicilio y otros lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.**

Cuando para la ejecución de las medidas de protección de los menores, cualquiera que ésta sea, se necesite el acceso y registro de un domicilio u otro lugar, el nuevo art. 778 ter LEC ha previsto un procedimiento respetuoso con la necesaria garantía de los derechos fundamentales en juego: la necesaria protección del menor, y la necesaria protección de la inviolabilidad del domicilio.

El acceso y registro de un domicilio u otro lugar que requiera consentimiento de su titular exigen inexcusablemente la correspondiente autorización judicial, suficientemente regulada en la legislación procesal común y extraordinariamente perfilada por la abundantísima jurisprudencia al respecto. Ahora, la Ley reforma el procedimiento de entrada y registro cuando se trate de llevar a cabo la ejecución forzosa de medidas de protección de menores. Y ello por cuanto en estas circunstancias es comprensible la extraordinaria celeridad en su resolución. Por eso, el Legislador ha introducido un art. 778 ter, con la siguiente estructura:

– La competencia ha sido reformada. Hasta ahora era competente la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que (como se dice en el Preámbulo de la LO 8/2015) existiera un procedimiento específico, ágil y sencillo, que garantice plenamente el equilibrio de los intereses en juego: el superior interés del menor afectado y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2 de la Constitución.

Ahora, se atribuye la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio o lugar al que se pretende acceder. Se considera así que es más lógico que tengan jurisdicción los Tribunales civiles, y no los de lo Contencioso-Administrativo que centran su quehacer en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento<sup>35</sup>.

– La legitimación para solicitar la autorización judicial para la entrada la tiene la Entidad Pública (el Centro correspondiente de la Administración Pública que ostenta la tutela o guarda del menor).

---

35.- Para complementar esta norma competencial, se reforma también el art. 91.2 LOPJ, excluyendo de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo “...que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia”.

No prevé la norma que pueda solicitar la autorización el Ministerio Fiscal; pero, a mi juicio, nada lo impide, teniendo presente la absoluta participación del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en defensa del menor.

– La solicitud se hará por escrito, donde se harán constar una serie de circunstancias necesarias para su concesión: la resolución administrativa o expediente que haya dado lugar a la solicitud; el concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder; la identidad del titular del domicilio o del ocupante del mismo; la justificación del intento de haber recabado el consentimiento sin éxito; la justificación de la necesidad de la medida para los fines que se pretenden alcanzar (la protección del menor).

– Recibida la solicitud en el Juzgado competente (el de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio de la Entidad Pública), el Secretario Judicial dará traslado de ella en el mismo día al titular u ocupante del domicilio, para que en 24 horas alegue lo que a su derecho convenga sobre la procedencia o no de conceder la autorización.

Alegado lo procedente por el titular u ocupante del domicilio o, en todo caso, transcurridas las 24 horas sin que haya presentado alegaciones, el Juez dictará un Auto de entrada, en las 24 horas siguientes y previo informe del Ministerio Fiscal.

Puede el Juez, por razones de urgencia, dictar inmediatamente el Auto de entrada sin dar traslado al titular u ocupante del domicilio, previo informe del Ministerio Fiscal. Este Auto deberá motivar por separado las razones de urgencia y la concurrencia de los requisitos de la medida.

Como razones de urgencia, el art. 778 ter enumera dos: que la demora pueda suponer un riesgo para la seguridad del menor; y que existe afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales.

– El Auto que resuelve la solicitud de entrada y registro ha de contener una motivada valoración del Juez en el sentido de que concurren todas y cada una de las circunstancias y requisitos procesales exigidos: la competencia de la Entidad Pública para acordar el acto que se pretende ejecutar; la concurrencia de todos los extremos exigidos para la solicitud; la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar el fin perseguido; la duración de la medida, que habrá de ser la estrictamente necesaria para ejecutar la medida de protección. Este Auto se notifica a las partes que intervienen en el procedimiento; y un testimonio del mismo se entrega a la Entidad Pública solicitante para que proceda a su realización. El Auto

resolutorio de la solicitud es apelable en el plazo de tres días, sin que tenga efectos suspensivos.

– La entrada en el domicilio se practicará por el Secretario Judicial acompañado de la Entidad Pública solicitante. Si fuera preciso, podrá auxiliarse de la fuerza pública. La práctica de la diligencia de entrada y registro se efectuará de acuerdo con las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y ss), que a mi juicio son supletorias en lo no previsto para la diligencia específica.

### **C) Modificación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género ( Disposición Adicional Tercera).**

Mediante esta Disposición Adicional Tercera, la LO 8/2015, de 22 de Julio, modifica la Ley de Violencia de Género para integrar en ella a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia, víctimas de la violencia de género<sup>36</sup>.

Y en este sentido, el art. 65 LVG, referido a la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento o tutela de los inculcados por violencia de género, añade un párrafo segundo que prevé que “si no acordara el Juez la suspensión, deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores”. Y garantizará la seguridad, la integridad y la recuperación de los menores y de la mujer, realizando un seguimiento periódico de su evolución.

Y con relación al art. 66, que prevé la medida de suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes, la nueva redacción de este artículo establece que aunque no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado respecto de los menores

---

36.- Además de estas modificaciones de la LO de Violencia de Género operada por la LO 8/2015, ya unos meses antes, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito había modificado la LEC, para introducir un nuevo precepto, en sede de medidas cautelares personales, el art. 544 quinquies, de forma que, mientras se investiga un delito de los comprendidos en el art. 57 del Código Penal (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas, integridad moral, trata de seres humanos... etc), el Juez de Instrucción (o de Violencia de Género) correspondiente, a fin de proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, habrá de adoptar una serie de medidas cautelares que, en esencia, coinciden con las de los arts. 65 y 66 de la Ley de Violencia de Género modificada: suspender la patria potestad, suspender la tutela, curatela o guarda del menor, suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el cónyuge no conviviente o con otro familiar, fijar el régimen de visitas o de supervisión o el ejercicio de la patria potestad, tutela o cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor...etc, y cuantas medidas puedan resultar necesarias para una eficaz protección del menor.



que dependan de él; y adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y la recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

## **II. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.**

Esta Ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituyen una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia (Preámbulo de la Ley 26/2015).

La Ley se estructura en cuatro artículos y diversas disposiciones finales, adicionales y transitorias.

El art. primero modifica la LO Protección del Menor 1/1996.

El art. segundo modifica el Código Civil.

El art. tercero, modifica la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

El art. cuarto, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que afecta a las reformas procesales, obviamente nos interesa las modificaciones introducidas por el art. cuarto de la Ley 26/2015, en cuanto que reforman diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todo ello sin perjuicio de la presencia constante del Ministerio Fiscal en todos los aspectos de la reforma integral, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores<sup>37</sup> (como se dice en el Preámbulo de la Ley).

Sin perjuicio de otras modificaciones menores, la Ley 26/2015 introduce novedades de interés:

– añade un nuevo Capítulo IV bis para regular las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional<sup>38</sup> ;

---

37.- En materia de menores, ya el art. 749 LEC ordena que el Fiscal intervenga en todos los procesos en los que el interesado es un menor. Su intervención se concreta en el continuo seguimiento de la situación del menor, en su periódico control sobre las medidas que le afectan, y la promoción de cuantas medidas judiciales de protección que estime necesarias (Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores).

38.- Tema que trata el Académico D. Carlos Gómez.

– modifica el Capítulo V, Título I del Libro IV, que lleva por rúbrica “De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción” (arts. 779 a 781 bis).

En la materia regulada por este Capítulo V se ha de tener en cuenta una abundante doctrina del Tribunal Constitucional que pone de manifiesto la importancia de los intereses en juego: los intereses de los menores sobre los que recae la resolución administrativa, y los intereses de sus progenitores y demás personas implicadas en la situación personal y familiar. Por ello, es lógico que en este tipo de procesos se ofrezca una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a adoptar, así como la posibilidad de aportar documentos y todo tipo de justificaciones. Todo ello en garantía de que todos los intereses en juego quedan protegido, por la que velarán tanto el Ministerio Fiscal como el Juez que conoce del procedimiento, el cual tiene una amplias facultades de actuación de oficio.

#### **A) Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Art. 780.**

Estos procedimientos tendrán carácter preferente y la competencia corresponderá a los Juzgados de primera Instancia del domicilio de la entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los art. 179 y 180 del Código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante: art. 779. Esta norma ya existía con esta redacción, pero ahora lo único que hace la Ley 26/2015 es sustituir la anterior terminología de “Entidad protectora”, por “Entidad Pública”.

Por lo que respecta al procedimiento en sí, éste estaba muy sucintamente tratado. Ahora se reforman los apartados 1 y 2 del art. 780, y se añade un apartado 5, quedando el procedimiento mucho mejor regulado. Así:

- No se exige reclamación previa en vía administrativa para formular ante los tribunales civiles el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas (no es una novedad).
- Unifica el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa para formular la oposición. Con anterioridad, la Ley distinguía dos o tres meses, según el tipo de resolución administrativa de que se tratase.

- Legitimación: la Ley de reforma regula “ex novo” las personas que están legitimadas para formular oposición: los menores afectados por la resolución; los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación, “siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución” (dice el nuevo párrafo segundo del núm.1 del art. 780).

La acreditación del interés legítimo y directo en el procedimiento de oposición a la resolución administrativa no se concreta en criterios objetivos seguros. Sin duda, la amplia facultad del Juez para apreciarla le otorgará los parámetros adecuados para medir ese interés legítimo y directo, que habrá de ser examinado teniendo en cuenta cada caso concreto.

Recoge el párrafo tercero de este núm. 1 del art. 789 la insistente voluntad del Legislador de que el menor tenga derecho a ser parte y ser oído en los términos vistos (introducidos por la LO 8/2015), ejercitando sus pretensiones a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos; o a través de persona que se designe como su defensor para que le represente.

- El procedimiento comenzará mediante un escrito de cualquiera de las personas legitimadas en que se expresará la pretensión y se señalará la resolución a la que se opone. Una novedad de la Ley 26/2015 es que en el escrito se habrá de consignar expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa (para advertir que se cumple el plazo de los dos meses desde su notificación); y se habrá de manifestar si existen procedimientos relativos a ese menor. La finalidad de esta manifestación es la de proceder –si es que existen varios procedimientos relativos a ese menor– a su acumulación, como prevé el art. 76 LEC reformado, y como se desarrolla ahora en el nuevo número 5 de este art. 780.
- La acumulación de procesos contra un mismo menor se acuerda bien de oficio, bien a petición del Ministerio Fiscal o alguna de las partes. Si son las partes las que lo piden, el Juez la “dispondrá” (es un imperativo que le exige el precepto), procediéndose a la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo. Una vez efectuada la acumulación, se procederá como con carácter general dispone el art. 84 LEC, con la especialidad de que no se suspenderá la vista que estuviera señalada si fuera posible tramitar el resto de procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. Si no

fuera posible, el Secretario Judicial acordará la suspensión de la vista fijada, hasta que los otros se hallen en el mismo estado; y se procederá a señalar nueva vista para todos con carácter preferente y, en todo caso, dentro de los diez días siguientes.

El auto que acuerde la acumulación no es recurrible. El que la deniegue es susceptible de recurso de reposición y apelación sin efectos suspensivos.

- El resto del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas no ha sufrido reforma alguna: el Secretario Judicial reclamará a la Entidad Administrativa testimonio completo del expediente, que habrá de remitir en el plazo de veinte días. Recibido el expediente, el Secretario emplazará al demandante para que presente la demanda en el plazo de veinte días. El procedimiento se sigue según las disposiciones generales a todos los procesos del Título I del Libro IV LEC (procesos relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores).
- La sentencia que se dicte en estos procesos tiene una especialidad introducida por la Ley 26/2015, y es que se excluye expresamente la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia (art.525.1, que añade a las resoluciones que no son provisionalmente ejecutables, las sentencias que ponen fin a los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores<sup>39</sup>).

## **B) Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. Art. 781.**

El Código Civil regula la adopción en los arts. 175 y ss, previendo que se constituya por resolución judicial tras un procedimiento que establece el propio Código Civil: tras la declaración de idoneidad por la Entidad Pública correspondiente, se iniciará el expediente de adopción que se tramita conforme a los arts. 176, 177 y 177 bis. La propuesta de adopción se trasladará al Juez competente.

La adopción requiere el consentimiento del adoptante o adoptantes y del menor que tenga más de 12 años; y requiere también el asentimiento de los progenitores del adoptando no emancipado, a no ser que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme, o que se hallaren incurso en una

---

39.- Este art. 525.1, reformado por la Ley 26/2015, ha vuelto a sufrir otra modificación apenas tres meses después, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, que añade a lo anterior "... así como sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional".

causa de privación de la patria potestad. Pues bien, para apreciar esta circunstancia, se habrá de efectuar de manera contradictoria y a través del procedimiento judicial establecido en el art. 881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este art. 881 (: “Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”) ha sido reformado profundamente por la Ley 26/2015, regulándolo detalladamente.

El número 1 del art. 881 no ha sido apenas reformado. Tan sólo sustituye la expresión “padres” por “progenitores”, los cuales tienen un plazo de quince días para que presenten la demanda ante el Juez que está conociendo del correspondiente expediente de adopción. Durante ese plazo se suspende el expediente de adopción. Si en ese plazo no presentan la demanda, el Secretario dicta decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente, que continúa tramitándose de acuerdo con lo establecido con la legislación de Jurisdicción Voluntaria (número 2 del art. 881).

La Ley 26/2015 ha añadido un número 3 al art. 881, donde contiene una completa regulación del procedimiento contradictorio para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. Y así, establece que:

- Si se presenta la demanda en el plazo previsto, solicitando la necesidad de asentimiento de los progenitores, se declara por el Secretario Judicial contencioso el expediente de adopción, y se seguirá un procedimiento incidental en pieza separada, el cual se tramita según lo previsto en el art. 753, que es el precepto que establece el proceso tipo (juicio verbal con especialidades) previsto con carácter general para los procesos especiales del Título Primero (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores).
- Dice la norma que “una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando...”. No dice la Ley qué tipo de resolución habrá de dictar el Juez. Puesto que, a mi juicio, se trata de un incidente debería ser un Auto motivado; pero, puesto que el proceso que se sigue es el juicio verbal, podría ser una sentencia. Si tenemos en cuenta que el propio art. 781 prevé que sea un auto la resolución que ponga fin al procedimiento de adopción, parece razonable que también adopte la forma de auto la resolución que resuelve sobre la circunstancia de la necesidad de asentimiento en ella.

- Sea como fuere, una vez firme la resolución recaída en la pieza separada, el Secretario Judicial cita ante el Juez a las personas que según el art. 177.3 del Código Civil deban prestar consentimiento o asentimiento si aún no lo han hecho ( los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, el tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores; y, por supuesto el menor, mayor de doce años o menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez). Y una vez oídos en su presencia, resuelve a continuación sobre la adopción.

El auto que ponga fin al procedimiento será susceptible de recurso de apelación con efectos suspensivos. Y un testimonio del auto que acuerda la adopción se remite al Registro Civil para que se practique su inscripción.

## **XI. 1.E. PRINCIPALES REFORMAS DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

**Carlos Gómez Martínez**

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sustituye la regulación sobre la adopción internacional que hasta ese momento se incluía, en sus aspectos de derecho internacional privado, en el artículo 9.5 del Código Civil, sucesivamente modificado desde 1987 (Ley 21/1987 de 11 de noviembre, Ley 11/1990 de 15 de octubre, Ley orgánica 1/1996 de 14 de enero de Protección jurídica del Menor y Ley 18/1999, de 18 de mayo de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil).

La nueva ley pretendía dar respuesta a un fenómeno, como el de la adopción internacional, calificado por alguna doctrina como un auténtico “boom”<sup>40</sup>. A él se alude en la exposición de motivos de la ley cuando se refiere al “aumento de adopciones constituidas en el extranjero”. El legislador lo explica como consecuencia de dos causas convergentes: las dificultades económicas y demográficas de ciertos países (por el lado de los adoptandos) y el descenso de la natalidad en España (con relación a los adoptantes).

La Ley de Adopción Internacional de 2007 corresponde a un modelo de “legislación social” que refleja la intervención del Estado en las relaciones entre particulares, una de cuyas características es, según apuntan A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, la de ser leyes efímeras por su propia naturaleza, por lo que “están sometidas a continuos cambios y reformas”<sup>41</sup>.

---

40.- Adroher Biosca, Salomé. “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los “santos inocentes””. Revista crítica de derecho inmobiliario núm. 711, 2008, pp. 13-55

41.- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier. “Críticas y contra-críticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), vol. 2 N°1, pp. 73-139.

Sin embargo, dicho pronóstico, no se ha cumplido con relación a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional puesto que su primera modificación no se ha producido hasta casi ocho años después de su promulgación, por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lo que no es un plazo demasiado corto a la vista de lo que ha sucedido con otras leyes, incluso de ámbito general y enorme incidencia práctica, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, sometida a múltiples y sucesivas reformas en los últimos tiempos de la anterior legislatura.

Otra de las características que A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González atribuyen a las que denominan “leyes sociales”, como lo sería la de adopción internacional, es que mediante ellas se introducen regulaciones que afectan a distintas ramas del ordenamiento jurídico (derecho administrativo, civil, internacional privado, penal, procesal).

Pues bien, el presente trabajo se va a centrar en los cambios introducidos en la Ley 54/2007 por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en materia de derecho internacional privado, obviando aspectos administrativos que también trata la Ley de Adopción Internacional relativos, especialmente, a las entidades públicas y a los organismos acreditados.

En efecto, la adopción en nuestro país, y también en otros muchos, singularmente los signatarios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, viene precedida por la intervención de las autoridades públicas y organismos acreditados que tienen como función garantizar la capacidad jurídica y aptitud para adoptar, y velar porque la adopción obedezca al interés superior del menor.

Este aspecto de la adopción no será analizado en el presente trabajo, en primer lugar porque, como se ha dicho, su regulación es de naturaleza esencialmente administrativa y, en segundo lugar, porque la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia no ha transformado esencialmente esta materia, más allá de deslindar las competencias de la Administración General del Estado –política exterior, decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones internacionales con determinados países y acreditación, control y seguimiento respecto de su actuación en el extranjero de los “organismos para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales”<sup>42</sup>–; y de las Administraciones

---

42.- Nueva terminología, tomada del Convenio de la Haya, que sustituye a la anterior de “Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional”.



Autonómicas –control, inspección y seguimiento de los organismos acreditados respecto de su actuación en su territorio–.

El sustrato sociológico sobre el que descansa la adopción internacional sí ha sufrido transformaciones importantes desde la promulgación de la ley de 2007. Así, en primer lugar, no se puede hablar ya de “boom” de las adopciones internacionales. Al contrario, desde 2005 las adopciones internacionales ya habían empezado a descender en España<sup>43</sup>, y esa tendencia no ha hecho sino acentuarse después. Así, entre 2010 y 2014, las nuevas solicitudes de adopción se han reducido a la mitad, descenso calificado en términos periodísticos como “desplome”<sup>44</sup>.

Pero es más, en los últimos tiempos se han venido poniendo de manifiesto algunos efectos colaterales de la adopción internacional que pudieran redundar en perjuicio de la protección del interés del menor, último fin de la institución. Así, el Consejo holandés para la Protección de la Juventud, en su informe de 2 de noviembre 2016 recomendaba suprimir las adopciones internacionales con los siguientes argumentos: La adopción internacional favorece que en los países de origen no se desarrollen sistemas de protección de los menores que sean realmente de calidad, genera intereses financieros que entrañan riesgos de malas prácticas y de oferta de niños ingresados en orfanatos para ganar dinero, y favorece el incumplimiento del principio de que la mejor solución para el menor es hallar una familia para él en su propio país, con su cultura y su lengua<sup>45</sup>.

Con todo, la reforma operada en la adopción internacional por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ignora estas evoluciones sociales y continúa en la línea de 2007, favorecedora de la adopción internacional considerada como beneficiosa para el menor, por lo que las novedades introducidas son fundamentalmente técnicas, derivadas de la crítica a que la doctrina había sometido a la ley, algunas veces feroz<sup>46</sup>.

---

43.- Adroher, Biosca Salomé, ob. cit. pp. 15 y 16.

44.- El País de 12 de septiembre de 2016. “Las solicitudes de adopción nacional e internacional se desploman en España”.

45.- [https://www.rsj.nl/binaries/Samenvatting%20Interlandelijke%20adoptie%20Engels%2020161101\\_tcm26-176572.pdf](https://www.rsj.nl/binaries/Samenvatting%20Interlandelijke%20adoptie%20Engels%2020161101_tcm26-176572.pdf).

46.- Vid, Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, ob. cit., p. 80: “Las críticas vertidas contra la Ley 54/2007 han sido numerosas y variadas y, como antes se ha dicho, han creado la sensación falsa y artificial de que dicho texto legal es deficiente”.

Si algún cambio puede apuntarse a nivel de principios es la renuncia a un cierto legefórmismo, a un “imperialismo jurisdiccional”, y una consiguiente mayor apertura a la interculturalidad propia del derecho de familia.

Las principales modificaciones operadas por la Ley 26/2015 de 28 de julio en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional, se refieren al ámbito de aplicación de la ley, definición de la adopción internacional, cambio de lenguaje al referirse a la pretensión de los adoptantes, eficacia interior y exterior de los principios inspiradores de la adopción, supresión de las figuras de la modificación y revisión de la adopción, mejora de la regulación de la adopción consular, reunificación de la regulación de la ley aplicable, prohibición de constituir adopciones de menores cuando su ley nacional la prohíba, reformulación del control de competencia para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera, sustitución del control de la ley aplicable por el criterio de no contrariedad con el orden público español y, en relación con las otras medidas de protección de menores, introducción de la oportuna referencia al Convenio de la Haya y al derecho de la Unión Europea, esencial en esta materia.

A todos estos concretos extremos nos referimos a continuación.

### **Ámbito de aplicación de la ley**

De acuerdo con el preámbulo de la Ley 54/2007 en su texto original, su objeto eran las normas de derecho internacional privado. Así, en el segundo párrafo leemos: *“El transcurso de los años ha proporcionado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una Ley que pusiera fin a la dispersión normativa característica de la legislación anterior y reuniera una legislación completa de las cuestiones de derecho internacional privado necesariamente presentes en todo el proceso de adopción internacional”*.

Siguiendo tales propósitos el artículo 1.1 establecía que: *“La presente ley regula la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras”*.

Conforme a este precepto nos hallaríamos ante una ley de derecho internacional privado, comprensiva de los tres pilares que forman esta rama del derecho: competencia, ley aplicable y reconocimiento de resoluciones extranjeras.

Lo cierto es, sin embargo, que el Título I de la ley regula la fase administrativa de la adopción transfronteriza, normativa de protección de menores, que no es derecho internacional privado.

Por ello, la reforma de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al definir el ámbito material, da nueva redacción al apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Adopción Internacional de manera que queda claro ahora que el derecho administrativo de la adopción internacional (su título I) se incluye también en la norma. Así, con arreglo al nuevo artículo 1.1. *“La presente ley regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero”*.

No estamos, pues, ante una ley solo de derecho internacional privado, sino ante una norma con pretensión de regular de manera integral el fenómeno de la adopción internacional, aunque es evidente que existen todavía materias que quedan fuera del alcance de la Ley de Adopción Internacional que sigue sin abarcar aspectos como las necesidades específicas de estas familias en materia laboral, de Registro Civil, de extranjería o de nacionalidad.

### **Definición de adopción internacional**

El artículo 1.2 de la Ley, en su texto original de 2007 define la adopción internacional como: *“el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”*.

Esta asimilación de la adopción internacional a la “filiación con un elemento extranjero” parecía inadecuada dado que puede haber también una “filiación por naturaleza con elemento extranjero”, que no por eso es “adopción internacional”.

Ni siquiera el Código civil se atreve a dar una definición de adopción. En su artículo 108 distingue entre los dos tipos de filiación que pueden darse: por naturaleza y por adopción, pero no conceptúa ni el uno ni el otro sino que se limita, nada más –y nada menos–, que a equipararlos en efectos<sup>47</sup>.

---

47.- Por ello, algunos autores habían sostenido que la definición de adopción como filiación amagaba la intención del legislador de excluir la “kafala” del ámbito de aplicación de la Ley (Arenas García, Rafael y González Beilfuss, Cristina. “La Ley 24/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional: Entre la realidad y el deseo”. Revista electrónica de estudios internacionales 2009, pp. 1 a 39).

A esta institución se hará referencia más adelante.

A ello debe añadirse que el concepto legal de adopción internacional, tal como se recogía en el artículo 1.2 del texto de 2007, no guardaba correspondencia con el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, que no contiene propiamente una definición de adopción internacional sino que describe el modo en que esta tiene lugar describiendo el supuesto de hecho de aplicación de la norma, en los siguientes términos:

*“cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante («el Estado de origen») ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante («el Estado de recepción»), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.*

Pues bien, el nuevo artículo 1.2 tras la reforma operada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece, en términos coincidentes, que:

*“A los efectos del título I de la presente ley se entiende por adopción internacional aquella por la que un menor considerado adoptable por la autoridad competente extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”.*

Se trata de una definición legal que evita dar un concepto abstracto –lo que siempre resulta peligroso en el ámbito legislativo–, obvia cualquier referencia a la filiación –y por tanto, evita adelantar cualquier incidencia en la posibilidad de reconocimiento de la “*kafala*”, a la que se hará referencia más adelante–, y asimila la adopción “internacional” a la “transfronteriza”, siguiendo de cerca la estela del mencionado Convenio de La Haya de 1993.

### **El cambio en la denominación de la pretensión de los adoptantes para resaltar el interés superior del niño**

El artículo 2 de la Ley de 2007, tras consagrar en su apartado primero el interés superior del menor como principio inspirador de la regulación de la adopción internacional, establecía en su apartado segundo que “*La finalidad de la presente ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo*

*en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional”.*

Pues bien, el nuevo apartado 2 del artículo 2 no habla ya de “*solicitantes de adopción*” sino que, utilizando, en cuanto al resto, las mismas palabras que el texto anterior, se refiere a los adoptantes como “*las personas que se ofrecen para la adopción*”. Ello supone la utilización de una terminología más acorde con el principio de interés superior del menor en cuanto que coloca a quienes pretender adoptar en el papel de “*personas que van a ser evaluadas y, en su caso, asignadas a un niño y no viceversa*”<sup>48</sup>, y desvanece cualquier confusión que pudiera llevar a pensar que existe un derecho a adoptar o a ser padre, resaltando esta nueva terminología que lo que existe es, en todo caso, un derecho del niño a vivir en familia.

El cambio en la denominación de los adoptantes o de su pretensión de adoptar se ha llevado a los correspondientes restantes artículos de la ley.

Se afirma así la prevalencia del derecho del menor sobre el de los adoptantes que resalta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007. Se trataba de una adopción constituida en Perú en la que la adoptante era una ciudadana luxemburguesa y el adoptado un niño peruano. Luxemburgo denegó el reconocimiento con el argumento de que la autoridad peruana, al constituir la adopción, no había tenido en cuenta que el derecho luxemburgués prohíbe a los solteros la adopción plena. Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo entendió que la decisión de la autoridad peruana había hecho surgir una familia que resultaba protegida por el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>49</sup>, y que el no reconocimiento de la adopción vulneraba dicho precepto al suponer una injerencia no justificada en la vida familiar.

Nótese que lo determinante no fue aquí el derecho de la mujer soltera a adoptar sino el derecho del niño a vivir en familia.

---

48.- Adroher Biosca, Salomé. Ob. cit.

49.- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

## La eficacia interior y exterior de los principios inspiradores de la adopción

Al establecer los “principios informadores” de la ley, el artículo 3 del texto de 2007 se remitía a dos convenios internacionales, la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, y establecía que la adopción internacional de menores habría de respetar los principios recogidos en dichos tratados, con lo cual daba a estos una suerte de eficacia ultra partes, pues si bien estrictamente solo pueden vincular a los Estados firmantes, el legislador español ha querido que los principios que los inspiran sean ser respetados por toda la legislación sobre la materia, incluida, obviamente, el derecho internacional privado autónomo.

El elenco de tratados internacionales se ha ampliado en el texto reformado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya que ahora el mismo precepto alude, además de a los dos anteriores, al Convenio de La Haya de, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, al Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y al Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Además, si en el texto anterior se establecía que los principios inspiradores de estos instrumentos internacionales debían ser respetados por materia de adopción internacional, en general (artículo 3, párrafo primero) el nuevo texto establece una distinción en cuanto a la fuerza expansiva de tales principios que se proyecta tanto hacia el interior (“*La regulación contenida en esta ley, así como en el resto del ordenamiento jurídico español relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores, respetarán los principios inspiradores de...*”, párrafo primero del nuevo artículo 3), como hacia el exterior, hacia los tratados internacionales que puedan suscribirse en el futuro (“*El Estado [no la Entidad pública competente, como se decía en el texto anterior], en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas previstos en estos instrumentos en los acuerdos o Convenios bilaterales relativos a la adopción y protección internacional de menores [materia esta que no se incluía en el texto anterior] que suscriba con Estados contratantes u obligados por los mismos*”, párrafo segundo del nuevo artículo 3).

## Supresión de las figuras de la modificación y revisión de la adopción

El artículo 15 en su texto inicial regulaba la competencia de los juzgados y tribunales españoles para “la modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción de plena de una adopción en supuestos internacionales”. Pues bien, en el texto de la ley, tras la reforma de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia no aparece referencia alguna a la modificación y la conversión, figuras que se han suprimido por no existir en derecho español.

En efecto, la doctrina había sostenido que, una vez que el niño ha adquirido la nacionalidad española como consecuencia de la adopción, la única modificación posible es la conversión de la adopción simple en plena, conforme al propio régimen de la Ley de Adopción Internacional por lo que “*no se alcanza a vislumbrar a que se puede estar refiriendo el legislador con el término modificación como categoría distinta a la conversión*”<sup>50</sup>.

Por otro lado, parece evidente que el tribunal competente para conocer de la declaración de nulidad de una adopción o para la conversión de una adopción no plena ha de ser el mismo que es competente para su constitución. Sin embargo, en el texto inicial esta regla no estaba tan clara ya que parecía admitirse que la ley aplicable para la conversión y modificación fuese distinta de la de la constitución de la adopción<sup>51</sup>.

Una consecuencia de la supresión de la “modificación y revisión” de la adopción ha sido la eliminación del artículo 22, relativo a ley aplicable a estas figuras. Curiosamente, la rúbrica y el cuerpo de dicho precepto no se adecuaban en el texto anterior al artículo 15 dado que en el artículo 22 se hacía referencia a la “conversión, nulidad y revisión de la adopción”, sin mención alguna a la modificación que, en cambio, sí se mencionaba en el 15.

En cualquier caso, dicho defecto aparece ya corregido tras la reforma de Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de modo que en el nuevo artículo 22, tanto la rúbrica como el texto son concordantes con el nuevo artículo 15 y se refieren a la “conversión y nulidad de la adopción”. El nuevo texto establece, como no podía ser de otra manera, que “*la ley aplicable a la conversión de la adopción no plena en plena y a la nulidad de la adopción será la aplicada*”.

---

50.- Arenas García Rafael y González Beilfuss, Cristina. Ob. cit, p.16.

51.- Arenas García Rafael y González Beilfuss, Cristina. Ob. cit, p. 16.

*para su constitución*”, con lo cual se descarta el denunciado equívoco sobre la posibilidad de que resultase aplicable una ley distinta.

### **Reforma de la regulación de la adopción consular**

La adopción consular se creó para que los colonos occidentales desplazados a América y otros países alejados de la metrópoli pudieran constituir adopciones en países que no disponían de autoridades a tal efecto<sup>52</sup>.

La doctrina la ha venido considerando como una antigualla que se ajusta con dificultad a la actual concepción de la adopción como una institución de protección de menores puesto que la actuación de los cónsules españoles se justifica a partir de la nacionalidad española del adoptante, que no es sujeto de protección, lo que, según la doctrina, es “*una anomalía en relación a todos los demás supuestos de atribución de competencia judicial internacional*”<sup>53</sup>.

Quizás debido a tales críticas, la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha restringido notablemente el ámbito de aplicación de esta forma de adopción internacional.

Antes, la adopción consular cabía “*siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación ... en el caso de que el adoptante sea español y el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente*”. Ahora se mantienen esas mismas reglas y, además, se añade, un nuevo requisito legal que actúa como importantísima restricción: que no sea necesaria la propuesta de la Entidad Pública, de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1ª, 2ª y 4ª del artículo 176.2 del Código Civil.

Recordemos que el artículo 176.2 del Código civil establece que:

*“Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.*

---

52.- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. Ob cit., p. 87.

53.- Arenas García Rafael y González Beilfuss, Cristina. Ob. cit, p. 9.



*No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.*

*2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.*

*3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.*

*4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado”.*

En consecuencia la adopción consular se admite solo en aquellos casos en los que el interés superior del adoptando parece no estar en riesgo por la previa existencia de vínculos familiares con el adoptante o porque la mayoría de edad del adoptando no le hace ya merecedor de la protección que se reserva, precisamente, a los menores.

### **Reunificación de la regulación de la ley aplicable**

El capítulo II del título II de la Ley dedicado a la “*Ley aplicable a la adopción*”, en su primitiva versión, venía dividido en dos secciones. La primera llevaba por rúbrica la de “*Adopción regida por la ley española*” y la segunda la de “*Adopción regida por una ley extranjera*”. De modo prácticamente unánime la doctrina había criticado esta sistemática porque es posible que existan adopciones regidas por más de una ley, y no solo por la española y, correlativamente, puede suceder que una adopción se rija por más de una ley extranjera, supuestos que no se hallarían comprendidos en ninguna de las secciones.

En consecuencia, la eliminación de las dos secciones y el establecimiento de un régimen único sea cual sea la ley sustantiva que al final resulte ser la aplicable, es una mejora técnica y resulta más acorde con el derecho internacional privado, tal como fue inspirado por Savigny, uno de cuyos principios es que los ordenamientos jurídicos privados de cada país son iguales e intercambiables por lo que cuando un tribunal nacional ha de aplicar una ley extranjera ha de hacerlo como si fuera la ley nacional, con idéntico tratamiento, con la única excepción del orden público.

El texto del actual artículo 18, con el que comienza la regulación de la ley aplicable, es idéntico al de la primera versión de la Ley, sin más variación que la puntual de la frase con la que se inicia su apartado 1. Así, si en el texto de 2007 el precepto comenzaba con las palabras “*La adopción constituida por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos*”, y a continuación recogía los dos supuestos clásicos, esto es, el adoptando tenga su residencia habitual en España y que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar aquí su residencia habitual. En cambio, la frase inicial del actual artículo 18.1 de la Ley de Adopción Internacional es: “*La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá ...*” y a continuación el texto es idéntico al anterior. La actual redacción parece más adecuada puesto que el precepto tiene por objeto no una adopción ya “constituida”, como rezaba la inicial dicción, sino una adopción que está constituyéndose o se va a constituir.

Pero sobre todo, desde la desaparición de la “doble regulación” (aplicación de la ley española, aplicación de la ley extranjera) lo que resulta es que cuando por no concurrir e los puntos de conexión del artículo 18 no resulte aplicable la ley española, lo será la ley extranjera. Por tanto, esta última se aplicará cuando el adoptando ni resida ni vaya residir en España. Se trata de un supuesto marginal en el que ni siquiera parece justificada la competencia de los tribunales españoles puesto que, como dicen Rafael Arenas García y Cristina González Beilfuss, en tales casos “*el sujeto de protección carece de vínculos suficientes con el foro*”<sup>54</sup>.

Por todo ello, la desaparición de la división del capítulo en secciones distintas según que la ley material aplicable fuese la española o la extranjera ha de ser valorada positivamente.

### **Prohibición de constituir adopciones de menores cuando su ley nacional la prohíba o desconozca**

Una de las finalidades del legislador de 2015, expresadas en el preámbulo de la ley, es la de evitar adopciones claudicantes, es decir, no reconocidas en el país del adoptado, ya que se considera que atentan gravemente contra la seguridad jurídica del menor.

---

54.- Ob. cit, p. 14.

A tal efecto se ha reformado el artículo 19.4 de la Ley de Adopción Internacional en cuyo ámbito de aplicación se incluye, aunque no la menciona expresamente, la institución de la “kafala”.

Puesto que esta institución, la “kafala”, aparece en el subtexto de la ley una y otra vez, haremos un breve excursu para describirla.

Y para no adentrarnos en el campo complejo de la sociología o la antropología, nos referiremos a esta institución trayendo a colación la descripción que de la misma hace la Dirección en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 en la que se señala que:

*“La kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “kafils” o la persona que asume la “kafala” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español... En efecto, el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente del estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan solo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio”.*

La “kafala” es una medida de protección del menor que incluso ha recibido reconocimiento internacional (artículo 20, apartado 3 del Convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y artículo 3.a del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños) y cuya conversión a adopción plena resulta, sin embargo, problemática dados que en la mayoría de los países musulmanes (con alguna excepción como Túnez y Turquía) no se admite otra filiación que

la biológica y, por tanto, la institución que asimila la filiación por adopción a la adopción por naturaleza está prohibida, es “*haram*”<sup>55</sup>.

La cuestión del reconocimiento de la “*kafala*” o de su consideración como base para la constitución de una adopción por parte de los tribunales españoles se ha planteado desde los trabajos de redacción de la Ley 24/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Así, el anteproyecto de dicha Ley establecía en su artículo 17.4 que: “...*en el caso de adoptando cuya ley nacional prohíbe o desconoce la adopción, se denegará la constitución de la adopción. Ello se entiende sin perjuicio, en su caso, de la constitución de otras medidas de protección del menor*”. La prohibición se incorporó al artículo 19.4 del Proyecto de Ley, aunque con una excepción: “*cuando el menor encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública Española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades de su país*”. Pues bien, las propuestas legislativas prohibicionistas fueron finalmente eliminadas del texto de la ley.

Si a lo anterior unimos que el artículo 18.1.a de la Ley 54/2007 al regular la ley aplicable a la adopción establece que la ley nacional española es la aplicable cuando el adoptando tenga su residencia habitual española, habremos de concluir que en caso de menor residente en España, sometido a una “*kafala*”, la ley sustantiva a aplicar es la española y, por tanto, la posible prohibición o desconocimiento, en el derecho del país de origen, de la adopción, no impedía que esta pudiese ser constituida.

Esta situación ha cambiado radicalmente con la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que da una nueva redacción al artículo 19.4: “*En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública*”.

Nótese que este artículo 19.4 se extiende a los supuestos en los que la adopción está prohibida y también a los casos de países que no contemplan la institución en su legislación.

---

55.- De esta materia trata el Dictamen de la Fiscalía General del Estado 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, respecto al tratamiento de la *kafala*.

En el texto anterior la “kafala” podía ser considerada como adopción simple o menos plena y, como tal, asimilada al “acogimiento familiar”, tal como se preveía en el antiguo artículo 30.4. Esta posibilidad ha desaparecido del texto del mencionado precepto tras la reforma de la Ley 26/2015, lo que parece perseguir la adecuación de la Ley de Adopción Internacional al Convenio de la Haya de 1993, que parte del principio de que la adopción simple o no plena debe ser reconocida como tal, sin equiparación a otras instituciones más o menos equivalentes.

### **Reformulación del control de competencia de la autoridad extranjera para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera**

Una de las dificultades que presentaba la Ley de Adopción Internacional en su texto original es que, en sede ya del reconocimiento de adopciones internacionales, establecía en su artículo 26 como uno de los requisitos para la validez en España de las constituidas por autoridades extranjeras, en defecto de normas internacionales, que la autoridad que la hubiese constituido fuese la competente, y entendía que lo era “*si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho*”.

Esta previsión de control de competencia de la autoridad de origen había sido objeto de crítica doctrinal. Se consideró, en efecto, que se trataba de “*un elemento extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen y no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen, ni que esté limpia de fraude o irregularidades*”<sup>56</sup>.

En el nuevo artículo 26.1.1º se mantiene el principio del control de la competencia de origen pero el contenido de este es diferente. No se trata ya de verificar el cumplimiento de las normas de conflicto extranjeras sino que ese nuevo control de la competencia extranjera consiste en verificar que se dan “vínculos razonables” con el estado extranjero que ha constituido la adopción.

El legislador ha considerado que ese control es menos formal y más efectivo de cara a conseguir la finalidad de la norma que no puede ser otro que evitar el fraude y asegurar que la adopción es también válida en el país de origen, y todo ello para la consecución del superior interés del menor.

---

56.-Álvarez González, Santiago, “La ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunicación entre ambos”. Anuario de Derecho Internacional Privado 2007, pp. 65-66. file:///C:/Users/carlos/Downloads/La\_ley\_de\_adopcion\_internacional\_Reflex.pdf.

Este control era, en la redacción inicial de la Ley, meramente corrector del de la correcta aplicación de las normas de conflicto extranjeras: *“No obstante lo establecido en la regla anterior, [decía el texto anterior], en el caso de que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes distintos con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional”*.

En el nuevo texto el de la razonabilidad de la conexión ha pasado a ser el único control de competencia extranjera al que se supedita el reconocimiento de la adopción constituida por una autoridad extranjera. Se ha suprimido el control de la aplicación de las normas extranjeras de competencia judicial internacional. Con ello ha desaparecido uno de los dos “controles cumulativos que el antiguo texto establecía sobre la competencia extranjera, de modo que solo pervive el control de la “razonabilidad” del foro utilizado.

Se ha pasado de un control que recaía sobre un elemento de derecho (normas de conflicto extranjero) que exigía tener que acudir a las normas de conflicto extranjeras, con las dificultades de conocimiento de ese derecho que ello suponía, a un control de que recae ahora sobre un elemento de hecho (vínculos razonables) cuya concurrencia o no dependerá de la acreditación de las circunstancias de que permitan concluir que la conexión con el foro existe, singularmente la residencia habitual –que, a diferencia del domicilio, no es un concepto normativo sino fáctico– de adoptante o adoptando.

Este control ya planteaba dudas a algunos autores<sup>57</sup> que entendieron que no responde al interés superior del menor que en ciertas circunstancias lo que demandará es que, aunque la autoridad extranjera presente una vinculación leve, asuma la competencia sobre la adopción para así posibilitar su reconocimiento en España.

Si lo que se persigue es que garantizar que el proceso de adopción se llevó a cabo por la autoridad de origen con toda garantía, con plena protección del interés del menor, quizás hubiera sido más eficaz, como sugiere Santiago Álvarez González, extender el control a la fase administrativa previa a la constitución de la adopción<sup>58</sup>.

---

57.- Arenas García, Rafael y González Beilfuss, Cristina, ob. cit. pp. 23-24.

58.- Ob. cit. pp. 64 y 65.

## **Sustitución del control de la ley aplicable por el criterio de no contrariedad con el orden público español**

El artículo 26.1.2º en su primitiva redacción imponía el control del derecho aplicado para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridades extranjeras, al exigir que esta, *“se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción”*.

Santiago Álvarez González se había mostrado contrario a este control por entender que no garantiza que la adopción no fuese declarada inválida en el país de origen y no evitaba el reconocimiento en España de adopciones fraudulentas y señalaba que: *“puede conducir –lo que sería la otra cara de la moneda– a que una adopción plenamente válida en el país de origen (porque el vicio de aplicar una ley distinta a la prescrita por su sistema de DIPr sea valorado como menor o, en todo caso, no invalidante) no se reconozca en España, por la llamativa circunstancia de que nuestra Ley de adopción internacional valore la inobservancia de una norma extranjera más gravemente que el propio ordenamiento jurídico extranjero”*.<sup>59</sup>

En el mismo sentido se habían pronunciado Rafael Arenas García y Cristina González Beilfuss señalando que el control de la ley aplicada por el juez de origen: *“puede conducir a negar eficacia en España a una adopción que es perfectamente eficaz desde la perspectiva del Estado extranjero en el que se ha constituido la adopción, y puede conducir a denegaciones de reconocimiento contrarias al interés del menor”*<sup>60</sup>.

Este criticado control de la ley aplicable a la adopción constituida en el extranjero es el que ha desaparecido tras la reforma. A cambio se ha introducido en el apartado 1.2º del artículo 26 la excepción de orden público para el reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras que no existía antes y que algún autor había considerado como un olvido del legislador<sup>61</sup>. Fuese esto cierto o no, al dejarse ahora abierto el reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridad extranjera sin control de la ley aplicada, resultaba indispensable prever la posibilidad de acudir a la vulneración del orden público para evitar el reconocimiento de adopciones fraudulentas.

---

59.- Ob. cit. p 65.

60.- Ob. cit. p 26.

61.- Arenas García, Rafael y González Beilfuss, Cristina, ob. cit. p. 36.

El artículo 27, relativo al “*control de validez de la adopción constituida por autoridad extranjera*” ha sido enteramente remodelado, añadiéndose una referencia expresa al Convenio de la Haya, de 26 de mayo de 1996.

En su texto anterior el precepto establecía que:

*“La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, y en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en esta Ley”.*

El texto actual comienza de idéntica forma, suprime las palabras “con arreglo a las normas contenidas en esta ley” y continúa en los siguientes términos:

*“con arreglo a las normas contenidas en el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, a través de la presentación del certificado de conformidad con lo previsto en su artículo 23 y de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento prevista en el artículo 24 de dicho Convenio. En los casos de menores que provengan de países no signatarios del mismo, el Encargado del Registro Civil realizará dicho control incidental verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26”.*

Por un lado el precepto puede parecer superfluo por cuanto, en definitiva, lo que dice es que el Convenio de La Haya, se aplicará cuando el país de la autoridad extranjera que constituyó la adopción sea signatario de dicho Tratado, lo que no es sino concreción del artículo 96 de la Constitución, y cuando no sea de aplicación el tratado, el control de la validez de la adopción se hará conforme al derecho internacional privado autónomo, esto es, la propia Ley de Adopción Internacional.

La novedad, es sin embargo, que cuando sea aplicable la Ley de Adopción Internacional, por no regir el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, el control de validez incluirá, por remisión expresa del artículo que comentamos, algunos aspectos de la fase administrativa del proceso de adopción (art. 5.1 e) y f)), lo que permite un cierto control sobre la fase administrativa



previa a la adopción, más allá de aceptaciones y consentimientos, tal como deseaba parte de la doctrina<sup>62</sup>.

### **Otras medidas de protección de menores**

La nueva redacción del artículo 32, relativo a la “*competencia para la constitución de otras medidas de protección de menores*”, es la siguiente:

*“La competencia para la constitución de las demás medidas de protección de menores se regirá por los criterios recogidos en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, en particular por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.*

Por su parte, el actual artículo 33 relativo a la “*ley aplicable a otras medidas de protección de menores*” señala que:

*“La ley aplicable a las demás medidas de protección de los menores se determinará con arreglo a los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, en particular por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.*

Del primero de los preceptos mencionados se ha omitido la remisión al artículo 22. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para el caso de defecto de las normas internacionales que citaba, y del artículo 33 se ha omitido la remisión al artículo 9.6 del Código Civil para el caso de defecto de las normas internacionales que expresamente mencionaba.

De todo ello se infiere que el legislador da, de nuevo, al derecho de la Unión Europea y al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 una eficacia más allá de la que alcanzaría a los Estados miembros de la Unión

---

62.- Álvarez González, Santiago, ob. cit.

Europea o signatarios del convenio, mediante la renuncia a la aplicación de las normas internas de competencia internacional y de derecho internacional privado autónomo.

## XI. 2. OTROS ESTUDIOS

*En el devenir del Curso 2016-2017 se han producido en el seno de la Comisión de Derecho Público, los tres estudios que siguen a continuación.*

### XI. 2.A. LAS ARMAS Y LA CONCIENCIA (ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL)\*

**Joan Oliver Araujo**

**SUMARIO:** 1. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A FORMAR PARTE DE LOS EJÉRCITOS: CONCEPTO, IMPORTANCIA, ORIGEN HISTÓRICO Y RECONOCIMIENTO ESTATAL E INTERNACIONAL. *1.1. Concepto e importancia de la objeción de conciencia al servicio militar. 1.2. Origen histórico de la objeción de conciencia al servicio militar: un fenómeno íntimamente unido a la aparición del cristianismo. 1.3. Una panorámica del Derecho extranjero en el tema de la objeción de conciencia al servicio militar. 1.4. La objeción de conciencia al servicio militar en los documentos de los organismos internacionales.*— 2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: HITOS DE UN PROCESO. *2.1. Los objetores de conciencia durante la dictadura franquista: las denominadas “condenas en cadena”. A) Los primeros objetores de conciencia en España. B) La reacción del régimen franquista: cárcel hasta los treinta y ocho años de edad. 2.2. El reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar y su protección a través del recurso de amparo (1978). A) La objeción de conciencia en la Constitución y en la legislación de desarrollo. B) Los motivos relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia. C) El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia. D) La prestación*

---

\* Ponencia presentada al IX Congreso de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, Paraguay, días 22 a 24 de septiembre de 2016.

social sustitutoria. 2.3. *El derecho a la objeción de conciencia ante la total profesionalización del Ejército (desde el 1 de enero de 2002).*

## **1. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA A FORMAR PARTE DE LOS EJÉRCITOS: CONCEPTO, IMPORTANCIA, ORIGEN HISTÓRICO Y RECONOCIMIENTO ESTATAL E INTERNACIONAL**

### **1.1. Concepto e importancia de la objeción de conciencia al servicio militar**

En sentido genérico, podemos definir la objeción de conciencia como la negativa a cumplir un orden de la autoridad o una norma jurídica invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un mandato superior que prohíbe dicho cumplimiento<sup>1</sup>. Con criterio similar, Ruiz Miguel<sup>2</sup> define la objeción de conciencia como “la oposición al cumplimiento de una ley por la existencia de un deber moral incompatible”; y Jean Pierre Cattelain<sup>3</sup> indica que la objeción de conciencia consiste “en oponer la ley de la conciencia a la ley oficial”, esto es, en negarse a cumplir un deber jurídicamente exigible por dar preeminencia a las propias creencias. De este modo, comprobamos que para que pueda hablarse, en rigor, de objeción de conciencia deben darse dos elementos básicos<sup>4</sup>: 1º) la negativa a cumplir un deber jurídico impuesto por una norma o por una autoridad (que tanto puede consistir en un hacer como en un no hacer); y 2º) el concreto fundamento de dicha normativa, que debe consistir en un imperativo de la propia conciencia (puede ser percibido como una exigencia religiosa, ética, moral, humanitaria, filosófica e incluso política). Como ha subrayado González Vicén<sup>5</sup>, se trata de “una decisión que la conciencia individual toma en su soledad constitutiva y que solo obliga

---

1.- En términos parecidos se expresa VENDITTI, R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 3.

2.- RUIZ MIGUEL, A., “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-1987, p. 405.

3.- CATTELAÏN, J. P., *La objeción de conciencia*, Oikos-Tau, Barcelona, 1973, p. 53.

4.- OLIVER ARAUJO, J., “Les objeccions de consciència davant el dret: un repte de present i de futur”, en *Estudis Baleàrics*, núm. 49, 1994, p. 32.

5.- GONZÁLEZ VICÉN, F., “La obediencia al Derecho. Una anticrítica”, en *Sistema*, núm. 65, 1985, p. 104.

al sujeto de esta conciencia; es una decisión que no traspone los límites del ámbito estrictamente personal y que no pretende más que la paz del individuo con las raíces de su yo”. Lo que busca el objetor es, en definitiva, proteger su conciencia y, por tanto, su capacidad de autodeterminación personal frente al poder estatal<sup>6</sup>. Así, pues, podemos concluir que la objeción de conciencia “existe desde que el hombre es consciente de su ser individual y opone sus concepciones particulares a la organización política, que le compele a realizar un acto que su conciencia rechaza”<sup>7</sup>. De todas maneras, ya en estas primeras líneas, es preciso subrayar que este mandato de la propia conciencia se resiste a ser definido con precisión, pues “es exigencia de absoluto”, que tanto puede ser percibido como la voz de Dios en el hombre como un imperativo laico de justicia, libertad y dignidad<sup>8</sup>.

Las materias que pueden provocar objeción de conciencia pueden ser, al menos en teoría, tan numerosas como mandatos legales pueden lesionar la conciencia de las personas<sup>9</sup>. En términos generales, “no es posible hablar de un *numerus clausus* de supuestos de objeción de conciencia. La dinámica social y la del ordenamiento son las que van haciendo que unos surjan y otros desaparezcan”<sup>10</sup>. Sin ningún propósito de exhaustividad, podemos recordar algunos de los tipos históricos más conocidos de objeción de conciencia: a la guerra y al servicio militar, a los juramentos, al saludo a la bandera, al pago de determinado porcentaje de los impuestos por presuponer su destino militar, a la colaboración en las prácticas abortivas legales, a la venta de preservativos, a vacunar a sus hijos, a la venta de la llamada “píldora del día siguiente”, al sometimiento al ideario de un centro docente privado en el que se trabaja, a revelar los datos cubiertos por el denominado secreto de confesión, a celebrar matrimonios homosexuales o a tramitar los expedientes de los mismos, etc. Sin embargo, a pesar de esta amplísima posibilidad teórica de invocar objeción de conciencia, hemos de indicar que las legislaciones o no la admiten en ningún supuesto o solo en algunas materias muy concretas. Esta ausencia de reconocimiento o, en el mejor de los casos, reconocimiento restrictivo tiene su causa en el temor o desconfianza del legislador ante las

---

6.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 23-24.

7.- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., “La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 21 y 26.

8.- La misma imprecisión constata CATTELAÏN, J. P., *La objeción de conciencia*, cit., pp. 173-174.

9.- OLIVER ARAUJO, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 32-33.

10.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 30.

consecuencias que se derivarían de una aceptación amplia de la objeción de conciencia, pues podría poner en jaque la propia existencia del Derecho y del Estado. Nuestro estudio va a limitarse al supuesto de objeción de conciencia más clásico, esto es, al servicio militar o servicio de armas.

De forma sencilla, la podemos definir como la negativa a cumplir el deber jurídico del servicio militar (esto es, la incorporación al Ejército) alegando que existe en el fuero interno un imperativo superior, religioso o filosófico-moral, que impide dicho cumplimiento. Tanto históricamente como en la actualidad, la objeción de conciencia al servicio militar ha sido y sigue siendo la forma paradigmática de “objeción” y, sin ninguna duda, la más extendida. Por ello, existe el sobreentendido de que cuando hablamos de objetores de conciencia estamos aludiendo a aquellos ciudadanos que, por razón de sus convicciones más profundas, rechazan cumplir el servicio de armas que les exige el Estado<sup>11</sup>. No es, por tanto, de extrañar que en numerosos textos constitucionales sea el único supuesto de objeción de conciencia admitido y, en todo caso, siempre es el que ha merecido mayor atención por parte del legislador, lo cual es lógico dadas las dimensiones que puede alcanzar y los problemas que encierra. Esto es, precisamente, lo que ocurre en España, ya que la Constitución de 1978 solo reconoce *expresamente* la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2)<sup>12</sup>.

El motivo por el que la objeción de conciencia al servicio militar y, por tanto, a la guerra haya tenido y, sobre todo, tenga en la actualidad una aceptación social tan amplia hay que buscarlo en el espanto que, en numerosas conciencias, causa la crueldad y la frecuencia de la guerra en toda la historia humana. La guerra, con independencia de que sea justa o injusta, es la suprema violencia física y moral, y entre sus gravísimas consecuencias ocupan un lugar destacado la muerte, la destrucción física y la degradación moral a gran escala. Ante un panorama tan desolador, no es de extrañar que la negativa a formar parte de los ejércitos también haya estado presente en la historia de la humanidad desde hace dos mil años<sup>13</sup>. Sin embargo, como

---

11.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 33; ROJO SANZ, J. M., “Objeción de conciencia y guerra justa”, en *Persona y Derecho*, núm. 11, 1984, p. 122.

12.- Ello no es óbice para que el legislador ordinario y el Tribunal Constitucional puedan ir reconociendo otros supuestos concretos de objeción de conciencia, a partir de las libertades de ideología y de religión reconocidas en el artículo 16.1 CE (como ocurrió en 1985, cuando el Alto Tribunal estimó inserta en dichas libertades la objeción de conciencia del personal médico a participar en las prácticas abortivas legales).

13.- El conflicto no resuelto entre los argumentos pacifistas, fundados en el convencimiento de que la guerra será cada vez más mortífera y total, y la razón que admite que —en casos extremos— puede ser imprescindible acudir a ella, aparece claramente expuesto en BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías para la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, p. 18.

veremos seguidamente, debe subrayarse que hasta épocas muy recientes esta actitud no se ha consagrado en los ordenamientos jurídicos como un auténtico derecho.

## **1.2. Origen histórico de la objeción de conciencia al servicio militar: un fenómeno íntimamente unido a la aparición del cristianismo**

Si la objeción de conciencia en sentido genérico se remonta a una antigüedad difícil de datar (basta pensar en la obra *Antígona* de Sófocles o en el martirio de los hermanos Macabeos del *Antiguo Testamento*), la objeción de conciencia a la guerra y al servicio militar tiene un origen histórico mucho más concreto, pues es un fenómeno íntimamente unido al nacimiento de la Iglesia cristiana. En efecto, con la aparición del cristianismo surge el primer movimiento generalizado de objetores de conciencia al servicio militar. De hecho, como es sabido, muchos cristianos de la primera hora murieron por negarse a servir en los ejércitos romanos<sup>14</sup>. La razón de esta objeción era doble: por una parte, el culto al emperador que imponían ciertas ceremonias militares; y, por otra, el respeto absoluto por la vida humana que implicaba el rechazo a toda violencia<sup>15</sup>. Tal actitud era —a nuestro juicio— coherente con las enseñanzas de Jesús de Nazaret, que están llenas de llamadas a favor del amor y de la paz, no solo con los amigos sino también —y esta es la principal novedad— con los enemigos. Los textos en que Jesús señala este camino a sus discípulos podrían multiplicarse; recordemos ahora solo algunos de ellos<sup>16</sup>. El mandamiento nuevo y definitivo lo concreta en las siguientes palabras: “Amaos los unos a los otros, como yo os he amado” (*Juan*, 13, 34-35). En otra ocasión, corrigiendo la ley hebraica y su interpretación, afirma: “No hagáis frente al que os agravia. Al contrario, si uno te abofetea en la mejilla derecha, vuélvele también la otra; al que quiera ponerte pleito para quitarte la túnica, déjale también la capa” (*Mateo*, 5, 39-40). Cuando fue detenido en Getsemaní y Pedro —para defenderle— cortó la oreja al criado del Sumo Sacerdote, Jesús le reprendió diciéndole: “Vuelve la espada a su sitio, porque todos los que empuñan la espada a espada perecerán” (*Mateo*, 26, 51-53; y *Juan*, 18, 10-11). Asimismo, en el Sermón de la Montaña —que constituye la quintaesencia del mensaje cristiano—, Jesús llama bienaventurados a “los que trabajan por la paz, porque a estos Dios los va a llamar

---

14.- RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, Integral, Barcelona, 1988, p. 31.

15.- GARCÍA ARIAS, L., “Servicio militar y objeción de conciencia”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 22, 1966, pp. 14-16.

16.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., pp. 40-41.

hijos suyos” (*Mateo*, 5, 9). Como vemos, la paz y el amor a todos —incluso a los enemigos— son elementos fundamentales en la predicación de Jesús, lo que va a producir sentimientos profundamente pacifistas en las primeras generaciones de cristianos.

Si unimos a los mandatos evangélicos que acabamos de citar las crueles persecuciones a que fueron sometidos los cristianos por parte del Imperio Romano, comprenderemos perfectamente porque la posición de la Iglesia hasta el sínodo de Arles (314) fue contraria al servicio de armas. Es cierto que hubo militares convertidos al cristianismo que continuaron ejerciendo su oficio, pero también lo es que en los tres primeros siglos de nuestra era no hubo ningún documento de la Iglesia que elogiase el servicio militar y, mucho menos, que reprobase a quienes lo rechazaban por motivos de conciencia. Por contra, fueron numerosos los escritos de Padres de la Iglesia que condenaron vigorosamente el empleo de las armas. Las obras de Lactancio, Tertuliano, Orígenes y San Cipriano, entre otros, dan testimonio de esta tradición pacifista dentro de la Iglesia de los primeros siglos. Lactancio, en *Divinae Institutiones*, escribe: “Cuando Dios nos prohíbe matar, no solo prohíbe el bandidaje que las propias leyes públicas no permiten, sino que nos ordena no hacer incluso aquello que los hombres consideran lícito. Así, pues, a un hombre justo no se le permitirá servir como soldado, ya que su servicio militar es la justicia”. Y añade: “Es siempre criminal matar a un hombre que, según la voluntad de Dios, debe ser considerado como una criatura sacrosanta”. Tertuliano, en su obra *De Idolatria*, afirma: “Al desarmar a Pedro, el Señor desarmó a todos los soldados”, lo que le lleva a considerar inmoral el servicio en el ejército; y en *De Corona Militis* se pregunta: ¿cómo un cristiano “podrá vivir con la espada al lado, cuando el Señor ha dicho que el que se sirva de la espada, perecerá por la espada?”. Orígenes —en *Contra Celso*— afirma que “los cristianos han recibido la enseñanza de no defenderse contra sus enemigos”; y apostilla: “Ya no cogemos las armas contra nadie ni aprendemos a hacer la guerra, puesto que hemos sido instruidos por Jesús”<sup>17</sup>. San Cipriano, en la misma línea contraria al servicio militar, escribe: “El mundo está plagado de sangre mutuamente vertida. El homicidio es un crimen cuando se comete a título personal, pero es considerado valentía cuando se comete en nombre del Estado”. Por último, indiquemos que en las reglas de la *Tradición* (reglamento eclesiástico romano), fijadas por Hipólito de Roma a principios del siglo III, se afirmaba: “Si un catecúmeno o un fiel quiere hacerse soldado, que se le expulse, puesto que ha despreciado a Dios”. La actividad militar, en este último texto, se ponía al mismo nivel que la que desarrollaban las prostitutas,

---

17.- Para una aproximación a los planteamientos de Orígenes, puede verse CROUZEL, H., “Origene et la guerre” en VV.AA., *L'attitude des premiers chrétiens face au service militaire*, Publications des Séminaires Théologie et Non-Violence, Massy, 1986, pp. 37-53.



los proxenetas, los gladiadores, las adúlteras y los idólatras. Resumiendo lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que la posición de la Iglesia cristiana en los tres primeros siglos de su existencia fue claramente contraria a que sus miembros formaran parte del ejército, tanto por razones doctrinales como por la persecución a que estaba sometida por parte del Imperio. No es de extrañar, por tanto, que en las *Actas de los Mártires* aparezcan los nombres de numerosos jóvenes cristianos (Massimiliano, Tipasio, Marcelo, Julio, etc.) que, a causa de su negativa a empuñar las armas, fueron torturados hasta la muerte<sup>18</sup>. Como es sabido, la posición de radical rechazo al servicio militar por parte de la Iglesia varió muy sensiblemente con la proclamación de Constantino como Emperador y la progresiva cristianización del Imperio. Pero esta es otra historia.

### **1.3. Una panorámica del Derecho extranjero en el tema de la objeción de conciencia al servicio militar**

Aunque existen precedentes de reconocimientos legales de objeción de conciencia por motivos religiosos desde principios del siglo XVI, hay que subrayar que estas exenciones al servicio de armas no se otorgaban como consecuencia del respeto a la libertad de conciencia, sino como privilegios particulares a favor de ciertos grupos religiosos a cambio de contraprestaciones concretas en beneficio del Estado (pago de contribuciones especiales, realización de trabajos particularmente penosos o peligrosos, repoblación de zonas conflictivas, etc.)<sup>19</sup>. Como afirma el profesor Cámara Villar<sup>20</sup>, los reconocimientos que se produjeron antes del comienzo del siglo XX “no eran en la mayor parte de los casos sino gestos utilitaristas, siempre particularizados, de los gobernantes”.

Dejando al margen los precedentes indicados, lo primero que hay que subrayar es que la incorporación del derecho a la objeción de conciencia en los distintos ordenamientos jurídicos ha tenido lugar recientemente y de

---

18.- BERTOLINO, R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli Editore, Turín, 1967, pp. 148-149.

19.- Entre otros casos, podemos recordar la exención del servicio militar a favor de los anabaptistas decretada por el duque Alberto de Prusia en 1520, a favor de los menonitas en Holanda en 1575, y a favor de los anabaptistas en Francia a través del Decreto de 13 de agosto de 1793. Asimismo, durante el Primer Imperio, Napoleón I dispuso sistemáticamente del servicio militar a los cristianos de confesiones pacifistas (anabaptistas, menonitas, ducobors, etc.) de los países aliados o conquistados. Igual privilegio obtuvieron los cuáqueros en los Estados Unidos y los menonitas y los anabaptistas en Rusia en el siglo XIX. CATTELAÍN, J. P., *La objeción de conciencia*, cit., pp. 72-73; GARCÍA ARIAS, L., “Servicio militar y objeción de conciencia”, cit., p. 39.

20.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., pp. 36-37 y 55.

modo bastante lento. En términos generales, puede decirse que los primeros países que lo reconocieron fueron aquellos en los que había una mayoría protestante o una importante implantación de las confesiones cristianas pacifistas; en cambio, en los países de mayoría católica dicho reconocimiento fue mucho más tardío. Así, antes de la Segunda Guerra Mundial ya habían consagrado el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, entre otras, las legislaciones de Suecia (1902), Australia (1903), Unión Sudafricana (1912), Gran Bretaña (1916), Estados Unidos (1917), Canadá (1917), Dinamarca (1917), Nueva Zelanda (1917), Paraguay (1921)<sup>21</sup>, Noruega (1922) y Holanda (1922). Tras el desastre de la Segunda Guerra Mundial, surgieron importantes movimientos pacifistas inspirados en consideraciones éticas y filosóficas, al tiempo que aparecieron diversas corrientes teológicas progresistas (avaladas por el Papa Pablo VI) que defendían la legitimidad moral de los católicos de declararse objetores de conciencia al servicio militar. Todo ello contribuyó al reconocimiento legal de la objeción de conciencia en países tradicionalmente reacios a admitirla. Así lo hicieron, entre otros, la República Federal Alemana (1949), Finlandia (1959), Luxemburgo (1963), Francia (1963), Bélgica (1964), Italia (1972), Austria (1974), Portugal (1976) y Grecia (1977). En todos estos países, salvo alguna excepción muy puntual por motivos coyunturales, los ciudadanos que obtenían el reconocimiento de la condición de objetores de conciencia debían realizar un servicio civil sustitutorio.

En la actualidad, puede afirmarse que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar está reconocido, con mayor o menor amplitud, en los ordenamientos de la práctica totalidad de los países democráticos<sup>22</sup>. En unos pocos este reconocimiento se ha hecho en los propios textos constitucionales (Holanda, Alemania, Austria, Portugal, España, etc.), en tanto que en la mayoría se ha consagrado en las leyes ordinarias (Suecia, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo, Francia, Bélgica, Italia, Finlandia, Suiza, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos, etc.). Por lo que se refiere a los ordenamientos que han incorporado el derecho a la objeción de conciencia en la propia Constitución, hay que señalar que no ha habido uniformidad en cuanto a su enclave sistemático. Así, en tanto

---

21.- Paraguay, aunque era un país de mayoría católica, reconoció excepcionalmente el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar a los menonitas y a los miembros de otras confesiones pacifistas con la condición de que colonizaran la región del Chaco (Ley de 25 de julio de 1921).

22.- Con independencia de que dicho derecho esté activo o esté en *hibernación* (por haberse profesionalizado totalmente el ejército respectivo). Esta supresión del servicio militar obligatorio se ha producido, por ejemplo, en el Reino Unido (1962), Estados Unidos (1973), Francia (1997), Holanda (1997), España (2002) y Alemania (2011). FERNÁNDEZ-ARMESTO, F., “Las democracias vuelven a la guerra”, en *El Mundo*, 25 de abril de 2011, p. 17.

que algunas lo consagran en el artículo dedicado a la libertad de conciencia, religión y culto (v.g., el artículo 41.6 de la Constitución Portuguesa), otras lo ubican en el precepto que establece los deberes militares (v.g., el artículo 30.2 de la Constitución Española)<sup>23</sup>.

#### **1.4. La objeción de conciencia al servicio militar en los documentos de los organismos internacionales**

La objeción de conciencia al servicio militar adquirió tal importancia en el siglo XX que traspasó las fronteras del Derecho interno para recibir plasmación en los documentos y resoluciones de los organismos internacionales<sup>24</sup>, tanto en los de ámbito global como —sobre todo— en los de ámbito regional europeo. A continuación, de forma casi telegráfica y siguiendo su orden cronológico, vamos a recordar algunos de los más importantes de dichos documentos:

A) *La Resolución número 337, de 26 de enero de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa*. Fue el primer documento internacional que reconoció de manera expresa el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Estaba estructurado en tres partes: principios básicos sobre la objeción de conciencia al servicio militar, procedimiento para lograr el reconocimiento de la condición de objetor y líneas generales que debían inspirar el servicio sustitutorio. Destacaban dos aspectos de especial interés: la calificación de la objeción de conciencia como un derecho subjetivo y la amplitud de los motivos que podían fundamentar el reconocimiento de este derecho. Además, para esta Resolución, la objeción de conciencia al servicio militar derivaba, en una relación lógica, del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Conexión que, como subrayaba el profesor Martín-Retortillo<sup>25</sup>, era “sugestiva y fértil en consecuencias”.

B) *La Resolución de 7 de febrero de 1983 del Parlamento Europeo*. Esta Resolución fue, “sin duda, la más avanzada muestra de sensibilidad

---

23.- DE ALFONSO BOZZO, A., “El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia. Comentario a la solución jurisprudencial transitoria para el ejercicio de un derecho constitucional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1983, p. 210.

24.- FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Garantías para la protección del derecho a la objeción de conciencia: la derogación del artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 45, 1985, p. 214; CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p. 106; GASCÓN ABELLÁN, M. y PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-1989, p. 99.

25.- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Sistema*, núm. 62, 1984, p. 9.

institucional hacia su consideración como derecho fundamental dimanante de la libertad de conciencia<sup>26</sup>. Entre otros aspectos de este criterio generoso y garantista con los objetores, cabe destacar el reconocimiento de la posibilidad de abandonar el servicio militar incluso una vez incorporado al mismo (objeción de conciencia sobrevenida), así como el rechazo a que una comisión o tribunal pudiera indagar sobre la conciencia personal y a que la duración de la prestación social sustitutoria fuera superior a la del servicio militar.

*C) La Recomendación R (87) S, de 9 de abril de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.* En esta Recomendación, que se mantenía en la misma línea que la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el Comité de Ministros del Consejo de Europa manifestaba su deseo de que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio fuera reconocida en todos los Estados miembros del Consejo de Europa y se rigiera por principios comunes. Asimismo, aconsejaba a los Gobiernos de dichos Estados que adecuaran, en la medida que aún no lo hubieran hecho, sus legislaciones y prácticas nacionales a los principios contenidos en la Recomendación que ahora se aprobaba.

*D) Las Resoluciones 1987/46 (de 10 de marzo) y 1989/59 (de 8 de marzo) de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.* En ellas se hacían sendos llamamientos a los Estados para que reconocieran la objeción de conciencia al servicio militar como un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También solicitaban a todos los Estados que se abstuvieran de encarcelar a los objetores, adoptando, a tal fin, medidas destinadas a eximir del servicio militar cuando existiera una auténtica objeción de conciencia al mismo.

*E) La Resolución de 13 de octubre de 1989 del Parlamento Europeo.* Seis años después de la aprobación de la Resolución de 7 de febrero de 1983, considerando que ni los Gobiernos de los Estados miembros ni la Comisión de las Comunidades Europeas habían tomado las necesarias iniciativas al respecto, el Parlamento Europeo aprobó esta nueva Resolución relativa a la objeción de conciencia al servicio militar y su convertibilidad en una prestación personal de índole civil. En ella se instaba a la Comisión y a los Estados miembros a que se esforzaran para conseguir que la objeción de conciencia al servicio militar se incluyera, como un derecho fundamental, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de

---

26.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 73.

las Libertades Fundamentales. Con dicha inclusión, podría ser invocado eficazmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: HITOS DE UN PROCESO

Para analizar el difícil y tortuoso proceso histórico que atravesó en España la objeción de conciencia al servicio militar, desde su consideración de delito castigado con severidad hasta su consagración como derecho constitucional fuertemente garantizado, vamos a estudiar brevemente alguno de los hitos fundamentales del *iter* referido<sup>27</sup>.

### 2.1. Los objetores de conciencia durante la dictadura franquista: las denominadas “condenas en cadena”

#### A) *Los primeros objetores de conciencia en España*

En España, el fenómeno de la objeción de conciencia al servicio militar tuvo sus primeras manifestaciones públicas a finales de los años cincuenta del siglo XX, cuando varios ciudadanos pertenecientes a la comunidad religiosa de los *Testigos de Jehová* se negaron abiertamente a empuñar las armas<sup>28</sup>. Los primeros casos fueron los de Jesús Martín Nohales (en 1958) y Alberto Contijoch Berenguer (en 1959)<sup>29</sup>. A partir de estas fechas, los casos de obje-

---

27.- Un estudio en profundidad de este proceso puede verse en OLIVER ARAUJO, J., “Historia de la objeción de conciencia al servicio militar en España”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV (Siglo XX), Volumen VI (El Derecho positivo de los derechos humanos), Libro I (Parte General), (directores: Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Carlos R. Fernández Liesa), Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid), Madrid, 2013, págs. 654-727.

28.- Hay que apuntar, no obstante, que ya a principios de los años cincuenta se habían planteado algunos problemas con los testigos de Jehová que se negaban a cumplir el servicio militar; sin embargo, hasta 1958, siempre se encontró una “solución interna”. Normalmente, los objetores, tras ser sometidos a diversos tratos degradantes y humillantes para hacerles desistir de su actitud, aceptaban la realización de servicios auxiliares desvinculados del uso de las armas. Como advierte con perspicacia X. RIUS (*La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, cit., pp. 133-134), “los mandos de los cuarteles donde eran destinados no deseaban que sus regimientos tuvieran el estigma de la existencia de desobediencia y buscaban arreglos particulares en cada caso”.

29.- En la mayoría de libros y artículos se fija el origen de la objeción de conciencia al servicio militar en nuestro país con el caso de Alberto Contijoch. Sin embargo, no puede olvidarse el caso —menos conocido, pero no menos duro— de Jesús Martín Nohales.

ción de conciencia de testigos de Jehová que eran llamados a filas se fueron reproduciendo en todas las provincias españolas<sup>30</sup>. Los testigos de Jehová en edad militar que no salieron de España en la década de los sesenta tuvieron que dar un fuerte testimonio de coherencia con sus creencias. Contijoch recuerda el caso de varios compañeros suyos, destinados a realizar el servicio militar en Lérida, que fueron torturados para forzarles a cumplirlo. “Muchos fueron apaleados e incluso amenazados de violación si se negaban a realizar servicios auxiliares. Uno de los casos más horripilantes se dio en 1964, cuando el testigo de Jehová Juan Tomás Goparra, tras recibir diversas palizas, fue atado desnudo en el suelo de la cuadra, soltándose luego a las mulas, a las que se azuzaba para que lo pisaran”<sup>31</sup>. El mismo Contijoch sufrió numerosas palizas y tratos inhumanos y degradantes, entre ellos podemos destacar el que tuvo lugar en Palma de Mallorca, cuando permaneció cuarenta y cinco días en calzoncillos en el calabozo, ya que le habían arrebatado la ropa civil<sup>32</sup>. Pero esto no era todo. Si el trato que recibían los objetores de conciencia en los cuarteles era el que acabamos de describir, el que recibieron por parte de los hombres de Derecho no era mucho mejor. Así, Quintano Ripollés<sup>33</sup> afirmaba que la objeción de conciencia era una postura “extravagante”, y el propio Tribunal Supremo<sup>34</sup>, en la Sentencia de 15 de noviembre de 1965, la calificaba de “concepto disolvente”.

La situación de los objetores en España dio un salto cualitativo en enero de 1971, cuando apareció el primer objetor de conciencia *católico*: José Luis Beúnza Vázquez. En efecto, en esta fecha, “Pepe Beúnza” se declaró objetor de conciencia católico, no-violento y pacifista, siendo condenado por un consejo de guerra y encarcelado. En este caso se daban tres circunstancias particulares que le dieron un especial relieve: era el primer objetor de conciencia católico (lo que provocó que numerosas asociaciones y sectores cristianos le manifestaran su solidaridad; así, por ejemplo, la Asociación Pax Christi le otorgó el “Memorial Juan XXIII”), era el primer objetor que contaba con una estructura de apoyo preparada con anterioridad, y era el primer objetor

---

30.- El profesor L. GARCÍA ARIAS, en un trabajo publicado en 1966 (“Servicio militar y objeción de conciencia”, cit., p. 46), ya recogía una amplia relación de ciudades españolas en donde habían sido juzgados y condenados por la jurisdicción castrense numerosos testigos de Jehová que se habían negado a empuñar las armas.

31.- RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, cit., p. 135.

32.- IBIDEM, p. 134.

33.- QUINTANO RIPOLLÉS, A., “La objeción de conciencia ante el Derecho Penal”, en *Estudios de Deusto*, vol. XIII, núm. 25-26 (*Número-homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.*), 1965, p. 612.

34.- ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, 1965, núm. 5.120, p. 3.129.

que expresamente se ofrecía para realizar un servicio civil sustitutorio del militar<sup>35</sup>. El encarcelamiento de Pepe Beúnza fue el detonante para que el problema de la objeción de conciencia alcanzara una importante trascendencia pública, poniendo en el primer plano de la actualidad un problema que hasta entonces había estado aletargado<sup>36</sup>. Desde el momento en que entró en la cárcel, se inició una intensa campaña nacional e internacional para pedir su libertad y, por extensión, la de todos los españoles encarcelados por ser objetores de conciencia al servicio militar. Entre las numerosas manifestaciones que se sucedieron, podemos recordar —por su trascendencia internacional— las que tuvieron lugar en Nueva York, París y Londres. Asimismo, se llevó a cabo una marcha de más de setecientas personas que, comenzando en Ginebra, debía finalizar en la prisión de Valencia. De hecho, aunque en la frontera franco-española fueron detenidos los participantes españoles y se impidió el paso a los demás, el objetivo de llamar la atención de la opinión pública internacional ya se había conseguido. El gesto de Pepe Beúnza tuvo, como hemos dicho, una honda repercusión social y, muy pronto, fue seguido por otros jóvenes católicos (entre ellos podemos recordar a Víctor Boj, Jordi Agulló y Juan Guzmán). Todo ello llevó al procurador en Cortes franquista Blas Piñar a afirmar que, “la actitud humilde de los testigos de Jehová”, se convertía “en los católicos en una actitud subversiva”.

### *B) La reacción del régimen franquista: cárcel hasta los treinta y ocho años de edad*

Cuando comenzaron a producirse abiertamente las primeras actitudes objetoras de conciencia al servicio militar, la respuesta de las autoridades militares y del régimen franquista en general fue reprimirlas con dureza como escarmiento y para evitar, de este modo, que se multiplicaran. El fundamento legal de esta represión lo encontraban en el artículo 7 del Fuero de los Españoles de 1945, que afirmaba: “Constituye título de honor para los españoles el servir a la Patria con las armas. Todos los españoles están obligados a prestar este servicio cuando sean llamados con arreglo a la ley”. Por tanto, el cumplimiento del servicio militar era obligatorio y general, y la negativa a prestarlo debía ser castigada. Sin embargo, sentada esta declaración de principios, era preciso concretar un elemento de orden procesal y otro de orden penal. El primero era determinar cuál era la jurisdicción competente para conocer y castigar la negativa a cumplir el servicio militar; y el segundo

---

35.- RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, cit., pp. 39-40 y 137-139.

36.- MONTORBIO, M., “Conversación con J. L. Beúnza”, en *El Ciervo*, junio-agosto de 1984, p. 38; ROIG I RIBAS, A., *Escapar de la mili. Todos los medios legales para no hacer el servicio militar*, Dictext, Barcelona, 1990, pp. 200-201.

era precisar dentro de qué figura delictiva se iba a incluir esta negativa a empuñar las armas.

a) En cuanto a la *primera cuestión*, esto es, determinar cuál era el orden jurisdiccional competente para conocer de esta materia, el Tribunal Supremo declaró que correspondía a la jurisdicción castrense por dos motivos. En primer lugar, porque la persona que se negaba a cumplir el servicio de armas ya era —a estos efectos— un militar en servicio activo (en este sentido, recordaba que la normativa sobre reclutamiento sometía a la jurisdicción militar a los llamados a filas desde el momento de su ingreso en “Caja”). En segundo lugar, consideraba que la jurisdicción competente era la militar porque los hechos que se imputaban no estaban tipificados en el Código Penal ordinario, sino en el Código de Justicia Militar<sup>37</sup> (lo que, en realidad, era muy discutible).

b) La *segunda cuestión*, esto es, dentro de qué figura delictiva se iba a incluir la negativa a cumplir el servicio militar, tampoco estaba exenta de problemas, pues el legislador español no había tipificado penalmente esta negativa (quizás porque, dentro de su mentalidad militarista, le parecía una hipótesis absurda). Ante este vacío normativo, la jurisdicción militar española consideró —de forma bastante forzada— que el objetor de conciencia incurría en un delito de desobediencia a las órdenes de un superior previsto en el artículo 328 del Código de Justicia Militar, en su modalidad de órdenes no relativas al servicio de armas<sup>38</sup>. En consecuencia, los objetores de conciencia eran castigados a una pena de prisión militar que oscilaba entre los seis meses y un día y los seis años. Pero esto no era todo. Una vez cumplido el tiempo de la pena privativa de libertad, no quedaban exentos del servicio militar, sino que eran vueltos a llamar a filas, y si volvían a negarse —que era lo normal— incurrían otra vez en el mismo delito de desobediencia (agravado por la reincidencia), y por segunda vez eran encausados y condenados; e igualmente sucedía una tercera e incluso en posteriores ocasiones, hasta que cumplían los treinta y ocho años, edad en la cual se pasaba a la situación de licencia absoluta y ya no eran vueltos a llamar a filas<sup>39</sup>. Esta imposición de “condenas en cadena” daba lugar a lo

---

37.- GARCÍA ARIAS, L., “Servicio militar y objeción de conciencia”, cit., pp. 51-52.

38.- El artículo 328 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 decía así: “Fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, el militar que desobedezca las órdenes de sus superiores relativas al servicio de armas... incurrirá en la pena de seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar. *No tratándose de órdenes relativas al servicio de armas... incurrirá en la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar*”.

39.- Entre otros, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 619;



que ciertos autores de la época calificaron de “prisión vitalicia”. El profesor Martín-Retortillo<sup>40</sup> ha descrito de forma gráfica la “diabólica” situación que se producía con estas palabras: “Tras la inicial condena —con pena que iba de seis meses y un día a seis años— podían enganchar sucesivas condenas, pues una vez cumplida la primera volvían a ser llamados al servicio militar. La nueva negativa daba pie a la ulterior sanción, y así, eslabón tras eslabón, se iba trenzando la diabólica cadena que podía alargarse hasta el cumplimiento de la edad de licencia absoluta, fijada entonces en los treinta y ocho años”. Era un castigo absolutamente escandaloso que incluso podía superar con facilidad los que se imponían por delitos de sangre. “La situación de los objetores españoles era tan deplorable e injusta que trascendió fuera de nuestras fronteras, de manera que la opinión pública internacional y las instituciones europeas, como el Consejo de Europa”, presionaron al Gobierno español para que mejorara el tratamiento jurídico que se daba a sus ciudadanos que se negaban a empuñar las armas.

Esta presión internacional aumentó sensiblemente a partir de 1969, cuando un periodista del rotativo inglés *The Guardian*, aprovechando una ceremonia que se celebraba en el penal gaditano de Santa Catalina (donde se encontraban encarcelados por objeción de conciencia 150 testigos de Jehová), entró mezclado entre los familiares de los presos y realizó un amplio informe con fotografías, que posteriormente vendió a la agencia de noticias Reuter. Esto permitió que la problemática de los testigos de Jehová españoles se difundiera en toda la prensa mundial<sup>41</sup>. Acto seguido, se produjeron numerosas manifestaciones en el extranjero y la interrupción del paso de algunos trenes españoles fuera de nuestro territorio. Amnistía Internacional también presionó al Gobierno español, pero fue el Consejo de Europa el organismo que preparó el documento más concreto. Nos estamos refiriendo a la “Proposición de Resolución relativa a la situación de los objetores de conciencia en España”, presentada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 22 de enero de 1971. En ella se lamentaba “la severidad extraordinaria con la cual el Derecho español amenaza a los elementos de su juventud que reclaman la objeción de conciencia”; se recordaba la Resolución 337, de 26 de enero de

---

AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., “La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español”, cit., pp. 36-37; GASCÓN ABELLÁN, M. y PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”, cit., p. 98; GONZÁLEZ SALINAS, P., “La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 34, 1982, p. 490; MILLÁN GARRIDO, A., “La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 15, 1991, p. 220.

40.- MARTÍN-RETORTILLOBAQUER, L., “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 10.

41.- RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, pp. 135-136.

1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, relativa al derecho a la objeción de conciencia; y se deseaba que el Gobierno español tomase “las medidas propias para establecer un estatuto de los objetores de conciencia previendo un servicio civil sustitutivo”.

En 1973, Jesús Jiménez publicó el libro titulado *La objeción de conciencia en España*<sup>42</sup>, que causó un gran impacto y consiguió rápidamente una amplia difusión. Este autor, además de analizar la situación de los objetores de conciencia en nuestro país, dio a conocer los nombres y apellidos de los jóvenes que en aquel preciso momento —febrero de 1973— estaban encarcelados por este motivo; también informó de las causas instruidas, su número de identificación, la fecha de las condenas, la duración de las mismas y el lugar de su cumplimiento. El total de ciudadanos encarcelados ascendía a 268, de los cuales 264 eran testigos de Jehová y 4 católicos; algunos testigos de Jehová estaban encarcelados desde 1962, y setenta y dos ya llevaban más de cinco años en prisión en la fecha indicada<sup>43</sup>.

También los sectores progresistas de la Iglesia Católica, desde Roma y desde Madrid, presionaron fuertemente al Gobierno español (oficialmente “católico”) para que pusiera fin a dicha monstruosa regulación. Especial importancia tuvo la concreta referencia a la objeción de conciencia contenida en la Constitución Pastoral “*Gaudium et Spes*” aprobada por el Concilio Vaticano II. En este documento conciliar se afirmaba literalmente: “También parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivo de conciencia, siempre que acepten al mismo tiempo servir a la comunidad humana de otra forma” (núm. 79). Tras el Concilio, el Papa Pablo VI manifestó, en diversas ocasiones, su satisfacción por las iniciativas legislativas emprendidas en varios Estados que permitían sustituir el servicio militar obligatorio por un servicio de naturaleza civil. En la misma línea, aunque más tardíamente, la Conferencia Episcopal Española emitió una nota en la que recordaba las resoluciones del Concilio Vaticano II y hacía un llamamiento al Gobierno español para que encontrara una solución adecuada. Todos estos documentos y declaraciones surgidas de las más altas instancias de la Iglesia Católica no podían menos que pesar en el ánimo de los gobernantes españoles, sobre todo si se tiene en cuenta que la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 —auténtica quintaesencia del régimen franquista— afirmaba que “la

---

42.- JIMÉNEZ, J., *La objeción de conciencia en España*, Edicusa, Madrid, 1973.

43.- FORASTER SERRA, M., “Protección jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46, 1985, p. 196; IDEM, “Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa de la objeción de conciencia al servicio militar”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1988, pp. 469-470.

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*” (principio segundo).

## **2.2. El reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar y su protección a través del recurso de amparo (1978)**

### *A) La objeción de conciencia en la Constitución y en la legislación de desarrollo*

Veinte años después de que aparecieran en nuestro país los primeros objetores de conciencia, la Constitución Española de 1978 intentó sentar las bases para una definitiva solución del problema. Así, su artículo 30, tras afirmar en su primer apartado que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”, incorpora un segundo apartado con el siguiente tenor: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”<sup>44</sup>. Por tanto, por vez primera en nuestra historia, el derecho a la objeción de conciencia, como causa de exención del servicio militar obligatorio, aparecía consagrado en un texto constitucional.

Debemos añadir, además, que no se paró en el artículo 30 CE la preocupación del Constituyente por este tema, ya que en el artículo 53 CE, dedicado a las garantías de los derechos y libertades, se afirma expresamente que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional “será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30” (segundo apartado, *in fine*). Con ello, se le otorga la tutela privilegiada ante el Tribunal Constitucional que está reservada para la protección de los derechos fundamentales. En cumplimiento de este mandato constitucional, el artículo 45 de la LOTC estableció las condiciones y el plazo para interponer este tipo de recurso de amparo.

La Constitución Española de 1978, como hemos visto, afirma de forma expresa que la objeción de conciencia es una de las causas de exención del servicio militar obligatorio (artículo 30.2), pero —como precisó el Tribunal Constitucional— también estamos ante un auténtico derecho reconocido constitucionalmente. En efecto, en la Sentencia de 23 de abril de 1982, tras

---

44.- El artículo 30 encabeza la sección segunda del capítulo segundo del título primero de la Constitución, que lleva por rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”.

indicar que la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, afirmó de forma literal que “la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”<sup>45</sup>. Una vez fijado el carácter bifronte de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento, esto es, su carácter de causa de exención de una obligación general y de derecho reconocido en la propia Constitución, estamos en condiciones de acercarnos con más precisión a su concepto y al contenido esencial del mismo. Así, referida al sistema jurídico español, proponemos la siguiente *definición* del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar: derecho reconocido en la Constitución que permite negarse a cumplir el deber del servicio militar obligatorio y los otros deberes militares, invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un imperativo superior —religioso o ético— que prohíbe dicho cumplimiento, al rechazar el uso de las armas con fines militares. La prestación social sustitutoria, compensatoria del deber militar que se deja de cumplir, es —en este sistema de conscripción— una consecuencia obligada del principio de igualdad. En la misma línea, el magistrado constitucional Carlos de la Vega Benayas, tras indicar que el derecho a la objeción de conciencia puede describirse más que definirse, lo conceptúa como “el derecho del individuo a ser respetado por el Estado en sus escrúpulos o convicciones de conciencia, que le impelen al rechazo de la prestación personal del servicio militar, eximiéndosele de ella mediante la prestación, en su caso, de un servicio civil, sustitutorio del de armas”<sup>46</sup>.

La ley de desarrollo a la que remite el artículo 30.2 de la Constitución fue aprobada, tras una dilatada espera de seis años, a finales de 1984; en concreto, el mandato de este precepto constitucional se cumplió con la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, y con la Ley Orgánica 8/1984, también de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal. El Tribunal Constitucional, *en la etapa intermedia* que va desde la entrada en vigor de la Constitución hasta que el legislador ordinario dictó las disposiciones de desarrollo del artículo 30.2 CE, realizó una importante labor en defensa del derecho a la objeción de conciencia a través del recurso de amparo previsto en el artículo 45 de la LOTC. Al Tribunal Constitucional acudieron, en este período, varios objetores de conciencia que, viendo violado su derecho por las autoridades militares, demandaban amparo. Sus expectativas de tutela no se vieron defraudadas, pues este Alto Tribunal, a través de una serie de autos y

---

45.- STC 15/1982, de 23 de abril (Ponente:G. BEGUÉ CANTÓN), *BOE* de 18 de mayo de 1982, fund. juríd. 6º.

46.- Voto Particular del magistrado C. DE LA VEGA BENAYAS a la STC 160/1987, punto 1.

de sentencias, elaboró una doctrina rigurosa y garantista, directamente encaminada a proporcionar la necesaria protección al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

Como ya hemos indicado, en los últimos días de 1984, el legislador cumplió el mandato contenido en el artículo 30.2 de la Constitución, aprobando la Ley 48/1984 y la Ley Orgánica 8/1984. Así, después de seis años de haberse aprobado la Constitución, se daban los primeros pasos normativos para que el derecho a la objeción de conciencia pudiera alcanzar su plena aplicabilidad y eficacia. El propio preámbulo de la Ley 48/1984 señalaba que los *principios* que inspiraban este texto eran, fundamentalmente, cuatro. En *primer lugar*, la regulación de la objeción de conciencia con la máxima amplitud en cuanto a sus causas, con la mínima formalidad posible en el procedimiento y con la mayor garantía de imparcialidad en cuanto a su declaración. En *segundo lugar*, la eliminación de toda discriminación, en cualquier sentido, entre quienes cumplían el servicio militar y los objetores de conciencia. En *tercer lugar*, la previsión de garantías suficientes para asegurar que la objeción de conciencia no sería utilizada, en fraude a la Constitución, como una vía para evadir el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por último, en *cuarto lugar*, la consecución de que el cumplimiento de la prestación social sustitutoria redundase en beneficio de la sociedad y del propio objetor. A pesar de esta declaración del preámbulo de la Ley, lo cierto es que del análisis de su articulado se constataba que los cuatro principios no habían sido desarrollados con la misma intensidad. Así, a nuestro juicio, los principios primero, tercero y cuarto habían obtenido en la Ley una plasmación adecuada; pero no así el segundo (la eliminación de cualquier discriminación entre quienes cumplían el servicio militar y los objetores de conciencia), que presentaba algunas grietas. Posiblemente, ello era debido a que el celo y la preocupación por asegurar el tercer principio (la búsqueda de garantías contra el fraude) había reducido y oscurecido el alcance del segundo (la igualdad entre objetores y no objetores)<sup>47</sup>.

### *B) Los motivos relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia*

El segundo apartado del artículo 1 de la Ley 48/1984 indicaba cuáles eran los motivos de conciencia que el legislador español consideraba relevantes para poder ser eximido de la obligación de prestar el servicio militar. Este

---

47.- SORIANO, R., "La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 58, 1987, pp. 96-97; CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., pp. 152-153.

precepto decía así: “Los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza, sean reconocidos como objetores de conciencia, quedarán exentos del servicio militar, debiendo realizar en su lugar una prestación social sustitutoria”. Por tanto, se admitían expresamente cinco tipos de motivaciones (religiosas, éticas, morales, humanitarias y filosóficas) y se dejaba una cláusula abierta (otras motivaciones de la misma naturaleza) para garantizar —como decía el preámbulo de esta Ley— “la máxima amplitud” en cuanto a las causas de la objeción de conciencia. La relación de motivos que enumeraba el artículo 1.2 de la Ley 48/1984, directamente inspirada en el principio de base 1 de la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y en las legislaciones extranjeras más avanzadas, mereció elogios por su carácter amplio y abierto<sup>48</sup>. En efecto, el legislador español recogió una extensa gama de motivos que podían afectar a la conciencia y los expresó de forma genérica, al objeto de que, en su acepción, cupieran “una diversidad de actitudes”<sup>49</sup>. Esta generosidad en la enumeración de las convicciones relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia venía implícitamente impuesta por el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier discriminación por razón de religión u opinión, y por el artículo 16 del mismo Texto Fundamental, que garantiza, equiparándolas, las libertades ideológica y religiosa<sup>50</sup>.

### C) *El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia*

La solicitud de declaración de objeción de conciencia y exención del servicio militar debía dirigirse al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (CNOC)<sup>51</sup>, que era el órgano competente para efectuar dicha declaración.

---

48.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 158; MILLÁN GARRIDO, A., “La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho español”, en *Doctrina Penal*, núm. 31, 1985, p. 415.

49.- SORIANO, R., “La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español”, cit., p. 101.

50.- GARCÍA MORILLO, J., “Los derechos y deberes fundamentales” en DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., (dir.), *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980, vol. I, pp. 204-205; AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., “La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español”, cit., p. 40.

51.- El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, encuadrado en el Ministerio de Justicia, era el órgano competente para conocer las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y resolver sobre las mismas, así como para ejercitar las demás funciones que le atribuía la Ley 48/1984. Estaba integrado por cinco miembros con voto: el Presidente (debía ser un magistrado de la carrera judicial, designado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Justicia), dos Vocales juristas (nombrados uno por el Ministro de Justicia y otro por el Ministro de Defensa), un Vocal objetor de conciencia (designado por el Ministro de Justicia) y un Vocal Secretario del Consejo (designado también

El contenido de dicha solicitud debía contener, entre otros datos más inocuos, la exposición detallada de los motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza que fundamentasen la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y la consiguiente exención del servicio militar. A estos efectos, tanto la Ley como el Reglamento precisaban que el interesado podía aportar cuantos documentos y testimonios estimase “pertinentes a fin de acreditar las manifestaciones alegadas”.

Aunque el CNOC debía resolver todas las solicitudes que se le presentasen y, en consecuencia, declarar haber lugar o no al reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y a la consiguiente exención del servicio militar, el legislador se preocupó de precisar que si transcurrían “seis meses” desde la presentación de una solicitud sin que hubiera recaído resolución, aquella se entendía concedida (silencio positivo). Con esta medida se pretendía, esta vez de forma muy garantista, evitar que las dilaciones administrativas pudieran perjudicar al ciudadano. Los efectos de las resoluciones del Consejo que resolvían favorablemente las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia eran dobles: por una parte, la exención del servicio militar del objetor (tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra), quedando total y definitivamente desvinculado de las Fuerzas Armadas, bajo la calificación de “exento del servicio militar”; y, por otra, la obligación de realizar, en su lugar, una prestación social sustitutoria.

Desde su puesta en funcionamiento en 1985, el CNOC se ganó una justificada fama de *benevolente* en la resolución de las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia, ya que bastaba con invocar —formalmente— uno de los motivos que señalaba el artículo 1.2 de la Ley 48/1984 para que, sin exigencia de mayores aclaraciones y sin ningún tipo de indagación, se reconociera la condición de objetor de conciencia solicitada. Era prácticamente imposible dar mayores facilidades.

---

por el Ministro de Justicia). Además de estos cinco miembros con voto, el Ministro de Justicia podía acordar la incorporación al Consejo, con voz pero sin voto, con carácter permanente o no, de aquellas personas que considerase conveniente y, especialmente, de representantes de las entidades en las que los objetores realizasen la prestación social sustitutoria. La adscripción del CNOC al Ministerio de Justicia y su concreta composición, que fijaba el artículo 13.2 de la Ley 48/1984, nos parecen decisiones legislativas correctas y adecuadas, pues con ellas se establecía su completa separación de la Administración Militar y se garantizaba suficientemente la independencia e imparcialidad de sus resoluciones. Asimismo, valoramos en términos positivos la presencia de un Vocal objetor de conciencia y que la Presidencia del CNOC recayera en un miembro de la carrera judicial, con categoría de magistrado, lo cual —como decía el preámbulo de la Ley 48/1984— aseguraba tanto la sensibilidad social de sus resoluciones como la capacidad juzgadora del Consejo.

#### D) *La prestación social sustitutoria*

El artículo 30.2 de la Constitución, tras reconocer el derecho a la objeción de conciencia como causa de exención del servicio militar obligatorio, indica que la ley puede “imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”. En consecuencia, quienes eran declarados objetores de conciencia estaban exentos de cumplir el servicio militar pero, simultáneamente, quedaban obligados a realizar una prestación social sustitutoria, consistente en actividades de utilidad pública que no requirieran el empleo de armas ni supusieran dependencia orgánica de las instituciones militares. Esta radical y absoluta separación de la prestación social sustitutoria de las estructuras militares nos parece un dato positivo, que no se daba ni se da en todas las legislaciones. La prestación social sustitutoria, como afirmaba el profesor Cámara Villar, evitaba que la objeción de conciencia se convirtiera “en una inadmisibles excepción al cumplimiento de un deber en términos generales y absolutos, para serlo tan solo en términos relativos a una de sus formas, respetándose, por una parte, las exigencias de la libertad de conciencia, así como los requerimientos del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”. La prestación social sustitutoria era, en el caso de los objetores de conciencia al servicio militar, una forma de cumplir el deber de defender a España, que no excluía la necesidad de asumir, en su caso, otras obligaciones para con dicha defensa, con las que coexistía. Se trataba “de un deber de naturaleza semejante y contenido equivalente al servicio militar” y, por ello, podía tener carácter sustitutorio<sup>52</sup>. En la misma línea, Carlos de la Vega Benayas afirmaba que la prestación social “es una sustitución del servicio, un cambio o alteración de la forma del derecho y el deber de defender a España”. Y añadía este magistrado: el servicio militar y la prestación social sustitutoria “son supuestos diferentes en la materialidad de su contenido, pero análogos en cuanto ambos son, en su especie, una manifestación del deber general de servir a España”<sup>53</sup>. El objetor de conciencia que ha obtenido el reconocimiento del CNOC “ha quedado exento de realizar el servicio militar, no de defender a España”<sup>54</sup>.

---

52.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia AL servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 223.

53.- Voto Particular formulado por el magistrado C. DE LA VEGA BENAYAS a la STC 160/1987.

54.- CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 214; OLIVER ARAUJO, J., “La incidencia de la objeción de conciencia en la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, p. 377.



### 2.3. El derecho a la objeción de conciencia ante la total profesionalización del Ejército (desde el 1 de enero de 2002)

En los últimos decenios del siglo XX, la mayoría de la sociedad española y muy especialmente sus jóvenes tenían una visión muy negativa del servicio militar obligatorio, sintiéndolo como una carga inútil y reaccionaria. Ello respondía, básicamente, a dos órdenes de razones. Unas eran de *carácter práctico*: la convicción muy generalizada de que el tiempo de la *mili* era un tiempo perdido, en el cual no se aprendía nada útil, sino que, por el contrario, se producía un embrutecimiento personal y se interrumpían los estudios o el trabajo, convirtiéndose además en una pesada carga económica para la familia del soldado. Otras razones eran de *carácter ideológico*: la mala valoración que tenía la sociedad española de la institución militar por el hecho de que, tradicionalmente, hubiera jugado un papel antidemocrático y golpista, poniéndose al servicio de los intereses más conservadores y de las clases sociales más reaccionarias (acentuó este sentimiento su papel protagonista en la Guerra Civil y la ulterior dictadura). Con mayor concreción se pronunció García de la Cruz<sup>55</sup>, al afirmar que “los principales desencadenantes del deterioro alcanzado por el servicio militar obligatorio son los tres siguientes: a) el fracaso de la organización militar en culminar el proceso de asimilación de los soldados de reemplazo; b) la *bunkerización* en una constelación de valores trasnochados, con frecuencia antidemocráticos, de la élite militar; y c) la centralidad que han tomado las sanciones de las faltas leves en la vida cotidiana de la tropa, generando una dinámica autoritaria que es la principal causa de esa figura que hemos designado como ciudadanos *siervos*”.

Este sentimiento contrario al servicio militar obligatorio —ampliamente extendido en toda la sociedad española y hondamente vivido por los sectores de su juventud— no podía tener otro desenlace que la supresión del mismo, dando paso a un Ejército integrado únicamente por soldados profesionales, que hicieran de la milicia su oficio y su forma de ganarse la vida. Pues bien, este tránsito de uno a otro modelo de Ejército (de recluta universal a profesional) tuvo su plasmación normativa en tres disposiciones, una ley y dos reales-decretos, a las que brevemente vamos a referirnos:

— La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas determinaba que, a partir del 31 de diciembre del año 2002, quedaría suspendida la prestación del servicio militar.

---

55.- GARCÍA DE LA CRUZ, J. J., “La pseudoprofesionalización de la tropa”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 82, 1998, pág. 59.

— El Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelantaba la suspensión de la prestación del servicio militar, avanzó al 31 de diciembre de 2001 (es decir, un año) “la fecha de la suspensión de la prestación del servicio militar”.

— El Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, por el que se suspendía la prestación social sustitutoria del servicio militar. En concreto, el artículo 1 de esta breve norma afirmaba que quedaba “suspendida la prestación social sustitutoria del servicio militar a partir del 31 de diciembre del año 2001”.

De este modo, y en tanto en cuanto por ley no se active de nuevo el servicio militar obligatorio (lo que parece altamente improbable que ocurra), el derecho constitucional a la objeción de conciencia al mismo también está, en cierto modo, en suspenso o inactivo. En efecto, habiendo desaparecido (aunque sea, formalmente, bajo el eufemismo de la suspensión) las obligaciones militares, la objeción de conciencia al cumplimiento de las mismas ha perdido el objeto que la provocaba. Sin embargo, como es obvio, la reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico del servicio militar, lo que no ofrecería ningún problema de constitucionalidad, obligaría simultáneamente a reactivar el derecho a la objeción de conciencia, con la previsión de un servicio social sustitutorio del militar.

## XI. 2.B. REGALISME I ANTIREGALISME A LA MENORCA ANGLOESPANYOLA DEL SEGLE XVIII\*

Josep M. Quintana

### 1. Sota el mandat de Richard Kane

Traspassada l'illa a domini de la Gran Bretanya pel Tractat d'Utrecht, el tracte del primer tinent governador Richard Kane amb el clergat va ser explosiu. L'enfrontament sorgí de la diversa interpretació que es podia fer de l'article 11 en relació a l'Església catòlica i a la llibertat de cultes, però també –i sens dubte– a causa del pes que tenia el clergat a la vida menorquina, atès el considerable nombre de persones que en formava part.

Aquest article 11 del Tractat d'Utrecht –vertader cavall de batalla en la interpretació de com es podia organitzar i gestionar l'Església<sup>1</sup>–, els menorquins –també el govern del rei d'Espanya, Felip V, i la Santa Seu– l'interpretaven en un sentit ampli, de respecte íntegre als drets i privilegis de l'Església tal com es reconeixien i s'exercien abans de la transferència de domini a la Gran Bretanya. Kane, en canvi, considerava que una cosa era la lliure pràctica de la religió catòlica i una altra molt diferent els grans privilegis de què gaudia l'estament eclesiàstic. Per al tinent governador, la clàusula que matisava “que para la conservaci3n de esta religi3n [cat3lica] en aquella isla se tomen aquellos medios que no parezcan enteramente opuestos al gobierno civil y leyes de la Gran Bretaña”, no l'obligava, ni de prop, a respectar les prerrogatives socials i econ3-

---

\* Conferència pronunciada a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears (Col·legi d'Advocats de Palma) el dia 19 de desembre de 2016.

1.- L'historiador britànic Bruce LAURIE, que va residir molts anys a Menorca, diu referent a aquest punt que «los representantes de Felipe V fueron más astutos que sus colegas británicos; se dieron cuenta que la jerarquía de la Iglesia católica romana de Menorca, con el obispo de Mallorca a la cabeza, era la semilla del activo movimiento de desobediencia civil que se convirtió más tarde en el obstáculo más importante para las buenas relaciones entre la administración británica y el pueblo de Menorca». Bruce LAURIE, *Richard Kane y Menorca en la historia de Europa*, Mah3n 1996, pàgina 258.

miques del clergat. En aquesta pugna, Kane creia que tenia el suport dels seus superiors de Londres, sobretot quan, després de la mort de la reina Anna, l'1 d'agost de 1714, la successió recaigué en Jordi I de Hannover. I això perquè la nova dinastia era anticatòlica i el govern havia endurit les lleis contra els que, a Anglaterra, eren anomenats papistes. A més, Richard Kane era un protestant convençut, nascut a l'Ulster (Irlanda del Nord), que havia lluitat de jove del costat protestant en la famosa batalla del Boyne (símbol encara avui de l'amarga lluita entre catòlics i protestants a Irlanda del Nord) i havia presenciat, després de la derrota del rei Jaume II, l'aplicació de les "lleis penals" contra els catòlics de l'Ulster. Kane, tenia 49 anys quan va ser destinat tinent governador de Menorca i mostrava poques simpaties envers els catòlics, circumstància que s'agreujava encara més pel fet que l'illa no constituís una diòcesi independent, sinó que formés part del bisbat de Mallorca, vassall del rei d'Espanya.

Diguem, doncs, d'entrada que, des d'un primer moment, el clergat va ser el centre de la resistència passiva contra els nous dominadors<sup>2</sup>. Amb gran ascendència sobre les consciències dels menorquins, les trones i els confessionaris van esdevenir instruments força eficaços de propaganda contra els *heretges* anglesos. Però també hem de convenir que Richard Kane i els altres governadors que Londres destacà a Menorca van respondre amb la mateixa intransigència. De fet, una de les primeres mesures que Kane adoptà va ser la confiscació de les rendes del bisbe i del capítol de Mallorca (unes 4.000 lliures anuals, que foren aplicades a les obres de fortificació), confiscació que va anar seguida, el 1714, d'un primer decret que retallava molt la jurisdicció eclesiàstica<sup>3</sup>, perquè prohibia el dret d'asil a les esglésies, obligava el vicari general a demanar autorització al comandant militar abans d'ordenar una detenció; prohibia la jurisdicció del Sant Ofici a Menorca; no admetia clergues de fora de l'illa per als beneficis eclesiàstics i prohibia la permanència a Menorca dels qui no volguessin prestar jurament de fidelitat a Sa Majestat Britànica; vetava la predicació als no menorquins, que, per exercir aquest ministeri, havien d'obtenir primer la corresponent llicència del governador, i finalment ordenava que els clergues menorquins fessin

---

2.- En una obra publicada el 1912, apologetica de l'actitud del clergat menorquí durant l'època britànica i molt il·lustrativa de com va actuar aquest davant els anglesos que havien ocupat l'illa, el prevere i historiador Gabriel Vila Anglada fa aquesta valoració global: «No negaremos que Menorca sea deudora de algunos apreciables bienes a los ingleses; que a su acción se deben muchos manantiales de prosperidad; pero, es también innegable que todos esos beneficios no compensaron el cúmulo de fatídicos sucesos que se desarrollaron en Menorca durante las tres dominaciones británicas». Gabriel VILA ANGLADA, *Heroísmo del clero menorquín durante la dominación británica*, Ciudadela de Menorca, 1912 pàgina 3.

3.- Du data del 17 de maig de 1714 la carta que Kane adreçà al vicari general, Manuel Mercader, on resumia en deu articles els principis que, al seu entendre, havien de regir les relacions amb l'Església «fins que s'obtingués el vistiplau de Sa Majestat». La carta està redactada en un llenguatge suau però és contundent en la imposició del seu criteri.

pregàries pel rei de la Gran Bretanya, alhora que prohibia que atenguessin espiritualment ciutadans britànics sense el coneixement del governador.

El clergat illenc protestà enèrgicament davant el que considerava una mesura arbitrària contra els seus privilegis i contrària als tractats signats, i desobeí el governador sempre que pogué, però no va poder evitar ni la confiscació de les rendes episcopals ni l'abolició del Sant Ofici o l'expulsió dels eclesiàstics no menorquins (austriacistes catalans refugiats a Menorca en la seva major part).

Kane, de la seva banda, desterrà el vicari general i, encara que durant aquells anys hi hagué intents diplomàtics de resoldre la qüestió pacíficament, el 1721 va reprendre la política de control del clergat publicant una nova reglamentació eclesiàstica de disset punts, molts dels quals eren la reiteració dels de l'ordre de 1714, la qual cosa indica que el seu grau de compliment havia estat relatiu.

Els caps eclesiàstics de Menorca no es van arrufar davant les amenaces del governador i li van respondre en una carta, de 7 de gener de 1722, on es mostren radicalment contraris a gairebé tots els punts de l'ordre. L'eix de la protesta es basava, és clar, en la interpretació que ells feien de l'article 11 del Tractat d'Utrecht, del tot contrària a la de Richard Kane. En opinió dels eclesiàstics, els disset punts de l'ordre, atemptaven contra l'ús lliure de la religió catòlica romana que garantia el tractat, fins al punt que, si ells els posaven en pràctica, aquest exercici de la religió catòlica “ya no quedaria libre si no violento y esclavo [...]. No ignoramos Excmo. Señor la clemencia de nuestro Piadoso Rey, y lo mucho que le estamos obligados por los crecidos favores que experimentamos cada dia de su acostumbrada benignidad, pues pudiendonos apretar tanto (como dize V. Excia.) y aun sacarnos de sus tierras, sin que tuviésemos mas accion que obedecer, como humildes vassallos, está tan olvidada de todo esto su innata Piedad, que antes es continua su vigilancia para mantenernos en nuestras casas en pacifica quietud, permitiendonos su Paternal amor el uso libre y entero de nuestra Religion Catholica romana, como tantas veces nos dize, que es su voluntad V. Excia. en cuyo reconocimiento nos faltan terminos y expresiones para rendir á su Magestad las devidas gracias”.

## **2. L'antiregalisme del clergat de Menorca**

El fet d'analitzar la reacció dels eclesiàstics menorquins davant l'intent d'imposar els disset articles de l'ordre amb què Richard Kane els volia sotmetre als designis del poder anglès, ens convida a reflexionar sobre el

posicionament teològic d'aquests. I la pregunta que ens hem de formular és clara: ¿Són, en realitat, els clergues menorquins antiregalistes i defensors de la immunitat eclesiàstica davant del poder polític?

Però la resposta a aquest interrogant ens obliga a furgar primer en l'entramat teològic en què es troba el clergat. Perquè encetats els anys vint del segle XVIII –és, doncs, l'època a què ara ens referim–, al clergat espanyol (del qual el menorquí no n'era una excepció) li costava deslligar-se d'una escolàstica cega, obstinada a ignorar que a Europa es discutia si calia continuar essent cristià en el marc de les esglésies o si calia seguir la religió natural o, fins i tot, si es podia continuar creient en Déu. Tot i els brots de recuperació intel·lectual que es duren a terme al llarg del segle, diu el pare Evangelista Vilanova que a casa nostra es visqué una Il·lustració més aviat casolana, incapaç de remuntar la imparabile decadència en la què el pensament filosòfic i teològic s'havia vist abocat. Segurament, doncs, tenia raó Menéndez Pelayo quan va definir el segle XVIII espanyol com un “siglo nada teológico: las cuestiones canónicas se sobrepusieron a todo (...) la España del siglo XVIII apenas produjo ningún teólogo de cuenta, ni ortodoxo ni heterodoxo”<sup>4</sup>.

Si en fixem en els treballs que s'han dut a terme sobre els estudis i les biblioteques menorquines,<sup>5</sup> sabem que els menorquins del segle XVII vivien plenament inserits en la cultura de la seva època, la de la Contrareforma i el Barroc dels països mediterranis i catòlics, caracteritzada pel rearmament dogmàtic i moral d'un catolicisme amenaçat des del segle XVI per la Reforma protestant, la crisi del pensament renaixentista, el retorn a la religió i el barroquisme artístic i intel·lectual a partir de la reinterpretació del llegat renaixentista i la continuïtat de molts elements medievals. Menorca tenia una infraestructura educativa gens menyspreable que va estar vigent dins el segle XVII, no es modificà durant el XVIII i fins es va mantenir al llarg de bona part del XIX. Era notable el nombre relativament elevat de menorquins que, malgrat el cost econòmic que suposava, anaven a cursar estudis universitaris fora de l'illa (principalment a universitats de la Corona d'Aragó, encara que no exclusivament), per superar les mancances que tenia la infraestructura cultural menorquina motivades per la migrada població illenca –que es va moure entre els deu mil i els setze mil habitants al llarg del segle XVII–, la inexistència d'impremtes a l'illa, que impedí segurament que certes obres dels menorquins arribessin a ser impreses, i la posició relativament perifèrica

---

4.- Marcelino MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*. BAC 151, Madrid 1960, página 474.

5.- Miquel Àngel CASASNOVAS CAMPS, *Llibres i Lectors. La Cultura a Menorca entre la Contrareforma i el Barroc*. Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2001.

respecte dels principals centres culturals de l'època. Ara bé, això no implicava que els menorquins visquessin aïllats culturalment. Els llibres i les idees arribaven per les rutes comercials que connectaven Menorca amb la Península Ibèrica, França i Itàlia, o eren duts pels menorquins que estudiaven fora o que viatjaven per diversos motius. Els llibres de les biblioteques menorquines procedien, doncs, d'un ampli ventall de centres editors d'Espanya, França, Itàlia i, fins i tot, Flandes i Portugal. Però era clara la preponderància de les impremtes de Barcelona, Lió i Venècia.

Ara bé, encara que la Inquisició va ser abolida oficialment pels britànics el 1714, amb les conseqüències intrínseques que duu aquesta abolició de cara a la llibertat de pensament, i que al llarg del segle XVIII l'economia menorquina es va expandir exponencialment i la població també va créixer de manera més que notable com a conseqüència de l'obertura del port de Maó al tràfec internacional –de fet es duplicaria en un segle–, i a causa d'una política que afavorí l'arribada a l'illa de navegants i comerciants de molts indrets de la mediterrània, és probable que, durant els primers anys del segle, la formació filosòfica i teològica de molts preveres menorquins seguís encara les pautes decadents de finals del XVII i que no fos la més adequada intel·lectualment per afrontar els canvis que els deparava l'època, no sols perquè, amb l'arribada dels anglesos, l'Església menorquina es va tancar damunt d'ella mateixa, tot posant-se a la defensiva davant la por de ser contaminada per uns colonitzadors que consideraven herètics, sinó també perquè no disposava –de fet no n'havia disposat mai– de cap universitat, de cap centre superior, on es poguessin desplegar sòlidament els estudis de teologia. És cert que els aspirants al sacerdoci amb possibles acudien majoritàriament a Mallorca, encara que no exclusivament, però molts d'ells cursaven filosofia i teologia als convents menorquins que impartien aquesta matèria on, com ha dit Trias Mercant referint-se a Mallorca, però la seva reflexió ens sembla que també es pot aplicar a Menorca, fins a finals del segle XVII, aquests estudis es van caracteritzar per un conservadorisme escolàstic, d'orientació tomista, en els quals la subordinació de la filosofia a la teologia (*ancilla theologiae*) era evident i la limitació de la llibertat ideològica era obra tant del poder eclesiàstic com del poder reial<sup>6</sup>.

Tanmateix, podem citar estudis notables com el que “Cursus Philosophicus” que impartia Fra Miquel Taltavull al Convent de Jesús de Maó, l'any 1795, al prefaci, del qual, el professor diu als seus alumnes que “No valdrà l'autoritat d'aquest o d'aquell altre filòsof perquè venci sense raó: recordaré no obstant

---

6.- Sebastià TRIAS MERCANT, *Història del pensament a Mallorca*, Els Treballs i els Dies, 28, 1985. Citat per Josep AMENGUAL I BATLE, *La preilustración en los medios eclesiásticos de Mallorca*, (Ss. XVII-XVIII), pàgines 915-916.

les opinions egrègies d'alguns, perquè en les matèries filosòfiques no hem de tenir cura del que va dir Aristòtil, Agustí, Tomàs, o Escot, ja que els problemes de la física s'han de resoldre per la raó i l'experiència". I no hi ha dubte que aquest recurs a la raó i a l'experiència com a suport del coneixement és propi del pensament il·lustrat.

No oblidem que, des de la Pau d'Ausburg (1555), on es materialitza el fracàs de l'emperador Carles V, que es veu abocat a acceptar una mena de compromís entre catolicisme i protestantisme, impera a Europa un principi no escrit –*cuius regio, eius religio*– que deuria pesar com un plom sobre els eclesiàstics de Menorca, els quals, en trobar-se sotmesos al govern de Londres, van témer de veure's obligats a beure's la seva pròpia medecina. Perquè ells, com la resta d'eclesiàstics espanyols, havien assumit filosòficament que l'acció de l'Església no podia destriar-se de l'acció del poder reial. Aquestes eren dos camps que es confonien. I això perquè la monarquia hispànica tenia com a objectiu la defensa del catolicisme i la unitat religiosa dels dominis que, d'una manera eloqüent, posseïen el títol de Rei Catòlic; una unitat que, òbviament, sempre va fer el possible per extirpar la dissidència<sup>7</sup>.

La conquesta de l'illa pels britànics va trastocar, però, als eclesiàstics menorquins la seva manera de veure les coses. Majoritàriament, creien a ulls clucs en l'absolutisme confessional, i creien també que religió i monarquia eren conceptes indestriables; però ai!, sempre que parléssim de les monarquies catòliques, que era el supòsit factual on fins aleshores s'havien trobat inserits. Però cedida l'illa als britànics, el monarca a qui devien subjecció i obediència era Jordi I, un rei protestant de la casa de Hannover, a qui de cap manera podien reconèixer els drets que, sense discussió, sempre havien reconegut als monarques catòlics espanyols. Perquè si ho feien, perillava la pròpia religió. De sobte, doncs, els eclesiàstics menorquins es van veure abocats a haver de cercar un argument útil per defensar-se i van assumir com a bandera un principi que deuria estar arraconat i ple de pols al seu rebost teològic: el de la immunitat eclesiàstica. És així com, en veure's constrets per l'ordre de Kane, els eclesiàstics reclamaran, acollint-se a l'article 11 del Tractat d'Utrecht, que el govern britànic reconegui i respecti la immunitat jurisdiccional i, per tant, la completa autonomia de l'Església catòlica de Menorca respecte del poder civil, tret d'aquells casos en què la immissió de l'autoritat esdevenia inevitable: per exemple, en l'elecció dels rectors de les esglésies de Santa Maria de Ciutadella i Santa Maria de Maó, que eren de Patronat reial.

---

7.- Val a dir que aquesta actitud no era privativa dels monarques hispànics. Anglaterra també adoptà una religió d'Estat, l'anglicanisme, encara que serà mínimament comprensiva amb altres confessions protestants (no amb els catòlics); i el mateix faran les monarquies nòrdiques amb el luteranisme. Els monarques, doncs –els uns i els altres– eren considerats els defensors de la fe.



El clergat de Menorca s'oposarà, doncs, a les pretensions del governador Kane, i farà front als famosos disset articles de l'ordre que aquest els volia imposar. I s'hi oposarà radicalment, però ho farà amb arguments que, com veurem, extraurà de l'antiregalisme ultramuntà, que, a Espanya, sorgirà també com a contrarèplica al regalisme que, com a punta de llança de la seva política, durà a terme Felip V i els monarques que el van succeir.

I els serà molt difícil mantenir aquest antiregalisme ja ben entrat el segle XVIII, quan es produirà un desplaçament en el suport jurídic de les pretensions regalistes: ja que de la concessió pontifícia com a base d'intervenció en esferes eclesiàstiques a títol de delegació, privilegi o vicariat d'un poder superior, es bascularà sistemàticament a la presentació de la regalia com un dret majestàtic, inherent a la sobirania règia.<sup>8</sup> El monarca —és a dir, el rei amb els seus ministres— passa a convertir-se en poder suprem, en intèrpret inapel·lable i en jutge i part del límit de les seves competències, cada cop més creixents. Bastarà, doncs, aplicar el concepte de regalia a la desamortització, a la Inquisició, a l'*exequàtur*, al patronat i protectorat de l'Església, a qualsevol circumstància (com de fet s'aplicà), perquè l'espectre de competències sobiranes del rei penetri no sols en les relacions diplomàtiques, sinó en tota expressió de vida de l'Església espanyola, ordenada, o que es vol ordenar "sota el poder civil", per convertir el pontífex en una espècie de delegat del monarca.

El regalisme, que viurà el seu moment àlgid sota el govern de Carles III, arrelarà, doncs, amb força amb la política de Felip V, el qual protagonitzarà la ruptura amb la Santa Seu el 1709 com a conseqüència del suport que el Papa es veu impel·lit a donar a l'arxiduc Carles d'Àustria a la Guerra espanyola de Successió, però també —sobretot a conseqüència d'aquesta ruptura— farà que, des d'un punt de vista radicalment contrari, certs bisbes s'encarreguin d'enllaçar amb els sentiments i les ideologies del més rigorós antiregalisme, del quan beuran les autoritats eclesiàstiques menorquines.

Un prototipus d'aquest antiregalisme ultramuntà a Espanya és que representa Alfonso de Monroy, arquebisbe de Santiago, que a la seva *Carta al marqués de la Mejorada*, primer ministre de Felip V, acusa els consellers del monarca, que són, diu, els responsables de la ruptura amb Roma, inspirats en l' "execrable ciència" de la raó d'Estat, que "no había tenido hasta ahora oyentes en España", però que encarnen en aquest moment els teòlegs cortesans -"los teólogos de la Junta (...), los infelices teólogos de gabinete"

---

8.- Teófanos EGIDO. Regalismo y relaciones Iglesia-Estado, a *Historia de la Iglesia en España IV*, pàgines 126-139.

–diu concretament– que havien acollit “la máxima del ateísmo del impío Maquiavelo.”<sup>9</sup>

Ja sigui, doncs, pel propi convenciment, ja sigui perquè l’antiregalisme extret del pensament ultraconservador és la filosofia que els permet defensar-se davant l’acció coercitiva de Richard Kane, aquesta serà l’actitud dels eclesiàstics menorquins que exhibiran les tesis antiregalistes en una clara defensa del propi fur, que justifiquen per mor de la immunitat jurisdiccional de l’Església respecte del poder temporal que correspon als reis.

Dic això perquè la lluita per mantenir aquesta jurisdicció desvinculada absolutament del poder civil i polític que marcarà l’actuació del clergat durant tota la dominació britànica, no s’havia produït mai quan Menorca estava sota el domini dels espanyols, i decaurà novament quan, el 1781, aquests recuperaran l’illa, i Carles III desplegui plenament la política regalista, sobretot en matèria de nomenaments de les altes magistratures eclesiàstiques, que havia assumit gairebé absolutament des del Concordat de 1753. És, doncs, aquesta actuació del clergat, anterior i posterior al domini britànic, la que ens força a concloure que la defensa de la immunitat eclesiàstica per part dels clergues menorquins no era una qüestió fonamental que formés part del seu ADN –com podríem afirmar si volguéssim fer demagogia o idealitzar la Menorca britànica del XVIII– sinó una qüestió accidental, motivada pel fet que el monarca britànic no era catòlic sinó anglicà.

### **3. L’arribada de “las Armas Cathólicas del Rey de España” el 1781 i la política regalista dels Borbó**

Tenim, doncs, que quan el 19 d’Agost de 1781 desembarcaran a la Cala Mesquida, a pocs quilometres de Maó, els exèrcits espanyols sota el comandament del duc de Crillon, aquest serà rebut pels jurats i per l’Església com un vertader salvador. En definitiva, com el representant de “l’únic i natural sobirà de Menorca”.<sup>10</sup>

Més encara, el bisbe de Mallorca, Pedro Rubio Benedicto, mostrarà immediatament la seva gran joia per la conquesta de l’illa, i ho farà en una carta datada a Ciutat de Mallorca el 6 de setembre de 1781, que dirigirà al comte de Floridablanca, on manifesta el seu agraïment per una acció militar

---

9.- Teófanos Egido, Regalismo y relaciones Iglesia-Estado, a *Historia de la Iglesia en España IV*, pàgines 226-230.

10.- Pere RIUDAVETS TUDURÍ, *Historia de Menorca...* pàgina 1450.

que retorna els menorquins a la sobirania d'Espanya i permet que l'illa sigui netejada dels errors i les sectes que hi pul·lulen. Ofereix alhora el seu ajut econòmic donant al monarca el fruit dels delmes que li corresponien (però que la mitra no havia percebut des que Richard Kane els va segrestar el 1714, amb el parèntesi de la dominació francesa), i pocs dies després, rebrà una resposta d'agraïment del comte de Floridablanca.

Ara bé, amos novament els espanyols de l'illa de Menorca, començaran a actuar d'acord amb el seu ADN, i per tant, no ens ha de sorprendre que una de les primeres disposicions que vagi prendre Crillon fos d'expulsar els grecs i els jueus que habitaven a l'illa, alhora que confiscava les seves propietats, ja que pertanyien a una religió "intolerable según el rito de la Iglesia Católica"<sup>11</sup>.

La conquesta, iniciada a mitjan agost de 1781, no quedà, però, tancada definitivament fins al 19 de febrer de 1782 quan els britànics van rendir el castell de Sant Felip<sup>12</sup>. Uns dies abans, el duc de Crillon rebia ordres del govern d'Espanya perquè organitzés una estructura de govern a l'illa, tot constituint una Junta de Govern presidida per ell mateix.

Aquesta quedà constituïda a Maó el 9 de març de 1782 i quedà integrada pel duc de Crillon en qualitat de president, i pel comte de Cifuentes, per Pedro López de Lerena, per Benigno Panigo, per Juan Bautista de San Martín y pel vicari general castrense Dionisio Muñoz Nadales<sup>13</sup>.

Convé tenir en compte que tot aquest canvi polític es produeix sota l'imperi del Concordat de 1753, que posà pràcticament tots els elements del sistema beneficial i de dignitats eclesiàstiques en mans del poder civil.

No oblidem que des de 1753, el monarca tenia la lliure provisió de 50.000 beneficis eclesiàstics. Més de 20.000 eren beneficis simples o capellanies amb rendes de vegades esqualides; però d'altres, més de 12.000, eren canonicats o prebendes ben dotades, algunes opulentament dotades, com un centenar llarg de primeres seus. No era contrapartida a tanta concessió la nòmina de 52 beneficis que Benet XIV es reservà sobre una trentena de diòcesis.

---

11.- F. HERNÁNDEZ SANZ, *La colonia griega de Menorca...*, pàgina 249.

12.- Aquest dia, al llibre registre d'actes de la Universitat de Maó s'hi va escriure la nota següent: «Dia 19 de febrero 1782 se rindió el Castillo San Phelipe quedando prisioneros de Guerra». AHM, Fons Universitat U-88, full 24, anys 1781-1782.

13.- *Actas de la Junta de Gobierno*.

Ens trobem, per tant, enfrontats a una realitat que no pot amagar les seves contradiccions. D'una banda, tenim una església –la menorquina– que havia intentat mantenir la seva immunitat davant les immissions de l'autoritat britànica. De fet, des de 1713 fins a 1782 –excepció feta del curt període francès (1756-1753)–, l'Església havia dut a terme una lluita continuada contra el regalisme dels monarques del Regne Unit, un exercici constant en defensa de la pròpia jurisdicció i de la independència respecte del poder polític. Però de sobte, el 1781, entren a l'illa les enyorades “armes catòliques del rei d'Espanya”, i els menorquins, que se senten feliços de ser novament espanyols, com els seus avantpassats de segles anteriors, observen de seguida que aquest canvi polític comporta que seran regits per una monarquia que havia fet del regalisme una de les seves divises principals, la qual cosa serà causa de no poques incoherències per part dels eclesiàstics.

A la segona reunió de la Junta de Govern, que va tenir lloc el 14 de març de 1782, es van prendre decisions en tots els camps. I en matèria de religió, es va creure imprescindible fer un estudi dels costums morals del poble, de l'estat i la disciplina dels preveres i religiosos, i també de quina era l'observança dels canons després del llarg any de domini britànic. Convençuts els espanyols de trobar-se a l'illa una pràctica de la religió aviciada i malmesa, els calia detectar quin era l'estat actual d'aquesta matèria “para instruir á nuestro soberano, pidiendo informe á los curas Párrocos, al Vicario General y á los demás eclesiásticos mas timoratos de la Isla sobre los puntos referidos, porque S.M., como *vice Dios y Dueño de su casa* –paraules que no necessiten cap més explicació per detectar el regalisme superlatiu de la casa de Borbó a què hem fet referència–, no ha de permetir que dentro de ella se falte á los divinos mandamientos, ni á cosa alguna que pertenezca al obsequio ú honor de Dios”.

Tot estava per fer des del punt de vista dels conquistadors, i era lògic que, com a primera tasca, volguessin conèixer quina era l'exacta realitat de l'illa a tots els camps de l'administració. D'aquí que 1782 vagi ser l'any dels memoràndums, l'any en què es promogueren estudis de tota mena per veure quina era la situació política, econòmica, social i religiosa dels menorquins, per tal que el nou govern pogués prendre les decisions més encertades i oportunes. El primer d'aquests és el memoràndum elaborat pel jurista i diplomàtic Francesc Seguí, que elevà al rei el 12 de setembre de 1782<sup>14</sup>,

---

14.- *Memorial instructivo sobre la jurisdicción Eclesiastica que se administra en esta Isla de Menorca y su origen, y sobre las Parroquias que en ella se hallan, de Francesc Seguí, de 1782* (AHN, *Consejos*, legajo n° 5325). Consta transcrita a «Las instituciones de Menorca en el siglo XVIII. El fondo documental de Francesc Seguí». Palma de Mallorca 1986. Francesc Seguí va escriure aquest Memorial en qualitat d'assessor del rei després de la conquesta.

i sabem que molts altres es van anar completant amb la col·laboració de les autoritats menorquines, civils i eclesiàstiques.

Doncs bé, des del lloc de privilegi que significava formar part de la Junta de Govern, el vicari general castrense, Dionisio Muñoz Nadales, un home proper a Floridablanca, treballador, ambiciós, àvid de poder i decidit a escalar posicions, va ser l'encarregat de coordinar els estudis que la Junta va ordenar que es fessin en relació a la vida de l'Església, tasca que inicià d'immediat adreçant un llarg feix de preguntes a les universitats, als rectors, als priors dels convents i, en definitiva, als estaments directius de l'estat eclesiàstic.

L'arribada de Dionisio Muñoz Nadales investit de les facultats jurisdiccionals que li corresponien com a capellà castrense –jurisdicció que, en principi, se cenyia a l'estament militar que s'havia desplaçat a l'illa (un cos d'exèrcit que ocupava milers de soldats)–, i la seva posició privilegiada com un element més de la Junta de Govern, va provocar un xoc immediat entre ell i Antoni Roig (un personatge culte i il·lustrat al qual dedico pràcticament mig llibre). Aquest, que fins aleshores havia estat l'única autoritat eclesiàstica que tenia jurisdicció sobre el conjunt de l'Església menorquina com a vicari general del bisbe Rubio Benedicto, u com a gran i darrer defensor de la immunitat eclesiàstica respecte del poder civil, es trobà de sobte amb la inevitable competència d'una nova autoritat eclesial, no subjecta al bisbe de Mallorca, perquè depenia directament del Cardenal Patriarca de Sevilla, decidida a marcar el seu terreny -I de quina manera!- per imposar el regalisme de Carles III a ultrança.

L'informe elaborat per Dionisio Muñoz Nadales per decisió de la Junta de Govern de Menorca, escrit per ser elevat a la Junta de Govern i, després, al rei<sup>15</sup>, du data de 15 de setembre de 1782. Consta de 270 paràgrafs numerats i l'autor l'escriu després d'haver analitzat les respostes a les enquestes adreçades a les Comunitats de clergues, tant seculars com regulars, als rectors i a les universitats de l'illa, on se'ls feien preguntes referents a una sèrie de qüestions respecte de les quals ell volia instruir-se “a fin de saver por ellos mismos los accidentes que padecia el estado y su Pueblo; lo que juzgavan necesario para sanarles; qual seria el mas eficaz y dulce remedio; y por quienes [y] con que fondos devia practicarse (paràgraf 8)”.

---

15.- *Plan formado por D. Dionisio Muñoz Nadales, Teniente de Vicario general que ha sido de la expedición de Mahon. En él se proponen medios para el arreglo de todo lo perteneciente al Ramo Eclesiastico, y Espiritual de la Isla. Con carta de 11 de Marzo de este año de 1783, remitido este Plan al Conde de Cifuentes al Sor. D. Miguel de Muzquiz. AHN, Consejos 5385, Exp. 25.*

El llarg document té bàsicament dues característiques: pretén, per damunt de tot, justificar al rei la necessitat d'erigir a Menorca un bisbat propi, segregant el territori insular de la diòcesi de Mallorca; i en segon terme, defensar el regalisme borbònic, o el que és el mateix, els drets reials per damunt dels episcopals. Ara que, segurament, en podríem trobar una tercera: desacreditar Antoni Roig, a qui farà moltes referències implícites i, al final del document, un llarg i elaborat atac de manera clara i directa.

Tot i que vostès tenen, segurament, una idea clara de quina havia estat la gran transformació que s'havia produït a Menorca al llarg del segle XVIII, tant des del punt de vista econòmic, com social, com demogràfic (cosa que jo he intentat reflectir literàriament per mitjà d'una novel·la intitulada "Els Nikolaidis"), Muñoz Nadales oferirà d'entrada una visió desoladora de la realitat a causa de la dominació britànica. En realitat, no observa a l'illa cap element positiu ni remarcable: ni l'augment demogràfic que s'ha produït al llarg del segle, ni l'auge del comerç, ni cap altra qüestió econòmica o social li mereix el més petit elogi. Encara més: la simple observació de Menorca li produeix una gran pena. No és, doncs, estrany que descriuï tot seguit la realitat d'una manera tan crua com esbiaixada.

Abonant-se al *ius patronatus*, entén que el nomenament de les principals vacants de la nova catedral correspondrà al rei, no al bisbe, per bé que les canongies d'ofici (penitenciari, lectoral i doctoral) s'hauran de proveir per rigorosa oposició, com la que es practica a d'altres catedrals de la península. Però les dignitats seran d'elecció directa del rei. I dit això, Muñoz Nadales afegeix discretament, com si no tingués importància, que si bé ell no pretén forçar la voluntat del rei, creu que seria desitjable que les peces eclesiàstiques de nova creació recaiguessin en naturals de l'illa, "pero por lo que respecta a los Ilmos. Obispos, y en general todos los que devan tener mando, ó superioridad parece lo mas seguro sean siempre españoles (paràgraf 130)", és a dir forans, amb la qual cosa, no hi ha dubte que es postulava per al càrrec, per bé que va tenir prou manya per incitar els jurats de Ciutadella perquè fossin ells qui el propossessin com a nou prelat en un memorial dirigit al rei.

Finalment, acaba proposant un pla d'estudis per al futur seminari, com si a l'illa no n'hi hagués cap, de pla, i com si, en aquest camp, el terreny fos un erm. Tanmateix creu que els menorquins "aunque poco sibilizados, son por lo general agiles, bien dispuestos y [de] entendimiento claro (paràgraf 133)". És un consol.

No ens hem, per tant, de sorprendre que Pere Riudavets Tudurí (1804-1891) –sens dubte el principal historiador del segle XIX a la Menorca–, en

referir-se a les reformes que imposaren els espanyols en consolidar la conquesta de 1781, digui molt críticament que “sus innovaciones [no dejarán de afectar] á un pueblo amamantado con la libertad religiosa protegida por una nación culta, cual la inglesa, que tan á menudo se cita como modelo. A la posesión de los derechos individuales de que gozaban, y que actualmente es el caballo de batalla entre nuestros hombres políticos, siguió una completa reacción”. I dit això es refereix a la vinguda dels missioners que envià el bisbe Rubio Benedicto amb unes paraules duríssimes: “En julio de 1782 llegaban á Mahon, en pos del obispo de Mallorca, que vino á girar una visita eclesiástica, algunos misioneros encargados de la misión apostólica, como si se tratara de catequizar un pueblo salvaje, y en Marzo del año siguiente, un representante del Tribunal de la Inquisición, consecuencia natural de la abolición de la libertad de cultos, que quedó suprimida al pisar la isla el Duque de Crillon (...), y de seguida se expulsaron los griegos y judíos, sin ninguna clase de miramientos á su arraigado comercio. (...) ¿Cómo no debía echar de menos la generación pasada aquella libertad individual que gozaba al amparo del gobierno inglés, sin más restricciones que el respeto debido a la moral pública?”

Tot això ens demostra que la política reial respecte del futur de l'illa de Menorca –política de la qual Muñoz Nadales n'era un engranatge més– aniria destinada bàsicament a servir el projecte regalista de Carles III. I és en aquest projecte que hem d'integrar també l'erecció de la nova diòcesi, separada de Mallorca, projecte que es farà realitat a partir de la butlla *Ineffabilis Dei*, per la qual es creava la nova Diòcesi de Menorca, amb seu a Ciutadella, el 23 de juliol de 1795.

No cal dir que aquest va ser un projecte que s'inicià amb l'arribada dels espanyols el 1781, i que passarà per moltes vicissituds entre el 1781 i el 1795, especialment per l'oposició del bisbe i del capítol de Mallorca, que veurà com se li amputa una part del seu territori diocesà, per bé que satisfarà les aspiracions de l'Església menorquina que, plenament immersa en la política regalista de Carles IV, no sols no s'oposarà al regalisme d'aquest, sinó tampoc a la restauració de la Inquisició, de la qual Antoni Roig en serà comissari. Tot tornarà a ser com abans i l'Església de Menorca no tindrà un mot de crítica envers la política borbònica, ni es recordarà d'aquelles lluites aferrissades per la immunitat eclesiàstica i la defensa de l'autonomia davant del poder polític. Però mentrestant haurem viscut el segle XVIII, que haurà estat ben especial per a la vida de l'Església menorquina, i sobretot per a la gent, per als menorquins, que al llarg de seixanta anys, s'hauran acostumat a veure el món (polític, econòmic i social) des d'una altra perspectiva, un segle que, en tots els camps de la vida dels homes –i, naturalment, en el de les relacions Església-Estat– esdevingué sens dubte una experiència històrica molt particular.





## XI. 2.C. UNOS DOS CENTENARES DE PROVERBIOS LULIANOS, MÁS O MENOS JURÍDICOS

Tomás Mir de la Fuente

De las ideas jurídicas de Ramón Llull ha habido y sigue habiendo literatura. Los autores modernos más citados son **Andrés de Palma**, en *Estudios preliminares de Visión “sabia” del estudio del derecho*. Quaderns d’Estiu 1921, *Sistema jurídic i idees jurídiques del mestre Ramon Llull* Estudios Franciscanos 1923 y *Els sistemes jurídics i les idees jurídiques de Ramon Llull*. Mallorca 1936, y **Rafael Bauzá y Bauzá** *Doctrinas jurídicas internacionales de Ramón Llull*. Estudios Lulianos II 1952, además de otros, como Eugen Wohlhaupter *Die Ars brevis, quae est de inventione iure civilis der Ramon Llull* 1935, Ángel Francisco Brice *Raimundo Lulio: su pensamiento jurídico* 1951, Gerardo M<sup>a</sup> Tomás Sabater *Consideraciones sobre las ideas de unidad y paz en el pensamiento jurídico de Ramón Llull* 1967 y F. Elías de Tejada *Tratado de Filosofía del Derecho* 1974.

Los últimos juristas lulistas están siendo: **Rafael Ramis Barceló y Antonio Monserrat Quintana**. El primero, con *La recepción de las ideas jurídicas de Ramón Llull en los siglos XV y XVI*. Revista de Estudios histórico-jurídicos XXXIV Valparaíso.2012, y *Estudio preliminar. Ramón Llull ante el derecho*. Universidad Carlos III. Madrid 2011. El segundo, con *Corrupció i regeneració social en temps de Ramon Llull*. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. N° XVI, 2016 págs. 35-57, *La aplicación de los principios generales del derecho en el derecho civil balear*, Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras págs. 443 y ss y, sobre todo, *Visión luliana del mundo del derecho*. Institut d’Estudis Baleàrics 1987. También, si no lulianos, lulistas han sido J.L. Muñoz de Baena, en *Llull, un ensayo de epistemología jurídica*. Madrid, Universidad de Alcalá de Henares 1988 tesis doctoral inédita. Cruz Martínez Esteruelas, *Semblanza de Raimundo Lulio*,

\* Se distribuyó entre los académicos el mes de octubre de 2016.

Obras Completas El humanismo cristiano. Vol. 1 Los ensayos. págs. 561 a 571. Fundación Tomás Moro. Madrid 2006. Y José M<sup>a</sup> Soto Rábanos en *Lo jurídico en la filosofía luliana*. Revista Española de Filosofía Medieval nº 5 1998 págs. 75-85.

De esta literatura resulta claro que escribió cuatro obras jurídicas en las que aplicó su Arte: *Liber principiorum iuris*, *Ars iuris*, *Ars de iure (iuris naturalis)* y *Ars brevis de inventione iuris*. Que no agotan su visión del mundo jurídico, que aparece también en obras divulgativas y novelas: *Llibre de la contemplació*, *Llibre del gentil i els tres savis*, *Blanquerna* y *Llibre de Maravelles*. Y en algunas partes del *Arbor scientiae*, como las 7<sup>a</sup> (arbre imperial), 8<sup>a</sup> (arbre apostolical) y 15<sup>a</sup> (arbre exemplifical). También resuelve cuestiones jurídicas en *Aplicació de l'Art general*, *Doctrina pueril*, *Llibre de cavalleria*. *Liber clericorum*, *Llibre d'intenció*, *Liber de fine* y *Liber de acquisitione Terrae Sanctae*.

Escribió, además, muchos (más de siete mil) proverbios, algunos (centenares) de los cuales son jurídicos. En algún sentido o hasta cierto punto.

Para Ramón Llull, en *Próleg*, de *Proverbis de Ramon*, proverbio es breve proposición que contiene en sí mucha sentencia. Y, en el *Llibre de mil proverbis*, es instrumento que brevemente certifica la verdad de muchas cosas. En otros lugares había dicho: Queremos hacer muchos proverbios porque dan mucha doctrina; hacemos muchos proverbios y otras formas que permitan hablar de los buenas costumbres para lograr la salvación; este Libro es muy útil para conocer y amar a Dios mismo y su prójimo, y muestra la naturaleza de las sustancias y sus accidentes y hasta enseña a conocer virtudes morales y vicios. Palabras clave son: Brevedad, instrumentalidad, enseñanza, verdad, doctrina, salvación. Dios.

Nos interesan los proverbios jurídicos. No, desde la perspectiva literaria o filosófica sino para profundizar en lo que empecé en *Refranes jurídicos castellanos y mallorquines*, publicado en el nº XIII del Boletín de la Academia, y seguí con el estudio, aún inédito, *Refranes y otras paremias jurídicas del siglo XXI*. Desde la perspectiva de la moderna paremiología, que considera paremia, como el DREA, sinónimo de refrán, proverbio, adagio, sentencia. En último término, cualquier dicho sentencioso, en línea con el maestro Gonzalo Correas, en su *Vocabulario de refranes y frases proverbiales y otras fórmulas comunes de la lengua castellana*, como son refrán (dicho agudo y sentencioso de uso común), adagio (sentencia breve, comúnmente recibida y, la mayoría de las veces, moral), aforismo (sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte), sentencia

(dicho grave y sucinto que encierra doctrina o moralidad), arte, máxima, axioma y apotegma, y, en la literatura coetánea catalana, han sido *consells, veritats, sentències, pensaments, aforismes, paraules, dits, ensenyaments, amonestacions*.

Me interesan, más que para enjuiciarlos jurídicamente, para redescubrirlos y acotarlos, en alguna publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, dirigida a juristas de aquí y ahora, que, en los últimos años, se ha interesado tanto de Ramón LLull, como del lenguaje jurídico. Brevemente, como corresponde al concepto luliano. Como peculiar fuente del conocimiento del derecho.

La mayoría de los proverbios jurídicos de Ramón Llull están en el Libro *Proverbis de Ramon*, conocido también por *Liber Proverbiorum*, escrito en 1296; pero también los hay en el titulado *Mil proverbis*<sup>1</sup>, y en el *Arbre exemplifical* de l'Árbre de Sciència, desgajado del tronco moral y otros (*proverbis d'ensenyament*, de la flor maternal y de la flor cristiana), y los desaparecidos *proverbis de regiment*, en la clasificación de Garcías Palou.

En 1943 fue editado, con el título bíblico Liber Proverbiorum, el texto latino en letra gótica del Libro Proverbios de Ramón. El texto de Proverbis de Ramon, en lengua catalana, había sido editado por primera vez, en 1928, por Salvador Galmés.

El año 2011, dentro de la colección Los libros de los malos tiempos, de Miragrano ediciones, se publicó la 2ª edición del Liber Proverbiorum, en castellano, preparado, en 1989, por **Sebastián Garcías Palou**, cuyo Estudio preliminar a la 1ª edición incluye. Es el texto que he manejado.

**En la tercera parte del Libro**, de cien capítulos, de veinte o más proverbios cada uno, se contienen los **proverbios** que los lulistas llaman **morales**. De ellos, los ciento setenta y seis siguientes son, en sentido amplio, jurídicos.

---

1.- Contar los proverbios o los refranes, y llevar el número al título de la obra en que se recopilan, es tradición antigua y moderna. Francisco Rodríguez Marín escribió, en 1929, *Más de 21.000 refranes castellanos no contenidos en la copiosa colección del Maestro Correas*; en 1934, *12.600 refranes más no contenidos en la colección del Maestro Correas ni en mis Más de 21000 refranes castellanos*; en 1934 *6666 refranes de mi última rebusca, que, con otras de 21.000 y 12.600, suman 40.000 refranes castellanos no contenidos en la copiosa colección del Maestro Correas*; y en 1941 *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*.

En el capítulo 207 **Del día del Juicio**, se dice:

1. El día del Juicio, Cristo **juzgará** a buenos y malos.
2. Al ocurrir el fin del mundo, acabará toda generación y corrupción de los hombres, porque tiene que haber un último y universal **juicio**.
5. El **Juez** tiene que ser Dios y Hombre, para que sea aceptada su **sentencia**, a la vista del mismo, y escuchadas sus palabras.
10. Todas las palabras y obras de Cristo darán **testimonio**, y en el juicio, no dudará nadie.

En el capítulo 208 **De los diez Mandamientos, y, en particular, el primero: Que no tengas más que un Dios**, se afirma:

7. Los mandamientos divinos son **principios** de los demás mandamientos.
11. No hay mandamiento alguno que **derogue** un mandamiento divino.
19. No hay mandato divino que no sea **justo**.

En el capítulo 210 **No uses el nombre de Dios en vano**, están:

6. Quien jura en falso, por el nombre de Dios, lo **vende**.
18. Quien jura en falso, blasfema contra Dios.

En el capítulo 211, **No des falso testimonio**, hay:

6. El **fin del testimonio es la verdad**.
7. **Quien da falso testimonio priva a su palabra de su fin**.
13. Quien da falso testimonio vacía su boca de su propio fin.
14. Un falso **testigo** engaña y engendra la duda de muchos.
16. El falso testimonio no puede **encubrirse**.

17. El falso testimonio destruye la finalidad del testimonio verdadero.
18. El falso testimonio de **persona pública** es más grave que el de otra cualquiera.
20. El día del **Juicio** será descubierto todo falso testimonio.

En el capítulo 213, con la rúbrica **No cometas hurto**, se dice

4. No **robes** a nadie su buena fama.
5. **No robes a los pobres el dinero que te sobra**<sup>2</sup>.
6. **No robes a los pobres el pan sobrante de su mesa.**
10. No **robes** a ti mismo lo que te pertenece.
11. Quien al prójimo **roba**, a Dios roba.
13. **No robes a tu entendimiento el conocimiento de la verdad.**
15. **Roba** a los ojos las cosas bellas y a los oídos las vanas palabras.
19. Cuando quieras robar piensa en la **horca**.

En el capítulo 214 **No mates a nadie** se afirma:

2. **Sólo el príncipe, por razón de la justicia, puede matar.**
3. **No es un mal matar a otro, para evitar que él mate a muchos.**
4. No te suicides, porque no eres **juez** de ti mismo.
5. Quien **mata** a un hombre, no puede devolverlo.

---

2.- Mn. Joan Bestard Comas, *Reflexiones éticas sobre frases de Ramón Llull*, publicadas en el Full dominical La revista cristiana de la diócesis de Mallorca, de algún domingo del mes de septiembre de 2016, en una, titulada *El dinero que nos sobra*, dice que, en los Proverbios y en plena consonancia con la actual doctrina social de la Iglesia, encontramos esta frase firme y contundente, tal como Jesús, con todas las letras y al detalle, lo dice en el capítulo 25 del Evangelio de San Mateo.

8. **No mates, con el dinero, a los pobres.**

9. **Del mal viene más; del homicidio, homicidio.**

En el capítulo 216 **No desees la mujer de tu prójimo** se afirma:

14. No hay guerra peor que la **guerra del vecino.**

16. Para huir del mal vecino, vale la pena **dar o vender** la casa.

El capítulo 217 **No codicies los bienes de tu prójimo**, dice:

4. La penitencia es un acto de **justicia.**

11. El envidioso no tiene **justicia** ni esperanza.

En el capítulo 218 **De los siete sacramentos, y, en primer lugar, del matrimonio**, hay:

6. El matrimonio es **legítima sociedad** de un hombre y una mujer.

19. El matrimonio es el Orden del **parentesco.**

En el capítulo 225 **De las virtudes, y, en primer lugar, de la prudencia**, se afirma:

4. Cuando a la prudencia le falta poder se sirve de la **pericia.**

14. **La prudencia hace pruebas.**

15. La prudencia no obra en virtud de **juramento.**

17. **La prudencia habla condicionalmente.**

En el capítulo 227 **De la templanza** se dice:

14. La templanza gasta poco y **ahorra** mucho.

15. **La templanza es caudal de mercader.**

En el capítulo 229 **De la caridad**, obran:

**6. Las riquezas que la justicia asigna a un hombre, la caridad las distribuye a los demás.**

13. La caridad hace que el rey sea compasivo con los pobres, y que sea su **procurador**.

En el capítulo 230 **De la humildad** se proverbiala:

11. La humildad del señor sirve de consuelo a la **servidumbre** del súbdito.

En el capítulo 232 **De la abstinencia** se dice:

7. La abstinencia, al principio, es **sierva**; luego, señora.

**9. La abstinencia es virtud pública.**

En el capítulo 237 **De la obediencia** se dice:

**1. La obediencia es la cárcel de la voluntad del súbdito.**

2. Quien se ha encarcelado en la obediencia es **súbdito** en gran manera.

**4. Muy encarcelado vive quien obedece contra su voluntad.**

16. A mal señor, obediencia forzada: a buen señor, obediencia de buen grado.

En el capítulo 240 **De la satisfacción** consta:

15. Si posees lo que no es tuyo, **restitúyelo**.

En el capítulo 241 **De la conciencia**:

18. La conciencia es nuncio de la prudencia y de la **justicia**.

En el capítulo 244 **De la cortesía** obra:

14. La cortesía es más necesaria al **hombre público**.

En el capítulo 245 **De la audacia** reza:

7. La cobardía de una **persona pública** es pública.

En el capítulo 246 De la **magnificencia**, hay:

7. **El señorío consiste en dar, y la servidumbre en recibir.**

El capítulo 248 **De la disputa**, dice:

12. En la disputa quien reconoce la verdad, no es vencido, sino que es enseñado.

18. **En la disputa, hay que ser breves en las preguntas y en las respuestas.**

En el capítulo 250 **De la posesión** consta:

1. **La posesión es acto de señorío.**

9. No son los ojos los que **poseen** el objeto; sino aquel de quien son.

11. La voluntad, el entendimiento y la imaginación **poseen** la mano que maneja el martillo, el cual es poseído por aquella y el clavo del martillo.

12. **En la posesión del clavo y del martillo, la voluntad es la señora, por razón del fin, y el entendimiento, el señor, por razón de la obra.**

17. Más vale buen **poseído** que un mal poseedor.

18. Todo mal poseedor **posee** contra el fin de la posesión.

19. El rico avaro no **posee** las riquezas; sino que éstas le poseen a él.



**20. Posee el pan quien lo come y lo da a comer; y posee el dinero, quien le saca provecho.**

En el capítulo 253 **De la paz y de la guerra** hay:

1. Paz es la tranquila **posesión** de los bienes; y guerra, todo lo contrario.
2. La **justicia** trae paz; y la **injusticia** la guerra<sup>3</sup>.
3. **Si no puedes poner paz por la igualdad; ponla por la proporción.**
7. **Las palabras humildes son mensajeras de la paz; y las orgullosas de la guerra**<sup>4</sup>.
9. La grandeza es buena en la paz; pero es mala en la guerra.
10. Después de gran guerra, gran paz; después de paz débil, gran guerra.
11. De tu **vecino**, gran paz o gran guerra.
19. En este mundo poca paz o pequeña guerra; en el otro gran paz o gran guerra.
20. La caridad no tiene guerra; ni la crueldad goza la paz.

En el capítulo 256 **Del consentimiento** se expresa:

1. El consentimiento es el acto de la potencia que concuerda en el antecedente con el consecutivo.
13. Hay consentimiento, que es obra de la sabiduría; otro lo es del mero querer; otro de la bondad; y otro, de la grandeza.
16. El **príncipe** que consiente sin pedir consejo, no es sabio.
17. El consejo que reciba el **príncipe**, debe ser anterior a su consentimiento.

---

3.- Este proverbio, en latín, se lee en letras de bronce en el pétreo pedestal levantado en Palma al beato.

4.- Este proverbio, en latín, se lee en letras de bronce, en el pétreo pedestal del monumento erigido por la *Ciutat de Mallorca* al Beato Ramón Llull.

19. Antes de que consentas piensa muchas veces si has de consentir.

**20. Al haber consentido, el consentimiento es como la palabra dicha o como la piedra lanzada.**

En el capítulo 263 **De comprar y vender**, se puede ver:

**2. El mercader compra para vender.**

**3. En el comprar y el vender se da el bien menor por el mayor.**

**4. En el comprar y vender un mismo bien es mayor y menor.**

5. El clavo, para quien lo compra, es bien mayor que el **dinero**, y el dinero para quien vende, es bien mayor que el clavo.

**8. Al comprar o vender, no pongas lo que compras o vendes a más alto precio que el que le corresponde.**

**13. Quien compra, establece una proporción entre lo que recibe y lo que da.**

14. El comprar y el vender, son partes iguales de la **justicia**.

En el capítulo 264 **De riqueza y pobreza**, se dice

5. Las riquezas del cuerpo son **posesiones** y dinero.

9. Los hombres son ricos y pobres, según la diferencia que media entre riqueza y pobreza, entre riqueza y riqueza y entre pobreza y pobreza.

En el capítulo 265 **Del servir y del deservir se dice:**

7. La prudencia y la **justicia** señalan los caminos del servir.

En el capítulo 266 **De ganancia y de pérdida**, constan:

**14. Nadie gana y pierde más veces que el mercader.**

15. Quien más se **arriesga**, más puede ganar o perder.
17. **Ganar riquezas y mantenerlas ociosas equivale a perder.**
20. **El hombre sabio gana muchas veces y pierde pocas.**

En el capítulo 267 **Del arte moral**, afirma:

11. Al recordar la **justicia** piensa en su duración, en su virtud y en su bondad.

En el capítulo 268 **De la predestinación y el libre albedrío**, se dice:

12. De la afirmación que se deriva de la perfección de la **justicia** de Dios, se sigue la falsedad de la negación que rechaza la predestinación, por cuanto la **justicia** puede salvar a Martín si ha obrado bien y castigarle si ha obrado mal.

En el capítulo 269 **De la mortificación** se ven:

4. **El caballero quiere que su caballo coma en la medida en que trabaje.**
14. Igualmente eres suicida, si te matas lentamente, que, si lo haces en un instante.

Del capítulo 270, **De la limosna**, son:

6. **Si no das limosna de lo que para limosna posees, lo robas.**
7. **Todo lo que posees para limosna, es capital de los pobres.**
18. Quien piensa dar limosna, se constituye en **procurador** de Dios.

En el capítulo 271, **De la compañía**, aparece:

1. La compañía es la unión en la que los hombres convienen en **laborar** por un fin.

6. **La compañía de señor y vasallo, sin fin proporcionado, no es buena.**

8. Si tienes por compañía un hombre de otra **Ley**, no duermas.

16. La compañía del **pariente pobre**, con frecuencia es enojosa.

El capítulo 273, **De la persona pública**, sentencia:

1. Persona pública es el hombre a quien ha sido confiado el **orden** de muchos.

2. **Así como el asno camina cargado de gran peso de las piedras, así la persona pública lleva el peso de las muchas necesidades de los hombres.**

3. **El hombre carga al asno de lo que quiere; así también a la persona pública.**

4. **Imbécil es el asno que anda muy cargado y pretende correr.**

6. **La vela que se consume a sí misma para servir a otro, es figura de la persona pública.**

7. **Necia es la vela que, sin dar luz, pretende ser servida.**

15. A través de la **persona pública** puedes ganar muchos amigos y muchos enemigos.

17. De la **persona pública** espera mucho bien o mucho mal.

18. Los ojos de la **persona pública** ven muy lejos.

19. **Los oídos de la persona pública oyen tras la pared.**

20. **El escudero del caballo de la persona pública es tu señor.**

En el capítulo 274 **De la clerecía**, se dice:

16. **Roba** a Dios el hombre que quiere a su hijo clérigo por el dinero.

En el capítulo 275 **De caballería**:

3. El caballero empuña la espada, por la **justicia**, y **posee** caballo, por su señorío.

14. Si el mundo estuviese bajo el **dominio** de un buen clérigo y de un buen caballero, se hallaría en un buen estado.

El capítulo 278 se rubrica **De derecho**, y contiene los siguientes:

1. **El derecho es la acción de la justicia ordenada a lograr la paz.**

2. El acto de la **justicia** consiste en la defensa de la razón.

3. La defensa de la razón consiste en que a cada uno se le restituya lo suyo y que lo **posea**.

4. **Es costumbre justa la de conservar y devolver a cada uno lo suyo.**

5. La antigua ordenación de los bienes temporales es **costumbre legítima**.

6. **La posesión pacífica es antigua ordenación de los bienes temporales.**

7. La **posesión** pacífica se establece por escrito, en sus libros, como constitución de los legisladores.

8. En los libros de la constitución de los legisladores, la memoria es la señora que recuerda el **derecho escrito**.

9. El motivo por el cual, en la ciencia del derecho, la memoria es la señora, es porque ella presenta las antiguas constituciones y **costumbre** del derecho al entendimiento y a la voluntad.

10. **Lo establecido de antiguo y el consentimiento del señor y del pueblo constituyen argumento de derecho.**

11. **El derecho positivo arranca del pasado, y el natural es presente,**

12. No es posible escribir todo el **derecho** natural.

13. Hay más casos que **escribanos**.

14. **La ciencia del derecho no es tratada debidamente, al no ser reducida a principios universales.**

15. Si la ciencia del **derecho** quedara reducida a principios generales, se aprendería enseguida.

16. **Si la ciencia del derecho se ordenara bajo principios generales, sería una filosofía moral.**

17. La ciencia del **derecho** es confusa, porque no es tratada como filosofía moral.

18. **La ciencia del derecho**, por razón de su antigüedad, debe aprenderse de memoria; pero **es apreciada, porque da dinero y honores.**

19. Causa extrañeza que, en la ciencia del derecho, se violen los **derechos** de la razón.

20. Quien viola los **derechos** de la razón, viola sus propios derechos.

En el capítulo 277 **De la filosofía**, está:

18. El filósofo no se rinde al **rey**.

En el capítulo 280 **De la mercadería** se contienen éstos:

1. **La mercadería es la forma de lograr riquezas, comprando y vendiendo.**

2. El **mercader** lleva bienes temporales de una parte a otra persiguiendo la ganancia.

3. El **mercader** inteligente sabe lo que vende y lo que compra.

5. El **mercader** inteligente siempre hace preceder la inteligencia a la voluntad.

## 6. La mercadería busca honores y dinero.

7. El agorero y el **mercader** mienten con frecuencia.

8. Los **seis**<sup>5</sup> sentidos con capitales en el mercader.

9. El **mercader** que vende la verdad por el dinero, no es inteligente.

11. El **mercader inteligente no compra mucho a uno solo.**

12. El sabio **mercader** no compra una finca grande (*gran possessió*).

13. El **mercader** listo mezcla la risa con sus compras y ventas.

14. El **mercader** prospera y no abre amplios portales.

15. El **mercader** despierto pone blancos manteles.

16. El **mercader** listo sabe ser caballero.

En el capítulo 281 **De la avaricia** se dice:

5. La avaricia hace al hombre un **esclavo** de todas las cosas.

8. El avaro **quita** a Dios y a los hombres, los bienes que **posee**.

19. No quieras por **tutor** un avaro.

---

5.- Según Antonio MONSERRAT QUINTANA, *La visión luliana del mundo del Derecho*. Institut d'Estudis Baleàrics 1987 Palma de Mallorca, pág. 111 nota 24 a pie de página, el sexto sentido, para Llull, es el *affatus* -en latín, *palabras dirigidas a alguien, discurso, plática-*, es decir el sentido a través del cual la palabra que ha sido concebida en el interior se transfiere al exterior, la capacidad de comunicación. En el Capítulo 85. 5 de la *Doctrina pueril* Ramón Llull dijo que el alma mediante la imaginación recibe y conjunta los datos que le remiten los cinco sentidos corporales, datos que, una vez coordinados, son ofrecidos por la fantasía al entendimiento para que éste pueda entender, en un escalón superior a Dios, a los ángeles y los demás seres de orden intelectual que no puede imaginar por sí sola la potencia imaginativa. En el capítulo 243, se dice que el objeto del afato es la manifestación del pensamiento; y su instrumento es la lengua. En el capítulo 81.16 se afirma que no hay sentido que signifique tanta grandeza como el afato. Y en el 90 De la sensitiva, se dice: 4. La sensitiva tiene seis potencias: vista, oído, olfato, gusto, tacto y afato. 7. *La sensitiva percibe* el color por la vista, el sonido por el oído, el olor por el olfato, el sabor por el gusto, por el tacto el calor, el hambre, la sed y el dolor, y *por el afato el gozo y la tristeza*. En el *Liber de affatu vel de sexto sensu* dijo que es aquel sentido por el que se manifiesta la palabra que es concebida dentro, así como el hombre dice lo que piensa y pájaro trina, y la gallina llama a sus polluelos.

En el capítulo 287 **De la envidia**, se dice:

1. Al sentir envidia deseas gozar de un bien, sin que te **cuente** nada.
4. **El hijo envidia los bienes del padre y del hermano.**
6. La envidia es contraria a la generosidad y a la **justicia**.
7. De la envidia se derivan la traición y el **robo**.
14. La envidia llora cuando la generosidad y la **justicia** ríen.

El capítulo 290 **De la traición**, entre otros proverbios, comprende:

2. La traición contradice el **convenio** de la amistad.

El capítulo 291 **De la crueldad**, dice de ella:

16. La crueldad es imagen del **homicidio**.

En el capítulo 292 **De la maledicencia**, se dice:

3. Al hombre difamado no se le puede **restituir**.

En el capítulo 293 **De la hipocresía**, hay:

18. El hipócrita es servidor del **rey**.

En el capítulo 297 **De la mentira** se sentencia así:

12. El hombre embustero **vende** la verdad.
14. Igualmente debería ser castigado el embustero que el **ladrón**.

En el capítulo 298 **De la estupidez** se dice:



3. Todo **hombre nuevo**<sup>6</sup> es necio.

El capítulo 300 **De la pena** cierra con:

9. La mayor pena de la vida es la **muerte**.

20. Alaba y bendice a Dios por la pena que padeces **justamente**,

Entre los **proverbios** que la doctrina llama **teológicos y naturales**, contenidos en los **Libros Primero y Segundo**, se pueden considerar jurídicos otros sesenta y ocho más.

En el capítulo 31 **De la largueza**, están:

5. **No es liberal, quien da para recibir**.

6. Quien quita a uno para **dar** a otro, no es generoso.

13. Quien no hace **justicia**, no puede dar buen don.

En el capítulo 39 **De la justicia**, se dice:

5. **Juicio**, sin conocimiento de causa, es peligroso.

8. El nombre del **juez** malvado deshonra la justicia.

9. Sin bondad no hay **justicia** verdadera.

14. El hombre no puede ser, al tiempo, **justo e injusto**.

16. Quien contradice la **justicia**, contradice a todo.

17. Vale más juzgarse a sí mismo, que **juzgar** al prójimo.

---

6.- *Homo nou* es, en el Diccionario català-valencià-balear Alvover-Moll 1976, pág.796, el que ha estado muy poco en un lugar, en un cargo. Como *nou es*, según el Diccionario mallorquí-castellà de P.A. Figuera. 1840. II 2. *principiant, novici*. Un novato, en castellano. DREA, nuevo o principiante en cualquier facultad o materia. Persona nueva en algún sitio, o que está empezando una actividad, y, por tanto es inexperta en ella, se dice en el Diccionario de uso del español de María Moliner. Ed. Gredos Madrid 1994.

**19. Porque falta la caridad, el rey ha de constituirse en juez.**

En el capítulo 44 **Del orden**, se dice:

19. Toda **persona pública** debe guardar orden más que otra cualquiera.

En el capítulo 45 **De la visitación** aparecen:

14. Dios visita con **justicia**, para que los hombres se amen.

15. Quien ama la **justicia**, no teme al pecado.

En el capítulo 49 **De la defensa**, se afirma:

9. **La verdad es mejor defensa que el juramento.**

15. Nadie se **defiende** bien con una falsa excusa.

El capítulo 51 **Del castigo**, contiene:

8. No haya **reprensión**, si no existe razón.

11. **A gran falta, gran castigo; a pequeña falta** castigo leve.

14. Quien **castiga** bondadosamente, debe ser querido.

15. Antes de **castigar**, es preciso deliberar.

En el capítulo 53 **De la dirección** se advierte:

19. **Prepárate para someterte a juicio.**

En el capítulo 55 **De la elección** se afirma:

5. Quien elige en bondad, elige en **justicia**.

10. Es difícil elegir una persona para un **cargo público**<sup>7</sup>.

En el capítulo 57 **Del valor** se dice:

10. No hay nada que valga más que el **valor**.

11. El **rey** odiado por su pueblo nada vale.

El capítulo 58 **Del señorío**, dice:

8. **Necio es el señor que disminuye su poder.**

18. **El rey debe amar más a su pueblo que a su hijo.**

19. Sin **justicia** y piedad no puede haber señorío.

En el capítulo 59 **Del vencedor** se afirma:

3. Dios no vence a la libertad sino con **justicia**.

En el capítulo 61 **De la misericordia**, se afirma:

16. **Quien perdona bien dona**

19. La misericordia y la **justicia** son hijos del mismo padre.

En el capítulo 62 **De la piedad**, se dice:

3. Con **justicia** y caridad, moverás a Dios a piedad.

---

7.- Sobre *L'Art d'elecció* (Vid. Llibre d'Evast i Aloma i Blanquerna caps. 24, 40, 48 y 78), en *qual manera foren eletes Natana, abadessa, i Blanquerna, abat, bisbe i apóstol*. Es interesante el capítulo de la elección del rei, con la que comienza el séptimo *Llibre de les Maravellas*, que trata de las bestias, en la que fue decisiva, además de la fortaleza del pretendiente, para que lo fuera el león, Na Renart (Raposa Guíneu, Zorro o Zorra) con la reticencia de los otros pretendientes, el oso, el leopardo y el lince, que también comen carne, y la oposición del buey, que proponía al caballo, que como él y el elefante, come hierba, y sobre todo en la elección de su primer consejo (oso, leopardo, lince, serpiente y lobo), y, los sucesivos, tras muchas muertes, por las intrigas de la raposa (carnívora también) que lo manejó hasta que el mismo león la mató, lo que devolvió a la corte *en bon estament*, integrando al elefante y al jabalí (herbívoros) y *d'altres honrats barons*, echando al conejo y al pavo real, cómplices, que confesaron su deslealtad.

En capítulo 64 **Del rey**, rezan:

10. **El rey injusto es rey de niños.**

11 No puede ser buen **rey**, quien no haga un buen reinado.

13. Vales más que el **rey** si eres mejor que él.

19. **El bien del pueblo descansa sobre la eficacia del rey.**

Del capítulo 66 **De la humildad** son:

12. La humildad **excusa**. El orgullo **acusa**.

16. **Si piensas que has de ser juzgado, serás humilde.**

En el capítulo 67, rubricado **De la suavidad**, se proclama:

12. La benignidad y la piedad lo **poseen** todo **por indiviso**.

En el capítulo 69 **De la alabanza**, se dice:

18. Cuando alabes, házlo con **justicia**.

En el capítulo 72 **De la petición**, se dice:

18. **Petición injuriosa no es escuchada.**

En el capítulo 75 **Del temor** se dice:

16. Cuando temas la **justicia** de Dios, recuerda su misericordia.

En el capítulo 79 **De la igualdad** se recoge:

20. Ama igualmente a la **justicia** y a la misericordia.

El capítulo 81 **De la significación** expresa:

4. En el brazo del **rey**, se significa el pueblo de Dios.
5. En la bondad **real** se significa el poder de la Gloria divina.

En el capítulo 86 **De la dignidad** están:

13. Por la virtud puede llegarse a ser más digno que por el **linaje**.
16. La dignidad del **hombre público** ha de servir a muchas cosas.
17. **Quien está contra la dignidad del hombre público, está contra muchas cosas.**

En el capítulo 92 **De la paciencia** consta:

4. La divina **justicia** tiene paciencia, por razón de la misericordia.

En el capítulo 95 **De la nobleza** se dice:

18. **Poco sabe de nobleza, quien la vende por dinero.**

En el capítulo 96 **De la primera intención** obra:

9. Has sido creado según intención; y, según intención, serás **juzgado**.

En el capítulo 103 **De la bondad** se dice:

16. La bondad de la **justicia** y de la caridad es moral.

En el capítulo 104 **De la grandeza**, se dice:

19. **Por razón de la justicia, hay algún gran mal que es bueno.**

En el capítulo 142 **Del modo**, se dice:

10. La manera es género; la **justicia**, la prudencia y las demás virtudes son sus especies.

15. **Los mercaderes son más ricos que los demás, porque tienen su manera de ganar y de vender.**

20. El **príncipe** sin manera es culpable en gran medida.

En el capítulo 159 **De la disposición**, se afirma:

20. El hombre **justo** se dispone para la gracia, y Dios la confiere.

En el capítulo 164 **De la participación** se dice:

11. **El pueblo y el rey participan en la justicia.**

En el capítulo 168 **De la deliberativa** se contiene:

20. **No hay deliberación más necesaria que la de la persona pública.**

En el capítulo 169 **De la perceptiva** se afirma:

11. **De la presencia de un mal consejero, el pueblo apercibe un mal príncipe.**

Del capítulo 170 **De la doctiva y aprensiva** es:

10. La enseñanza del **derecho** consiste en recordar, la de la filosofía en hacer entender y la de la teología en lo uno y lo otro.

En el capítulo 171 **De la opinativa** se opina:

15. **Más probable es que sea ladrón quien va de noche, que quien va de día.**

En el capítulo 176 **De la instrumentativa**, aparecen:

**7. El martillo es instrumento del clavo, el clavo del pie del caballo, el pie del caballo del caballero, el caballero del rey, el rey del pueblo, el pueblo de todos ellos.**

14. El elementar es instrumento del elementado, el vegetar del vegetado, el sentir del sentido y el **juicio** de la **justicia**

15. La moralidad es un instrumento de los méritos del **juicio**, y el juicio de la **justicia**.

En el capítulo 177 **De la ayudativa** se explica:

**14. Caballo, espada y escudo ayudan al caballero y el caballero al rey.**

En el capítulo 178 **De la impeditiva** se dice:

**19. El avaro impide al dinero cumplir su misión.**

En el capítulo 188 **De la alteración** se dice:

15. El mismo hombre **justo** es otro, al ser injusto.

**16. El hombre justo al ser injusto, no es otro en número.**

Además de los proverbios citados, fuera de los *Proverbios de Ramón*, y del **Libro de Mil Proverbios**, son jurídicos los del Capítulo 12 **De justicia**, como: **La justicia te proporcionará paz y también trabajos, y el mejor amigo que hay en tu granero y en tu bodega es la justicia**. Y, la justicia tiene mayor parentesco con la bondad que con el dinero. O, prefiere leal esclavitud a falso señorío. Y, del tronco imperial del **Arbre exemplifical**: **el mal príncipe confunde la conciencia de su pueblo**. En el **Llibre de Maravelles** dice *Perfecció e imperfecció son contraris e perfecció contradiu imperfecció ab iustitia e imperfecció ab iniuria*. También: **El que no se posee a sí mismo es extremadamente pobre**. En el **Llibre d'Amic i d'Amat**, se dice **Amor es aquella cosa que pone en servidumbre a los libres y da**

## libertad a los siervos<sup>8</sup>.

Estos 252 proverbios, sobre materias jurídicas, confirman lo que los lullistas juristas han dicho de Ramón Llull. Que es un sabio, que no es jurista, sino un *Artista del derecho* (como autor de su *Ars*, su método universal, con el que aspiraba a abarcarlo todo<sup>9</sup> y escribir el mejor libro del mundo), al que la ciencia jurídica le interesa en cuanto el Derecho es instrumento necesario para la realización de la justicia; y que no trata de resolver cuestiones jurídicas, sino descubrir y explicar los grandes conceptos, los principios elementales que le permiten construir su mecanismo, el método de aplicación simple y objetiva que constituye el objeto del derecho. Sin los cuales se le aparece como ciencia confusa, compleja, prolija y difícil, basada más en la memoria que en el entendimiento, y una ciencia práctica más que teórica. Sin desconocer su importancia. Una de la cuatro principales ciencias, subordinada a la Teología, junto a la Filosofía y la Medicina.

En el *Llibre d'Amic i d'Amat* dijo: 346 “Teología, Filosofía, Medicina y Derecho encontraron al Amigo (cualquier devoto y fiel cristiano, puesto en contemplación y servicio del Amado), quien preguntó si habían visto a su Amado (nuestro señor Dios como Creador y Recreador y último fin de cuanto tiene ser). Teología lloraba. Filosofía dudaba. Medicina y Derecho se alegraban (en la traducción del lemosín al castellano, de “un devoto del Santo”, publicada en Madrid -no antes de 1902 fecha de la nota bibliográfica de Mateo Obrador-, por la Casa editorial Saturnino Calleja Fernández, nº 73 de la colección *Joyas del cristiano*, con introducción de Don Miguel Mir de la RAE, se dice que, en otro manuscrito, reza: Teología hallaba, Filosofía buscaba, Medicina experimentaba, **Jurisprudencia deliberaba**). Es cuestión, qué significaba, con esto, cada una de las cuatro al Amigo que iba en busca de su Amado”.

El Derecho, para Llull, es una consecuencia del pecado. Existe, porque no hay caridad. De ahí derivan tensiones entre el Poder y el Derecho, entre normas y libertad. El Poder es la mano del derecho para realizar esa justicia y esa paz, aplicando rectamente las normas jurídicas. El Derecho se justifica como instrumento para realizar la justicia, que es su objeto, y la paz, consecuencia de la justicia.

---

8.- En el pedestal del monumento erigido al Beato, en Palma, por la *Ciutat de Mallorca*, se reproduce en letras de bronce este proverbio, que, en una Reflexión sobre frases de Ramón Llull, titulada, *Amor, servidumbre y libertad*, publicada en un Full dominical de la diócesis de Mallorca, de 2016, dice Joan Bestad Comas, es una realidad paradójica que nos humaniza radicalmente; habiendo inspirado el lema de San Pedro Claver *Hacerse esclavo de los esclavos negros*.

9.- Aplica una técnica combinatoria, que a juicio de algunos, le puso cerca de la Cábala y, para otros, constituía un artificio ridículo. Vid. Cruz Martínez Esteruelas. *ibid.* pág. 568.



El proverbio, para él, es mero instrumento. El proverbio jurídico es instrumento expositivo del Derecho, que, a su vez, es instrumento para la justicia. Exposición, que, por lo que se refiere a los proverbios de Ramón Llull acotados en este estudio, resulta, a los ojos del jurista actual, desigual, diversa, arcaica, pero (desde la ignorancia, y el prejuicio de la perspectiva de siete siglos de Derecho positivo de distancia, como es mi caso) sugestiva, por la forma y el fondo. Sean o no, ya o aún, verdades, por mor del Derecho positivo, civil, canónico o patrio (por regio). Como ha sucedido con muchos refranes.

Algunos proverbios, rimados o no, brevísimos, rítmicos, podrían ser de hoy, incluso eslóganes reivindicativos: Hay más casos que escribanos. El sabio mercader no compra finca grande. Petición injuriosa no es escuchada. Del mal viene más, del homicidio, homicidio. Más vale buen poseído que mal poseedor. Más vale juzgarse a sí mismo que juzgar al prójimo. La justicia trae paz, la injusticia guerra. El rey injusto es rey de niños. No es posible escribir todo el derecho natural. No robes a los pobres el dinero que te sobra. Todo lo que posees para limosna, es capital de los pobres. No robes a los pobres el pan sobrante de tu mesa.

Otros proverbios, parecen síntesis elementales, y agudas (hasta maquiavélicas), de instituciones jurídicas básicas, del Derecho privado y del Derecho público. Cuales son:

a) Del primero: La posesión es acto de señorío (mi maestro Manuel Albaladejo García, en sus *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de cosas*, 1964, decía: La palabra posesión tiene dos sentidos: como señorío o poder de hecho o como poder jurídico o derecho, y que en el primero, que es el más usual, significa señorío o poder de hecho sobre una cosa). En el comprar y el vender se da el bien menor por el mayor. Quien compra establece una proporción entre lo que recibe y lo que da. No es liberal quien da para recibir. El mercader compra para vender<sup>10</sup>. Y en general, muchos de los que

---

10.- Para Antonio MONSERRAT QUINTANA, loc. cit. pág.37, el único principio jurídico de Derecho privado (en un sentido amplio que incluye el Derecho civil, mercantil, penal y procesal), plasmado exclusivamente en el *Liber Proverbiorum*, es éste, el de que la intención de lucrarse en la reventa como requisito de la compraventa mercantil. Los demás, que enumera, están en el *Ars de iure* (entre los temas de Derecho civil: compensación de culpas, nulidad del matrimonio por simulación, accesión invertida, reparación de perjuicios, culpa extracontractual, interpretación de testamentos, alteración de la base del negocio, efectos del pago a favor de tercero, pago parcial de deuda, prescripción adquisitiva, prescripción extintiva, efectos del precontrato, fianza, cláusula penal en los contratos, accesión de frutos naturales, relaciones de tutela, retroactividad de la ley, alimentos entre parientes, problemas de separación conyugal, efectos de la nulidad del matrimonio, adquisición por el marido de la dote por adulterio de la esposa); en el *Ars iuris* (compensación de culpas, caso fortuito); en el *Liber Principiorum iuris* (responsabilidad del abogado por incompetencia profesional); y, en el *Arbre de Sciència* (presunciones *iuris tantum*, vicios ocultos, acción redhibitoria, res perit emptore, lesión *ultra dimidium*, prioridad del nacimiento en partos dobles o múltiples).

se refieren al matrimonio, la filiación, la tutela, el parentesco el comercio (mercaderes y mercaderías, compañía), el dinero, el ahorro, el capital, los bienes, las relaciones de vecindad y la compraventa.

b) Del segundo: El rey debe amar más a su pueblo que a su hijo. El bien del pueblo descansa sobre la eficacia del rey. El rey odiado por su pueblo nada vale. Sólo el príncipe por razón de justicia puede matar. Necio es el señor que disminuye su poder. Antes de castigar hay que deliberar. La verdad es mejor defensa que el juramento. No robes a los pobres el dinero que te sobra. Y, en general, todos lo que directa o indirectamente aluden al rey, al príncipe, a la persona, el hombre o el cargo públicos, al caballero, al escudero, a la servidumbre, al vasallo, al súbdito, al esclavo, a los ricos y los pobres, al pueblo, al caballo, a la espada, a paz, a la guerra, a la justicia, en general, y al juicio, en particular, en los varios aspectos del proceso (el juez, el acusador, el defensor, el procurador, la prueba, en general, y las de testigos o peritos, en particular, la sentencia), y a los delitos (homicidio, robo, hurto, falso testimonio), los delincuentes (ladrón, homicida) y las penas (de cárcel y de horca).

Hay proverbios, que son silogismos concatenados. El derecho es la acción de la justicia ordenada a lograr la paz. El acto de la justicia consiste en la defensa de la razón. La defensa de la razón consiste en que a cada uno se le restituya lo suyo y que lo posea.

El clavo y el martillo, son recurso doctrinal eficaz: El clavo, para quien lo compra, es bien mayor que el dinero, y el dinero para quien lo vende, es bien mayor que el clavo. La voluntad, el entendimiento y la imaginación poseen la mano que maneja el martillo, el cual es poseído por aquélla y el clavo del martillo. En la posesión del clavo y del martillo, la voluntad es la señora, por razón del fin, y el entendimiento, el señor, por razón de la obra. El martillo es instrumento del clavo, el clavo del pie del caballo, el pie del caballo del caballero, el caballero del rey, el rey del pueblo, y el pueblo de todos ellos. La voluntad, el entendimiento y la imaginación poseen la mano que maneja el martillo, el cual es poseído por aquel y el clavo del martillo. En la posesión del clavo y el martillo la voluntad es la señora por razón del fin y el entendimiento es el señor por razón de la obra. El clavo es para quien lo compra mayor que el dinero y el dinero para quien lo vende, es mayor bien que el clavo.

Hay aliteraciones: El hombre no puede ser, al tiempo, justo e injusto. El mismo hombre justo es otro, al ser injusto. El hombre justo al ser injusto, no es otro en número.

En resumidas cuentas, el conjunto de proverbios recogidos expresan, breve y literariamente, la visión sabia y moral del Derecho del Doctor iluminado Beato Ramón Llull. Mereciendo ser conocidos y recordados<sup>11</sup> por los juristas, hoy mismo. Y no, dicho sintéticamente, como catecismo enciclopédico o libro brevilocu de la doctrina luliana<sup>12</sup>.

Por propia utilidad profesional y, no para la predicación y la disputa<sup>13</sup>, sino, como citas de autoridad<sup>14</sup>, sobre la razón natural<sup>15</sup> o el sentido común<sup>16</sup>, la sensatez, la prudencia, la ponderación, el buen juicio (*seny* en catalán<sup>17</sup>), y aún la doctrina más rancia que encarna la tradición jurídica balear<sup>18</sup>, si no los principios generales del Derecho. Y, en cualquier caso, para, interrumpiendo la prescripción, evitar que queden para los estudios filosóficos o de los

---

11.- Sumar los proverbios jurídicos lulianos al propio acervo del jurista (juez o parte) resultará provechoso para el fin de la justicia (desde la respectiva perspectiva procesal), porque están ya en el acervo de la sociedad, que es, según DRAE, conjunto de bienes morales o culturales acumulados por tradición o herencia. Yo diría que incluso están en el *acervo comunitario*.

12.- En la edición preparada por Sebastián Garcías Palou del *Libro de los Proverbios. Liber Proverbiorum*. Miraguano Ediciones. 2ª ed. 2011, pág. 7 en nota 1.

13.- Estos modestos usos son los que, para los miles de proverbios lulianos, pensaba dar su autor en el Prólogo de Proverbios de Ramón, consciente, en cualquier caso, de que *la disputa por autoridades no sosiega el ánimo* (3ª Parte, capítulo 248.5).

14.- Aunque en el razonamiento jurídico la jurisprudencia precede a la doctrina, como argumento de autoridad, cual recordó Antonio Hernández Gil, *El abogado y el razonamiento jurídico* Madrid 1975 pág. 117 y ss., ésta no es ociosa, sino eficaz, invocándose continuamente, y no sólo para provocar una sonrisa, que es lo Ángel Ossorio Gallardo, en *El alma de la toga* Madrid 1920, aconsejaba, prefiriendo a la retórica oratoria la sencillez, con mezcla de ironía, cuando dijo que los pleitos no se ganan ya con citas de Paulo, Triboniano y Modestino, ni en fuerza a metáforas, imágenes, metonimias y sinécdoques. Aquéllo es sumergirse en un pozo, ésto perderse en un bosque. El secreto está en viajar por la llanura y, de vez en cuando, provocar una sonrisa.

15.- Cuando las leyes sean insuficientes, deberá recurrirse a la razón natural. Dig. 39.3. La razón civil, cuando dispone sobre la utilidad pública, es por ello parte de la razón natural, pero no toda la razón. Vico. *De uno universo iuris principio et fine uno* c. 83.

16.- DRAE. Modo de pensar y proceder tal como lo haría la generalidad de personas.

17.- Ponderación mental; sana capacidad mental que es prenda de una justa percepción, apreciación, manera de producirse, actuación. *Diccionari de la Llengua catalana*. Institut d'Estudis catalans. Sesó, entendimiento. *Vocabulari mallorquí-castellà*. F. de B. Moll Ed. Moll. Mallorca 1965. P.A. Figuera *Diccionari mallorquí-castellà*. Palma 1840 reed. de Guillermo Bauzá Oliver 2007. *Señy: enteniment, judici, madurès* = Sesó. *Ab un señy de bistia véya. ab reflexió* = Con todos sus sentidos, *proceir á pôc á pôc y ab madurès* = Caminar con pies de plomo.

18.- La razón natural (más como sentido común o *seny*, que como sindéresis o sensatez, buen juicio, recta conciencia, remordimiento o hábito) en las causas seculares, según Constitución de 1251 de Jaime I de Aragón, era aplicable después de los Ustages y las probadas costumbres del lugar.-

cultivadores de la Historia<sup>19</sup> o de la Filosofía del Derecho. Y el interés por la vida y obra, incluso jurídica, de Ramón Llull en Mallorca (donde siempre tuvo profunda huella, no solo teñida de tintes románticos y reverenciales, sino de realidades como la Facultad de leyes y cánones del Estudio General Luliano de 1483 a 1692, o la Universidad Luliana y Literaria de Mallorca<sup>20</sup> -suprimida por Orden de 28 de diciembre de 1829, y de la que le ha quedado huella formal, en el escudo o logotipo de la actual Universidad de las Illes Balears-, la Sociedad Arqueológica Luliana o las inscripciones en la peana de la escultura de Horacio de Heguía, en el Paseo de Sagrera, de Palma), supere la ponderación de su contribución a la construcción de las lenguas romances, con la plasmación del catalán, como lengua culta, en prosa y en verso (entre ellos algunos proverbios rimados), sin hacer de menos al latín<sup>21</sup>-lengua capital para la juridicidad de su época y la utopía misma de la pax chistiana, responsabilidad principal del Papa, por la vía arbitral, con un solo emperador, una sola creencia, una sola fe y una sola lengua, el latín, por ser el lenguaje más general y tener muchas de las palabras de las otras su origen latino y estar escritos en latín los más importantes libros de enseñanza y cultura<sup>22</sup>-, y se extienda a los juristas del foro, sobre todo, jueces, árbitros de derecho y de equidad y abogados.

Por algo dijo Jaime Mans Puigarnau<sup>23</sup> acertadamente que, entre las fuentes directas de los principios y reglas del derecho universal, además de los Corpus Iuris civilis (sobre todo las *regulae iuris* del Digesto) y canónici, las Partidas, las Decretales, los brocardos de glosadores y postglosadores, están las obras de muchos de los pensadores, moralistas, retóricos y juristas antiguos y modernos que han acertado a formular máximas y sentencias

---

19.- Román Piña Homs dice, en *El espíritu del Derecho de Cataluña, elemento vitalizador de su moderno nacionalismo*. Volum Homenatge a Antoni Mut 1993 págs. 209-216 y *Obra dispersa. Corona de Aragón América Hispana*. Institut d'Estudis Autònoms págs. 414-458., que, cuando en Cataluña se habla de un *pensamiento propio, de una filosofía derivada del seny català*, algunos acudimos a la figura prístina de Ramón Llull, porque es precisamente el *Llibre de les bèsties* (donde se cuenta como los animales en asamblea eligen como rey, por ser el animal con más excelsas cualidades, para defenderles) la narración en la que se perfila mejor el origen pactista, digamos contractual, del poder político.

20.- Antonio Planas Rosselló y Rafael Ramis Barceló *La Facultad de leyes y cánones de la Universidad luliana y literaria de Mallorca*. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson Madrid 2011.

21.- Cruz Martínez Esteruelas, loc. cit. Habla de la *Herencia de Babel*, y de las barreras infranqueables, para el latín como lengua universal, que, para su utopía misionera y proyectos de paz a través de la comunidad cristiana universal, hacen del *idioma del otro* el medio para transmitir el mensaje. El medio no era el mensaje.

22.- Antonio Monserrat Quintana, *La visión luliana...* loc. cit. págs. 264-266 y 293-294.

23.- Jaime Mans Puigarnau *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*. Bosch. 1979 pág. XLI de la Introducción.

jurídicas, como las definidas por Cicerón<sup>24</sup>, Séneca<sup>25</sup>, los textos bíblicos, los escritos de los Padres y Doctores de la Iglesia, San Isidoro de Sevilla<sup>26</sup>, San Agustín, San Jerónimo, San Bernardo, Santo Tomás de Aquino, **Ramón Llull**, San Raimundo de Peñafort<sup>27</sup>, Suárez, Vitoria, Vico<sup>28</sup>, Grocio<sup>29</sup>, Leibniz<sup>30</sup>, Spinoza<sup>31</sup>, Feuerbach<sup>32</sup>, etc. y, especialmente, Francisco Bacon<sup>33</sup>.

---

24.- Cedan las armas a la toga, y concédase el loor a la clase cívica. Verso del poema *De suis temporibus*. La base de la justicia es la fe, esto es, la firmeza y verdad de lo dicho y convenido. *De officiis* I.7.

25.- El azoramiento es propio del culpable. La ley conviene que sea breve para que pueda ser más fácilmente retenida por los inexpertos. La ley debe mandar no polemizar. El autor del delito es aquel a quien aprovecha. *Epístolas* 94.

26.- En su *Ethimología* dice: la ley ha de ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a la costumbre patria, adecuada a las circunstancias de lugar y tiempo, necesaria, útil, manifiesta y que no contenga algo que sea inconveniente por la oscuridad, ni hay sido redactado, no en atención al provecho particular, sino a la voluntad general de los ciudadanos.

27.- Fue coetáneo y consejero de Llull, introduciéndole en el campo canónico, sobre todo, a través de su *Liber Decretalium* y los aforismos de la *Summa Iuris*, cuales: El derecho es lo que media entre el rigor (que es exceso en el derecho y la autoridad convertida en terror) y la dispensa; pocos derechos habría en la Ciudad si no hubiese ministros por los cuales se gobierna; los derechos propios pueden renunciarse, pero lo que se ha introducido para la utilidad común, ni por mí ni por otro puede ser resignado; es superfluo impetrar un privilegio de lo que compete por derecho común; en materia de derechos nadie se excusa por la ignorancia de derecho, ni aún el menor; toda ley ha de ser posible, en otro caso no hay ley; me es lícito todo lo que no está prohibido por ley o por decreto; la necesidad hace lícito lo que no lo es por la ley; las cosas que permitamos no por ello las aprobamos; cuando hay un número igual de aquí y de allí, y la autoridad está de una parte, prevalece la autoridad; la ignorancia de un acto propio no excusa a nadie; la ignorancia del hecho ajeno excusa, a no ser que sea grande o supina; la voluntad coaccionada es voluntad; si la coacción es condicional, allí hay voluntad, por lo menos indirecta; el dinero no es furtivo; todas cosas se consideran de uso común en tiempo de necesidad; es preferida la condición del ocupante.

28.- La autoridad no puede en manera alguna luchar contra la razón. La razón civil cuando dispone sobre la utilidad pública es por ello parte de la razón natural, no toda la razón natural *De uno universo iuris principio et fine uno* c. 83.

29.- Derecho natural es dictado de la recta razón. *De iure belli et pace* 10.1; la equidad es la virtud de enderezar aquello que la ley, a causa de su generalidad, ha fallado. *De aequit. indulg. et facil.* c. 1.3

30.- Derecho natural es el que puede conocerse por la sola razón natural. *Observationis de principiis iuris*.3. A. Monserrat Quintana remite, para las relaciones entre las doctrinas leibnizianas y Ramón Llull, a Platzeck. *Gottfried Wilhelm Leibniz y Ramón Llull*, sep. de Estudios Lulianos XVI fasc. 2-3 Maioricensis Schola Lullistica. Palma de Mallorca 1972. El 23 de septiembre de 2016, en el VII centenario de la muerte de Ramón Llull, dentro del ciclo *Ramón Llull i el saber matemàtic*, Llorenç Valverde, matemático e informático, dictó en Palma, una conferencia titulada *L'Art: de Llull a Leibniz*.

31.- En el estado natural nada se hace que pueda ser llamado justo o injusto. *Ethica* P. IV prop.37. Schol. 2.

32.- No hay delito ni pena sin una ley previa. *Lerhbuch des peinlichen retches*. 20.

33.- Entre sus *Aforismos* están éstos: La mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial y el mejor juez el que reduce al mínimo el suyo; triple es la fuente de la injusticia: la mera fuerza, la maquinación maliciosa con pretexto legal y el rigor excesivo de la propia ley; los juicios son las áncoras de las leyes, como las leyes lo son de la república.

Los proverbios jurídicos lulianos están, posiblemente, en nuestro<sup>34</sup> acervo, entendido como lo define el Diccionario de la Lengua española. Como conjunto de bienes morales o culturales acumulados por tradición o herencia.

Y, en cualquier caso, en el mío.

---

34.- Nuestro, por balear (artículo 1 de la Compilación alusivo a la tradición jurídica, primero balear y luego de las islas), español (artículo del Código civil sobre los principios generales del Derecho y 1 de la CÉ sobre la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico) y europeo, de cuyo acervo comunitario (conjunto de prácticas, decisiones y criterios con los que se han venido interpretando y aplicando los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas) Fernando Reinoso-Barbero ha dicho *Ubi ius romanum, ibi europa*. Crónica del Estado social y democrático de Derecho n.º. 2, págs. 72 a 83.

## **XII.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS**

**AIGE MUT, MARIA BELÉN.** Licenciada en Derecho por la UIB en 2004 con el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctora en Derecho por la UIB en 2014, habiendo obtenido la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Abogado en ejercicio durante los años 2005 a 2010. Profesora ayudante doctora del Departamento de Derecho procesal de la UIB. Autora de la monografía “Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso”. Autora de numerosos artículos y de capítulos de libro. Ha participado en varios proyectos de investigación, sobre “Títulos valores electrónicos” y “Turismo y nuevas tecnologías; en especial el régimen jurídico de las denominadas centrales electrónicas de reservas turísticas”. Es miembro del grupo de investigación de la UIB “Derecho y nuevas tecnologías”.

**CARRAU MELLADO, JUAN.** Licenciado en Derecho, en Filosofía y Ciencias de la Educación por la Universidad Literaria de Valencia. Ingresó en la Carrera Fiscal en 1988 y, desde 1989, ocupa plaza de Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Ha impartido clases en la Universitat de las Illes Balears, en la Escuela de Práctica Jurídica, en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y en otros diversos organismos y Consellerías. Ha trabajado como Fiscal en diversas áreas y, desde 2004, es Fiscal Coordinador de los delitos económicos y relativos a la corrupción en la Administración Pública, así como Delegado de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Le fue otorgada la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort así como otras condecoraciones.

**COCA PAYERAS, MIGUEL** Licenciado en Derecho con premio extraordinario de licenciatura y Doctor por la Facultad de Derecho de Bolonia. Profesor de Derecho civil en las Universidades de Barcelona y en la de las Illes Balears, en la que es, desde 1986, Catedrático de Derecho civil.

Autor de libros y de numerosos artículos sobre temas de su especialidad, ha dado múltiples conferencias y ha participado en congresos y mesas redondas. Es Vocal y ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear, así como autor de la ponencia sobre el “Avantprojecte de Llei de Règim Patrimonial del Matrimoni”. Desde el año 1993 ejerce la abogacía. El 17 de Diciembre de 2012 leyó su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Baleares titulado “Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales” y desde entonces ha sido continua su intervención en los actos públicos académicos.

**FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARIA.** Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Ingresó en la Carrera Judicial en el año 1990, habiendo sido titular de diversos Juzgados y, en la actualidad, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona. En el año 2004 aprobó la especialidad en Derecho mercantil (primera promoción), pasando a ser titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona y, posteriormente, de la Audiencia Provincial. Autor de importantes publicaciones en la materia, destacan “El efecto de la declaración de concurso sobre los contratos” (Editorial Bosch 2010), “La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias” (Editorial Bosch 2013) y “La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad” (Editorial Bosch 2015).

**FERRER VANRELL, MARIA 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 Govern 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 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

**GARAU MONTANÉ, ALEIX.** Licenciado en Derecho por la Universitat de les Illes Balears (UIB), ingresó en la Carrera Diplomática en 2003. En el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación desempeñó sendos puestos en la Subdirección General de Asia Continental en la Dirección General de Asia y Pacífico, y en el área de Balcanes en la Dirección General de Europa y América del Norte. Posteriormente fue destinado como Cónsul



General adjunto de España en Bruselas (2007-2011) y Cónsul General de España en Agadir, Marruecos (2011-2014). Antes de ser nombrado Cónsul General de España en Oporto, responsabilidad que desempeña actualmente desde agosto de 2016, era Subdirector General Adjunto en la Oficina de Información Diplomática (OID), en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en Madrid. Oficial de la Orden del Mérito Civil Oficial de la Ordem do Infante D. Henrique (Portugal).

**GARCÍAS DE ESPAÑA, EUGENIA.** Abogada en ejercicio desde el año 2009. Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la UIB. Miembro de la Comisión Deontológica del Ilustre Colegio de Abogados de les 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, Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial con sede en Palma de Mallorca. Ha sido Director de la Escuela Judicial de 1999 a 2002 y Presidente de la Audiencia Provincial de 2004 a 2015. 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. 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”. 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. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

**IZQUIERDO TÉLLEZ, CARLOS.** Licenciado en Derecho en 1987 por la UIB, accedió en el año 1989 a la Carrera Judicial. Magistrado desde el año 1992. Ha estado al frente de diversos Juzgados de Cataluña y Mallorca y ha formado parte de la Audiencia Provincial (Sección Primera). Desde el año 2010 es titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de Palma. Profesor Asociado de Derecho procesal y de Derecho civil de la UIB. Ha impartido conferencias y participado en mesas de debate sobre temas procesales y penales. En el año 2014 recibió el II Premio Degà Miquel Frontera a la ética Jurídica instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears.

**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 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en la que leyó, el 19 de Noviembre de 2012, el discurso de ingreso titulado “Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro”.

**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 las Illes Balears 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, así como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil balear de 1990. En la actualidad es miembro de la Comissió Asesora de Dret Civil del Govern Balear. Es Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde su fundación y Presidente de misma. Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial desde Enero de 2009 a Diciembre de 2016 de Derecho civil de las Illes Balears.

**MIJANCOS GURRUCHAGA, LILIANA.** Licenciada y Doctora en Derecho. Ha realizado Másters de Postgrado en Gerencia de Empresas para Comunidades Europeas y en Educación Familiar, así como un curso de

Economía Aplicada en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo. Ha sido Profesora del Instituto Europeo de Estudios de la Educación y Técnico Superior en el Centro Baleares Europa. Ha participado en diversos Proyectos de Investigación y es autora de múltiples publicaciones sobre temas diversos: desarrollo filosófico-jurídico del camino hacia la igualdad entre la mujer y el hombre, feminización de los títulos nobiliarios, legado de cosa propia y legado de cosa ajena, comentarios al art. 50 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, etc... Ganadora del XIII Premio Luis Pascual González de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

**MIR DE LA FUENTE, TOMÁS.** Académico de Número de la Real 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 y el Estatuto de Autonomía” y “La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”, además de las que se contienen en los Boletines XIV, XV y XVI. Coautor de libros y autor de artículos sobre instituciones de Derecho civil balear. Ha sido Secretario de la Comisión de Juristas oficialmente designada para la redacción del anteproyecto que dio lugar a la Compilación de 1990.

**MISAS TOMÁS, JAVIER.** Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga. Registrador de la Propiedad desde el año 2005, habiendo ejercido en Villadiego (Málaga), Montefrío (Granada), Málaga y, desde el año 2010 Eivissa, con la doble titulación de Registrador de la Propiedad y Mercantil. Desde el año 2005 es preparador de opositores y, desde el año 2012, es director del Centro de Estudios Registrales dependiente del Decanato del Colegio de Registradores de las Illes Balears. Ha colaborado en cursos y ha dictado ponencias sobre temas de urbanismo, derechos reales, concurso de acreedores y mediación. Ha participado en la obra “Jurisdicción Voluntaria y práctica procesal civil” en lo relativo a los expedientes de jurisdicción voluntaria encomendados a los Registradores Mercantiles.

**MONSERRAT QUINTANA, ANTONI.** Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Illes Balears. Doctor en Derecho. Abogado no ejerciente. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Ha sido Vocal del Consejo General del Poder Judicial en el que, sin perjuicio de otras funciones, ha pertenecido a la Comisión Internacional y Presupuestaria; ha sido 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* y 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. (La visión luliana del mundo del Derecho y las sociedades de responsabilidad limitada entre otros).

**MORA TORRENS, MARTINA.** Licenciada en Derecho en la Universidad de Navarra (promoción 1994-1998), con obtención del Premio Extraordinario de Fin de Carrera. Ingresó en la Carrera Judicial en marzo de 2004, habiendo estado al frente de diversos Juzgados y, en la actualidad, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca. Ha sido Juez Decana del partido judicial de Manacor desde 2005 a 2008. Ha impartido docencia en la Escuela Balear de la Administración Pública. Ha participado como ponente en diversas jornadas y cursos de formación organizadas por la Audiencia Provincial de Baleares y por la Escuela Judicial.

**ORTIZ GONZALEZ, MARIA ARÁNTZAZU.** Ingresó en la Carrera Judicial por oposición –turno libre– en el año 2003. Desde entonces ha sido titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Seis de Vendrell y del Juzgado de lo Mercantil de la provincia de Tarragona. En 2010 ganó la plaza de especialista en asuntos mercantiles y en el año 2011 concursó a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares. Desde su ingreso en la carrera judicial ha participado en actividades de formación en el área internacional del Consejo General del Poder Judicial, habiendo trabajado en proyectos de formación de jueces en Francia, Reino Unido, Hungría y Estados Unidos, así como en numerosas jornadas de especialización de diversos temas de Derecho mercantil.

**PONS IRAZAZÁBAL, JOSÉ MARÍA.** Ingresó en la carrera Diplomática en 1974. Secretario de tercera clase el 2 de diciembre de 1974. Secretario de embajada en las embajadas de España en Polonia (1977-1980) y Suiza (1980-1983). Asesor Ejecutivo del Gabinete del Secretario de Estado para las Relaciones con las Comunidades Europeas en 1983. Miembro del equipo negociador para la adhesión de España a las Comunidades Europeas (1983-1985). Vocal Asesor del Departamento Internacional del Gabinete del Presidente del Gobierno (1985-1989). Director del Gabinete del Presidente del Parlamento Europeo desde julio de 1989 hasta abril de 1991. Director del Departamento Internacional del Gabinete de la Presidencia del Gobierno (1991-1995). Rango personal de Embajador de España por razón de su cargo. Embajador de España en el Reino de los Países Bajos desde 1995 hasta 2001 y Embajador de España en el Reino de Dinamarca desde 2001

hasta 2004. Embajador en la República de Lituania, con residencia en Copenhague desde 2001 hasta 2004. Director General de Política Exterior para Europa y América del Norte desde 2004 hasta 2008. Embajador de España en Austria desde 2008 hasta 2010. Ministro plenipotenciario de primera clase el 6 de mayo de 2011. Cónsul General de España en Pekín desde 2012 hasta 2014. Embajador de España en la República de Malta desde el 7 de junio de 2014. Ascendido a Embajador de carrera en marzo 2017.

**RAMALLO MASSANET, JUAN.** Doctor en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Madrid con una tesis sobre “Las evaluaciones globales”. Amplió estudios en las Universidades de Viena y Heidelberg. Profesor Adjunto en la Universidad de Madrid (1975) fue Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en las Universidades de Valladolid (1977) y Baleares (1978) en donde fue Decano de su Facultad de Derecho y Vicerrector de Ordenación Académica y Profesorado. Desde 1989 hasta su jubilación fue Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Autor de distintas publicaciones en torno al reparto del poder tributario entre distintos ámbitos territoriales (“El sistema financiero de las Corporaciones Locales en derecho alemán”), procedimientos de aplicación de los tributos (“Guía de la Ley General Tributaria”), derecho presupuestario. Traductor de obras clásicas en la materia (H.Nawiasky, L.Trotabas, F.Geny). En cuanto a su actividad política, fue Diputado por Baleares en el Congreso en la IIª y IIIª Legislaturas (1982-1989), siendo presidente de su Comisión de Economía, Comercio y Hacienda y representante de España en el Tribunal de Cuentas Europeo de Luxemburgo (2006-2012).

**RIPOLL Y MARTÍNEZ DE BEDOYA, MARÍA DOLORES.** Licenciada en Derecho y en Ciencias Económicas por la Universidad Pontificia de Comillas en 1994. En 1997 ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado, ha sido Abogado del Estado Jefe en León en los años 1998 y 1999 y, desde el año 2009, es el Abogado del Estado Jefe en las Illes Balears. Ha participado en congresos y cursos de formación y es autora de diversas ponencias y publicaciones, destacando su intervención en las siguientes: Manual de Delitos contra la Hacienda Pública, La responsabilidad de las Administraciones Públicas, Régimen jurídico del transporte aéreo, Manual de revisión de actos en materia tributaria, Comentarios a la ley 13/2013 reguladora del contrato de concesión de obras públicas, Homenaje a D. Antonio Hernández Gil, Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y los Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

**SECADES RIESTRA, CRISTINA.** Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo en 1998. Estudios en el Instituto de Altos Estudios Europeos de Estrasburgo, curso de economía (Economics of European Integration) en la LSE de Londres y de Cooperación Jurídica Internacional. Desde el año 2008 es Letrada de la Administración de Justicia, desempeñando en la actualidad sus funciones en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma de Mallorca. Forma parte de la Red Española de Secretarios Judiciales (RESEJ), habiendo intervenido en diversas jornadas realizadas por dicha entidad sobre la modernización de la oficina judicial, cooperación jurídica internacional, mediación, conciliación y ejecución civil.

**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” y “La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil”. Ha publicado más de medio centenar de artículos científicos y ha impartido conferencias en los más importantes foros jurídicos y ha 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 el año 2005.

**ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA.** Magistrado. Ingresó en la Carrera Judicial en 1984 y ha sido Juez Decano de los Jueces de Palma de Mallorca desde 1990 a 1996, Presidente de la Audiencia Provincial de 1994 a 2004 y, en la actualidad, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Autor de numerosos artículos sobre temas de Derecho Penal y Derecho Procesal publicados en las revistas especializadas. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears en la que leyó el discurso de ingreso titulado “Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal. (Sustrato material y límites constitucionales)”, habiendo publicado artículos en las revistas especializadas y en los Boletines de la Real Academia.



